



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**“LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO EN ADOLESCENTES
MAYORES DE CATORCE AÑOS DE EDAD EN DELITOS
SEXUALES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**

TESIS PREVIA A OPTAR POR EL
GRADO DE LICENCIADO EN
JURISPRUDENCIA Y EL TÍTULO DE
ABOGADO

AUTOR:

MICHAEL DAVID MASSA PACHECO

DIRECTOR DE TESIS

DR. ROLANDO MACAS SARITAMA. Mg. Sc

LOJA – ECUADOR

2020

AUTORIZACIÓN

Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Mg.Sc.

**DOCENTE TITULAR DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA FACULTAD JURÍDICA,
SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.**

CERTIFICO:

Que el presente trabajo de investigación jurídica elaborado por el señor Michael David Massa Pacheco, titulado: **“La validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales en el Código Orgánico Integral Penal”**, ha sido dirigido, corregido y revisado cuidadosamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en el Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, encontrándose desarrollada dentro de los plazos establecido en el cronograma del proyecto de tesis legalmente aprobado; por lo que autorizo su presentación y disertación pública ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, 15 de julio de 2020

.....
**Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS**

AUTORÍA

Yo, Michael David Massa Pacheco, declaro ser autor del presente trabajo de tesis, y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja, y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto, y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autor: Michael David Massa Pacheco

Firma:  Firmado electrónicamente por:
**MICHAEL DAVID
MASSA PACHECO**

Cédula: 1104770449

Fecha: Loja, 15 de julio de 2020

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Michael David Massa Pacheco, declaro ser autor de la tesis titulada, "**La validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales en el Código Orgánico Integral Penal**", como requisito para optar por el **Grado de Abogado**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza del plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 15 días del mes de julio de dos mil veinte, firma el autor.

Firma:  Firmado electrónicamente por:
**MICHAEL DAVID
MASSA PACHECO**

Autor: Michael David Massa Pacheco

Cédula: 1104770449

Dirección: Av. Eugenio Espejo y Panzaleos, **Cantón:** Loja, **Ciudadela:** Miraflores Alto

Correo Electrónico: michamassa@gmail.com

Teléfono: 072612224 Celular: 0980893270

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: Dr. Rolando Macas Saritama. Mg.Sc.

Tribunal de Grado:

Presidente: Dr. Ernesto Gonzalez Pesantes. Mg.Sc

Vocal: Dra. Jenny Jaramillo Serrano. Mg.Sc

Vocal: Dr. Jorge Jaramillo Villamagua. Mg.Sc

DEDICATORIA

Dedico la presente tesis, a Dios, por ser mi guía y fortaleza en los días tristes y alegres.

A mi tía Luz Piedra, por ser un modelo a seguir al brindarme sus consejos y apoyo incondicional, y por ser mi ángel de luz que Dios me envió del cielo.

A mi madre Verónica Pacheco, por ser mi motor de vida y por haberme cuidado y apoyado siempre, especialmente en los momentos más difíciles,

A mis abuelitos, Joe Figueroa y Dolores Piedra, por brindarme su amor sin condición y por no fallarme cuando los he necesitado al tenerme siempre abiertas las puertas de su hogar

A mi familia en general, por apoyarme en el transcurso de la vida y en mis estudios

A mi novia, Katherine Pardo, por haberme motivado a obtener el título de abogado, y confiado en el transcurso de mis estudios universitarios.

A mi mentor en Derecho, doctor Roberto Ochoa, por enseñarme como es el mundo fuera de las aulas universitarias, enseñándome como se ganan los casos, siempre defendiendo acorde a Derecho.

A mi prima, Andrea Sotomayor, que en paz descanse, a quien la tengo presente siempre, y sé que desde el cielo me cuida y protege.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Nacional de Loja por la formación académica brindada durante estos 5 arduos años de estudio.

A mis docentes universitarios, quienes me han brindado sus valiosos conocimientos y experiencias

A mi director de tesis, por las correcciones realizadas de manera categórica en la presente tesis.

A mi tía Luz Piedra, por estar siempre conmigo, exigiéndome ser mejor cada día mejor estudiante, y apoyándome a seguirme preparando académicamente.

A mi madre Verónica Pacheco, quien desde que estuve en su vientre me ha brindado su amor incondicional, y me ha apoyado en todas mis decisiones que he tomado en la vida.

A mi familia, novia y verdaderos amigos, quienes han estado apoyándome dentro del transcurso de estudios universitarios

ESQUEMA DE CONTENIDOS

AUTORIZACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

ESQUEMA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN LITERARIA

4.1. Marco Conceptual

4.1.1. Derecho Penal

4.1.2. Delito

4.1.3. Tipicidad

4.1.4. Bien Jurídico

4.1.5. Violación

4.1.6. Abuso Sexual

4.1.7. Estupro

4.1.8. El engaño

- 4.1.9. Pubertad
- 4.1.10. Discernimiento
- 4.1.11. La Adolescencia
- 4.1.12. El pudor
- 4.1.13. La Sexualidad
- 4.1.14. Acto Sexual
- 4.1.15. Libertad Sexual
- 4.1.17. Consentimiento
- 4.1.18. Validez

4.2. Marco Doctrinario.

4.2.1. Principios Constitucionales en el marco de tipificación del delito

4.2.1.1. La Legalidad como principio constitucional

4.2.1.2. Seguridad Jurídica como estabilizador del orden jurídico

4.2.1.3. Principio del interés superior

4.2.1.4. Doctrina de protección integral

4.2.1.5. Principio de progresividad.

4.2.2. Delitos sexuales de violación, abuso sexual y estupro

4.2.2.1. Bien jurídico en delitos contra la integridad sexual y reproductiva

4.2.2.2. Tipicidad del delito de violación

4.2.2.3. Elemento subjetivo del delito de violación

4.2.2.4. Manifestación de voluntad irrelevante en el delito de violación

4.2.2.5. Sujeto activo del delito de violación

4.2.2.6. Sujeto pasivo en el delito de violación

4.2.2.7. El núcleo del delito de violación

4.2.2.8. Falta de consentimiento en el delito de violación

Delito de Abuso Sexual

4.2.2.9. Abuso sexual infantil.

4.2.2.10. Bien jurídico en el delito de abuso sexual

4.2.2.11. Elemento subjetivo del delito de abuso sexual

4.2.2.12. Falta de consentimiento en abuso sexual

4.2.2.13. Sujeto activo y pasivo del delito de abuso sexual

4.2.2.14. La conducta típica en el delito de estupro

- 4.2.2.15. Elemento subjetivo del delito de estupro
- 4.2.2.16. El Consentimiento de la víctima en los delitos sexuales; delito de violación y delito de estupro
 - 4.2.3. Etapas del desarrollo del adolescente
 - 4.2.3.1. La pubertad y su impacto psicológico en las niñas y los niños
 - 4.2.3.3. Las características sexuales en los adolescentes
 - 4.2.4. El desarrollo de la sexualidad
 - 4.2.4.1. Hormonales sexuales en la Pubertad
 - 4.2.5. Estudio de la víctima en delitos sexuales
 - 4.2.5.1. Víctima de delitos sexuales desde el criterio médico
 - 4.2.5.2. Víctima en el ámbito de la criminología

4.3. Marco Jurídico

- 4.3.1. Ejercicio de los Derechos en la Constitución de la República del Ecuador
 - 4.3.2. Derecho a la educación sexual en la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes
 - 4.3.3. Disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva en el Código Orgánico Integral Penal
- 4.4. Derecho comparado
- 4.4.1. Código Penal Colombiano
 - 4.4.2. Código Penal Peruano
 - 4.4.3. Código Penal de Costa Rica

5. MATERIALES Y MÉTODOS

6. RESULTADOS

7. DISCUSIÓN

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

11.1. Proyecto de Tesis

11.2. Encuesta

11.3. Entrevista

ÍNDICE

1. TÍTULO

“LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO EN ADOLESCENTES MAYORES DE
CATORCE AÑOS DE EDAD EN DELITOS SEXUALES EN EL CÓDIGO
ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”

2. RESUMEN

La presente investigación jurídica titulada: **"La validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales en el Código Orgánico Integral Penal"** que se presenta bajo la modalidad de tesis hace referencia a un problema jurídico que merece transformarse para solucionar y superar la problemática socio jurídica que se identifica; estableciendo que la Constitución de la República del Ecuador goza de supremacía en el orden jerárquico de aplicación de las normas jurídicas; es así que artículo 175 establece que las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, donde se aplicarán los principios de la doctrina de protección integral, que guarda armonía con el Art. 1 del Código de la Niñez y Adolescencia conjuntamente con el principio del interés superior de la niñez y adolescencia. En lo concerniente a los derechos constitucionales, se reconoce y garantiza a las personas a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables respecto de su sexualidad, según el numeral 9 del Art. 66 de la Norma Suprema, ésta norma constitucional guarda correspondencia con la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, estableciendo en el artículo 23: "La educación sexual se impartirá en todos los niveles educativos y fomentará una conducta responsable en el ejercicio de la sexualidad"; complementando este derecho constitucional con argumentos sólidos establecidos por la Corte Constitucional donde menciona: *corresponde únicamente a la o el adolescente decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, fundamentando sus decisiones en las herramientas otorgadas*

por el Estado, la sociedad y familia, para la adopción de decisiones libre, informadas y responsables. Por todo lo expuesto, es necesario indicar que el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, estipula que en los delitos sexuales, *el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante*, no obstante, los adolescentes mayores de catorce años de edad tienen el derecho constitucional a tomar decisiones libres y voluntarias respecto a su sexualidad, por lo que dicho consentimiento de la víctima debe ser válido a la hora de juzgar en delitos sexuales, puesto que el consentimiento del adolescente comprendido en la referida edad, excluye el tipo penal por el cual se pretenda juzgar.

En tal virtud, en el planteamiento del presente trabajo se debe considerar la validez del consentimiento de la víctima mayor de catorce años de edad, en delitos sexuales.

El acaparamiento teórico, jurídico y doctrinario, así como la aplicación de encuestas y entrevistas, permitió llevar a cabo la presente investigación jurídica con éxito, y realizar una investigación amplia sobre el tema, dando como resultado, fundamentos claros y precisos sobre la innovación del régimen jurídico de la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales.

El análisis de las semejanzas y diferencias de uno o más problemas que presenta la legislación ecuatoriana con otros países, se llevó a efecto por medio del Derecho Comparado, que brindó un amplio estudio de la institución jurídica tratada en el presente trabajo de tesis.

El estudio de casos sirvió como soporte fundamental para estipular de manera clara y precisa la solución al problema tratado en la presente investigación jurídica, al tomar como referentes, sentencias del máximo organismo de control constitucional como es la Corte Constitucional del Ecuador y complementando con la Suprema Corte de Justicia de Perú con su acuerdo plenario respecto de la validez del consentimiento en adolescente en delitos sexuales

Dentro de la presente investigación jurídica también se logró la verificación y contrastación de objetivos e hipótesis planteadas, al utilizar técnicas de fichaje, archivo, encuestas, entrevistas y observación de campo; conjuntamente se cimentó las bases de la presente investigación jurídica, por medio de los métodos utilizados, entre ellos: Científico, Inductivo, Deductivo, Comparativo, Exegético, Doctrinario y Estadístico.

Y como principal aporte de esta investigación, la fundamentación jurídica de la propuesta de reforma que se sustenta como resultado de toda la investigación incluyendo las respectivas conclusiones y recomendaciones. Por lo tanto, se deja sentado dentro del tema analizado, la propuesta a una solución real y posible.

2.1. ABSTRACT

The present legal investigation entitled: "The validity of consent in adolescents over fourteen years of age in sexual crimes in the Comprehensive Organic Criminal Code" presented under the thesis modality refers to a legal problem that deserves to be transformed to solve and overcome the problematic legal partner that is identified; establishing that the Constitution of the Republic of Ecuador enjoys supremacy in the hierarchical order of application of legal norms; Thus, article 175 establishes that children and adolescents will be subject to legislation and a specialized administration of justice, where the principles of the doctrine of integral protection will be applied, which is in harmony with Article 1 of the Children's Code. and Adolescence together with the principle of the best interest of childhood and adolescence. Regarding constitutional rights, people are recognized and guaranteed to make free, informed, voluntary and responsible decisions regarding their sexuality, according to number 9 of Art. 66 of the Supreme Law, this constitutional norm corresponds to the Ibero-American Convention on the Rights of Young People, establishing in article 23: "Sex education will be taught at all educational levels and will promote responsible conduct in the exercise of sexuality"; complementing this constitutional right with solid arguments established by the Constitutional Court where it mentions: it is only up to the adolescent to decide on their sexual and reproductive life and health, basing their decisions on the tools granted by the State, society and family, for the free, informed and responsible decision-making. For all the above, it is necessary to indicate that number 5 of article 175 of the Organic Comprehensive Criminal Code,

stipulates that in sexual crimes, the consent given by the victim under eighteen years of age is irrelevant, however, adolescents older than Fourteen years of age have the constitutional right to make free and voluntary decisions regarding their sexuality, for which reason said consent of the victim must be valid when judging sexual crimes, since the consent of the adolescent included in said age , excludes the criminal type by which it is intended to judge.

By virtue of this, the validity of the consent of the victim over fourteen years of age, in sexual crimes, must be considered in the approach of this work.

The theoretical, legal and doctrinal hoarding, as well as the application of surveys and interviews, allowed the successful legal investigation to be carried out, and an extensive investigation to be carried out on the subject, resulting in clear and precise foundations on the innovation of the regime. legal validity of consent in adolescents over fourteen years of age in sexual crimes.

The analysis of the similarities and differences of one or more problems that Ecuadorian legislation presents with other countries, was carried out through Comparative Law, which provided a comprehensive study of the legal institution treated in this thesis work.

The case study served as a fundamental support to clearly and precisely stipulate the solution to the problem dealt with in this legal investigation, taking as benchmarks, judgments of the highest constitutional control body such as the Constitutional Court of Ecuador and complementing with the Supreme Court of Justice of Peru with its plenary agreement regarding the validity of consent in adolescents in sexual crimes

Within the present legal investigation, the verification and contrast of objectives and hypotheses were also verified, using techniques of transfer, filing, surveys, interviews and field observation; jointly the foundations of the present legal investigation were cemented, by means of the methods used, among them: Scientific, Inductive, Deductive, Comparative, Exegetical, Doctrinary and Statistical.

And as the main contribution of this investigation, the legal basis of the reform proposal that is sustained as a result of all the investigation, including the respective conclusions and recommendations. Therefore, the proposal for a real and possible solution is left within the analyzed topic.

3. INTRODUCCIÓN

La presente investigación jurídica titulada: "La validez del consentimiento en adolescente mayores de catorce años de edad en delitos sexuales en el Código Orgánico Integral Penal" y el problema jurídico se enmarca en la irrelevancia del consentimiento del adolescente en la referida edad.

La investigación jurídica ha sido elaborada y sustentada en base al problema existente en la normativa penal, y sobre referentes conceptuales, doctrinarios, jurídicos y principalmente considerando la legislación de otros países y el criterio de Abogados que colaboraron en la investigación de campo, así como de profesionales especializados en la rama del Derecho y en la materia que motivó la planificación y ejecución de la tesis de licenciatura.

En tal sentido, el problema tratado en la presente investigación jurídica se refiera a la Constitución de la República del Ecuador goza de supremacía en el orden jerárquico de aplicación de las normas jurídicas; es así que el artículo 175 establece que las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, donde se aplicarán los principios de la doctrina de protección integral, que guarda armonía con el Art. 1 del Código de la Niñez y Adolescencia conjuntamente con el principio del interés superior de la niñez y adolescencia. En lo concerniente a los derechos constitucionales, se reconoce y garantiza a las personas a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables respecto de su sexualidad según el numeral 9 del Art. 66 de la Norma

Suprema, ésta norma constitucional guarda correspondencia con la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, estableciendo en el artículo 23 que la educación sexual se impartirá en todos los niveles educativos y fomentará una conducta responsable en el ejercicio de la sexualidad; complementando este derecho constitucional con argumentos sólidos establecidos por la Corte Constitucional donde menciona que *corresponde únicamente a la o el adolescente decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, fundamentando sus decisiones en las herramientas otorgadas por el Estado, la sociedad y familia, para la adopción de decisiones libre, informadas y responsables*. Por todo lo expuesto, es necesario indicar que el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, estipula que en los delitos sexuales, *el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante*, no obstante, los adolescentes mayores de catorce años de edad tienen el derecho constitucional a tomar decisiones libres y voluntarias respecto a su sexualidad, por lo que dicho consentimiento de la víctima debe ser válido a la hora de juzgar en delitos sexuales, puesto que el consentimiento del adolescente comprendido en la referida edad, excluye el tipo penal por el cual se pretenda juzgar.

El acuerdo plenario Nro. 4-2008/CJ-116 de la República del Perú trata respecto de la libertad sexual como la capacidad legalmente establecida que tiene una persona para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, y la indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces, ahora bien se los puede considerar como bienes jurídicos de libre

disposición donde deben estar acorde al derecho a la actividad sexual en libertad, lo cual implica que al poder consentir no puede ser penado, lo cual la conducta se convierte en atípica (sin que medie violencia, amenaza o engaño). En tal virtud, se debe considerar la validez del consentimiento de la víctima mayor de catorce años de edad, en delitos sexuales.

La presente tesis se encuentra estructurada de la siguiente manera: "Revisión de literatura", se presentan un **marco conceptual** con temáticas de diferentes autores sobre, Derecho Penal, Delito, Tipicidad, Bien Jurídico, Violación, Abuso Sexual, Estupro, Engaño, Pubertad, Discernimiento, la Adolescencia, el Pudor, Consentimiento, la Sexualidad, Acto Sexual, Libertad Sexual, Víctima y Validez.

Al conceptualizar los diversos componentes del problema investigado, se hizo necesario hacer referencia a sus aspectos doctrinales, por ello se presenta un **marco doctrinario**, donde se constatan categorías como Principios Constitucionales Positivados, Delitos sexuales, Etapas del desarrollo del adolescente, el desarrollo de la sexualidad y Estudio de la víctima en delitos sexuales; todas ellas con sus respectivas subcategorías.

Por tratarse de una investigación jurídica se debe estudiar en forma ordenada y de acuerdo a la jerarquización de la norma el análisis a las disposiciones Constitucionales, Tratados y Convenios Internacionales, Código Orgánico Integral Penal, así como los casos que se han presentado sobre el problema jurídico. Este análisis se presenta como resultado de los conocimientos adquiridos en la formación académica alcanzada en la Carrera de Derecho.

Se presentan también las legislaciones de otros países, relativos al problema investigado e identificado en el Código Orgánico Integral Penal.

Para la verificación y contrastación de objetivos e hipótesis se hizo necesario conocer mediante la técnica de la encuesta, entrevista y observación de campo, los criterios de personas relacionadas con la problemática jurídica, de tal modo se presenta también los resultados de la investigación de campo representada mediante cuadros estadísticos y su identificación gráfica, para mejor ilustración del lector.

Constituye principal aporte de esta investigación la fundamentación jurídica de la propuesta de reforma que se sustenta como resultado de toda la investigación incluyendo las respectivas conclusiones y recomendaciones.

Por todo lo expuesto queda el presente trabajo de tesis a consideración de las respectivas autoridades, comunidad universitaria y del Honorable Tribunal de Grado, anhelando que sirva como medio de consulta para los profesionales y estudiantes del Derecho.

4. Revisión Literaria

4.1. Marco Conceptual

4.1.1. Derecho Penal

El profesor Alfonso Zambrano Pasquel cita a Roxin para establecer el concepto de Derecho Penal de la siguiente manera:

El Derecho Penal nunca ha tenido la función de proteger todos los bienes jurídicos de forma absoluta. El Derecho Penal como la más grave de las sanciones estatales, debe más bien intervenir únicamente intervenir allí donde los medios estatales más leves, como las sanciones jurídico – civiles, las prohibiciones del Derecho Público, el uso de sanciones administrativas u otras medidas político – sociales no son suficientes para garantizar la paz y la libertad. En pocas palabras, lo anterior puede expresarse señalando que la misión del Derecho Penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos. (Zambrano, 2017, págs. 37 - 38).

El Derecho Penal tiene una función principal, la cual es ser el protector de los bienes jurídicos de mayor relevancia, esto me refiero debido a que el ordenamiento jurídico protege varios bienes jurídicos en general, pero es el Derecho Penal quien es selectivo de bienes jurídicos limitados, de mayor realce, los cuales al ser lesionados se debe sancionar a su contraventor con una pena.

En el Derecho Penal pueden existir cuestiones jurídicas donde pueden ser resueltos a través de otras vías como son las civiles, administrativas, etc., esto

es con el fin de no despertar al aparataje persecutor Estatal en el ámbito penal y evitar un gasto excesivo al Estado, todo esto debido al principio de última ratio del Derecho Penal, o sea el Derecho Penal debe ser de última instancia y sólo perseguir cuando las otras ramas del Derecho no sean suficientes para solucionar lesiones a ciertos bienes jurídicos.

El tratadista Percy García también hace alusión al concepto de Derecho Penal, así:

En efecto, podría verse al Derecho penal primeramente como algo ya constituido (Derecho penal objetivo) y proceder a analizarlo, sea como un conjunto sistemático de reglas jurídicas (Derecho penal formal), sea como el conjunto de criterios que legitima la aplicación de una pena o medida de seguridad (Derecho penal material). Por otro lado, el Derecho penal puede analizarse también como producto de una labor de protección desarrollada por el Estado, lo que haría necesario determinar en qué casos el Estado puede recurrir a la pena y cómo puede hacerlo (Derecho penal subjetivo). (García, 2012, pág. 63).

El Derecho Penal al ser un conjunto de normas jurídicas, debe analizarse en su totalidad, observando su parte formal o reglada, la cual indica al ciudadano qué está bien o mal; y la parte material, que es la sanción por no comportarse como debía hacerlo, a través de una pena o medida de seguridad, por ejemplo, cuando una persona comete el delito de abuso sexual con un menor

de edad debe ser reprochado con una pena privativa de libertad de ser el caso, impuesta por un tribunal penal, por actuar contrario al ordenamiento jurídico.

El Derecho Penal debe ser siempre el protector de los ciudadanos para mantener la paz social y estar reglado por normas para que cada uno de los ciudadanos se guíen en lo que deben y no deben hacer, o sea, que cada ciudadano cumpla su rol social estereotipado y pueda actuar dentro del ámbito de su competencia.

Por lo tanto al actuar una persona dentro del ámbito de su competencia, no puede serle imputable objetivamente delito alguno, a modo de ejemplo, si una persona mayor de edad tiene relaciones con un adolescente mayor de catorce años de edad, y este consiente, no podría imputársele objetivamente el tipo penal a la persona mayor de edad, dado que está actuando dentro del riesgo permitido, y el fin de protección de la norma es otro, por lo tanto sería ilógico una acusación en contra de la referida persona.

El jurista Manuel Ossorio hace hincapié al concepto de Derecho Penal de la siguiente forma:

El Derecho Penal lo primero que ha de hacer es fijar los bienes jurídicos que han de ser protegidos penalmente y, sobre estos principios, variables en el tiempo y espacio, configurar específicamente los delitos

y establecer la pena que a cada uno de ellos le corresponde. (Ossorio, 2002, pág. 326).

El Derecho Penal como siempre se hace alusión, protege los bienes jurídicos de mayor valor para que el ordenamiento jurídico sancione a través de una pena al infractor de dichos bienes jurídicos, pero se debe aclarar que una persona sólo comete delitos cuando realiza una conducta típica, antijurídica y culpable, o en términos del funcionalismo sistémico se podría hacer referencia cuando la persona realiza una acción con defecto comunicativo en la normativa vigente en nuestra sociedad.

Para entender el significado de Derecho Penal debo referirme al concepto establecido por Jakobs, citado en el libro de Felipe Rodríguez Moreno, quien sostiene lo siguiente:

El Derecho Penal es la rama del Derecho que tiene mayor importancia en un ordenamiento jurídico, puesto que es la única que puede garantizar que exista coerción social y, por lo mismo, es la única rama que garantiza que la sociedad no perezca y mantenga la esencia de los principios que motivan su propia existencia. Sin embargo, lo importante del Derecho Penal moderno ya no es únicamente la "conservación del buen orden", sino, "hacer posible la libertad". (Rodríguez, 2019, pág. 92).

Como se hizo mención, el concepto de Derecho Penal es de vital importancia en la presente investigación jurídica, dado que es la institución de donde nace el problema a tratar; ahora bien, se puede definir como el conjunto de normas jurídica que controlan al poder punitivo del Estado, y organiza a la sociedad a través de su normativa que siempre debe estar acorde a la Constitución de la República del Ecuador.

Al estar integrado el Derecho Penal por normas jurídicas, significa que estas envían un mensaje, y quien recibe el mensaje es una persona racional, la cual es libre de decidir si acata o no lo descrito en la norma penal; pero, el problema viene dado cuando la norma no es clara y emite un mensaje difuso a su receptor, como es el caso del presente trabajo, razón por la cual se inició desarrollando esta institución de vital importancia.

Por lo anotado, se debe considerar lo mencionado por el autor, puesto que el Derecho Penal tiene como fines principales el orden social y hacer posible la libertad, evitando que el Estado tenga un punto de quiebre al utilizar de mala manera su poder punitivo, y esto es gracias a que se tiene un cuerpo normativo que lo controle.

4.1.2. Delito

El delito debe ser conceptualizado tomando en cuenta a uno de los referentes del Derecho Penal como es Francisco Muñoz Conde, quien señala:

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio de legalidad, conocido por el aforismo latino *nullum crimen sine lege*, que rige el moderno derecho penal. (Muñoz, 2018, pág. 1).

El delito es la creación del legislador, donde tipifica las conductas penalmente relevantes que lesionan los bienes jurídicos de mayor relevancia, y castiga con penas que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad al infractor.

Al estar tipificado un delito, por poner a modo de ejemplo, el delito de violación, la persona que erosione la norma penal al cometer dicho tipo penal, será sancionado siempre y cuando cumpla con todos requisitos establecidos en el tipo penal, dado que, si falta alguno de estos, se estaría contrariando con el principio de legalidad, ya que no puede existir delito, sin ley previa.

Lo establecido es claro, sin ley que tipifique el delito, nunca podrá sancionarse a una persona, dado que todas las personas manifiestan varias conductas en la sociedad, las cuales pueden tener riesgos, pero al no estar tipificadas como delito, mal podrían ser atribuidas a una persona en específico.

El delito para el jurista Henri Capitant es:

“Infracción que supone la combinación de varios actos materiales de distinta naturaleza, que pueden estar separados por intervalos de tiempo y lugar”. (Henri Capitant, 1961, pág. 195).

El delito cuando es considerado como la combinación de varios actos materiales, especifica que la realización de la conducta contraria a las normas jurídicas penales, están siendo realizadas a través de un concurso de delitos que pueden ser real o ideal, el primero se sanciona con la acumulación de penas que no supere el tope de 40 años de privación de libertad, y el segundo es la subsunción de la realización de varios tipos penales en un solo delito, aquí se podría equiparar un delito medio para llegar al delito fin.

El jurista Guillermo Cabanellas define al delito de la siguiente forma:

El que tiende a quebrantar, por hechos ilícitos, el orden jurídico y social establecido, atentado contra la seguridad del Estado; así como contra los poderes y autoridades del Estado; contra los poderes y autoridades del mismo o contra la Constitución o principios del régimen imperante. (Cabanellas, 2003, págs. 116 - 117).

El delito es la realización y materialización de hechos ilícitos, lo cual es totalmente contrario con el ordenamiento jurídico penal, violentando a seguridad del Estado, y contrariando la protección a los bienes jurídicos

establecidos por el poder legislativo, establecidos en el Código Orgánico Integral Penal.

El quebrantar el orden jurídico y social, es cuando una persona no respeta las normas impuestas en un Estado, por lo tanto, al incumplir el mantenimiento de la paz social, se le es reprochable, y por supuesto se le priva del bien jurídico más importante que posee todo persona, que es la libertad personal.

Para los letrados Carlos Gispert, José Gay y José Vidal, el delito es:

“Culpa, crimen, quebrantamiento de la ley. Acción u omisión voluntaria, castigada por la ley con pena grave”. (Gispert , José , & José, 2003, pág. 487).

El delito tiene varios significados, pero específicamente se consagra como la defraudación de la norma penal establecido en un cuerpo normativo, que consiste en realizar una conducta penalmente relevante que puede realizarse a través de una acción (cuando se comete el delito de manera directa), o a través de la omisión (cuando se tiene el deber jurídico de garante), lo cual causa una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, por lo tanto dicha acción u omisión debe ser castigada por la ley penal.

4.1.3. Tipicidad

La tipicidad según el jurisconsulto Francisco Muñoz Conde es:

La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad, en su vertiente del nullum crimen, sine lege, solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. (Muñoz, 2018, pág. 39).

Esto da a entender que, si el hecho de la conducta antijurídica no encuadra en el tipo penal, no existe delito, y es claro que, en los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, la validez del consentimiento es una de las partes fundamentales para que la conducta se convierta en atípica, la cual debe ser valorada de manera correcta por el juzgador, especialmente en adolescentes mayores de catorce años de edad, donde según el máximo organismo de control constitucional como es la Corte Constitucional, al ser sujetos de derechos los adolescentes, están en plena capacidad de decidir sobre su vida sexual y reproductiva.

A modo de ejemplo, si un adolescente mayor de catorce años de edad consiente en dejarse besar o tener relaciones sexuales con otra persona que sea mayor de edad, no puede configurarse delito alguno, dado que, por imperativo de la tipicidad, dicho acto de naturaleza sexual no se adecua a lo prohibitivo por la norma penal, y al no adecuarse, no puede considerarse dicho acto una conducta penalmente relevante, y por lo tanto no merece castigo.

El Derecho Penal sólo castiga conductas que lesionan los bienes jurídicos más importantes, mientras esto no suceda, no podemos hacer merecedora a una persona de una pena, menos aún a una persona que cumple su rol de ciudadano común y actúa dentro del ámbito de riesgo permitido sin vulnerar la normativa penal.

En definitiva, al tener validez dicho consentimiento no se podría configurar tipo penal alguno en los mencionados delitos contra la integridad sexual y reproductiva, por ser atípico dicho acto.

Es menester hacer alusión al criterio ya expuesto de la adecuación del hecho al precepto legal por parte de quien lo comete para configurar la llamada tipicidad.

Antes de continuar con el estudio de la tipicidad en de gran relevancia señalar lo que menciona el profesor Muñoz Conde sobre la autonomía de la voluntad en los delitos sexuales:

El problema especial que presentan estos delitos es precisamente que no se puede hablar ya de la libertad sexual como bien jurídico específicamente protegido en ellos, dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que carecen de esa libertad de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (incapaces). Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación (por ejm., menor de trece años, oligofrénico profundo, etc.), es carecer de

autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual.
(Muñoz & García , 2015, pág. 217)

El derecho a la libertad sexual debe ser protegido y velado por el Estado hacia todas las personas, en especial a los menores de edad. Respecto a los adolescentes que cumple catorce años de edad, el panorama cambia de cierta forma donde es el Estado, la familia y la sociedad quienes deben actuar de manera correcta en educar sobre sexualidad a dichos adolescente, y guiarlos e indicarles los riesgos que puede generar mantener relaciones sexuales a temprana edad, pero sin impedirles el ejercicio del mismo, dado que prohibir el ejercicio de este derecho, violaría lo establecido por la Corte Constitucional y en sí derechos ya reconocidos en la Constitución, como sería el caso de la progresividad y libertad sexual y reproductiva, dado que los adolescentes al ser sujetos de pleno derecho, se los debe orientar, mas no cohibir en decidir qué hacer y no hacer con su cuerpo. Lo establecido por el autor es criticable, dado que sólo configuraría por el sujeto activo algún delito sexual hacia el adolescente, si media el engaño, mas no el prevalimiento según la legislación penal ecuatoriana donde debe respetarse en su máximo esplendor el principio de legalidad. Pero si no se configura ni siquiera el engaño, porque el adolescente consiente de manera voluntaria en mantener relaciones sexuales con un adulto, no habría delito por el cual sancionar y la conducta se volvería atípica, impidiendo el análisis de los subsiguientes elementos de la teoría del delito.

La Tipicidad para el jurista Guillermo Cabanellas es definido de la siguiente manera:

“El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito”. (Cabanellas, 2003, págs. 384 - 385).

La tipicidad al ser una subsunción que se realiza para encuadrar la conducta realizada por el sujeto activo dentro del tipo penal establecido en la ley penal, parte de una abstracción que debe realizar el operador de justicia a la hora de sentenciar, ya sea condenando o ratificando la inocencia de la persona que se somete a un proceso penal por el supuesto cometimiento de un delito, por lo tanto si dentro del tipo penal la conducta no encuadra dentro del catálogo de delitos establecido en la normativa, no se puede imponer delito alguno al supuesto victimario.

La tipicidad para el abogado Pablo Encalada es:

“La tipicidad es la correspondencia entre una conducta humana y la descripción del hecho punible previsto en la ley penal. A esta descripción de la conducta punible en la ley se la conoce como “tipo” penal”. (Encalada, 2015, pág. 41).

La conducta humana se convierte en típica, siempre y cuando conste dentro de la descripción de un hecho punible establecido y sancionado por la ley penal, pero verificando a la par que dicha conducta sea penalmente relevante, esto quiere decir, que sea lesiva para la víctima y el ordenamiento jurídico.

El tipo penal, en general, es la base del principio de legalidad, dado que, si no consta una conducta que a los ojos de la sociedad sea mal vista como delito, no puede sancionarse, puesto que no se encuentra tipificado, por lo tanto, dicha conducta es permitida, así sea mal encarada por la sociedad.

Para el jurista Felipe Rodríguez, la tipicidad es:

La tipicidad es un elemento esencial del concepto de delito, que establece la subsumibilidad de la conducta en un tipo penal: ya sabemos que el término acción típica significa que la conducta es descrita como delito en un tipo del Código Penal. (Rodríguez, 2019, pág. 155).

Subsumir una conducta al tipo penal, es la clave para saber cuándo una persona ya sea natural o jurídica ha cometido una infracción penal, esto se verifica a través de una abstracción que debe hacer el juzgador para encuadrar el comportamiento realizado por el procesado a la ley penal, conjuntamente entendiendo el fin que el legislador le quiso dar a dicha conducta descrita en el tipo penal, con el fin de sancionar las conductas

contrarias al orden social, y evitar la mayor parte del tiempo la impunidad de ciertas personas que violentan la normativa jurídico penal.

4.1.4. Bien Jurídico

El bien jurídico según el profesor Francisco Muñoz Conde es:

La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento. (Muñoz, 2018, pág. 48).

Existen varios bienes jurídicos en la sociedad, pero esto no significa que se encuentren protegidos todos ellos, sino, sólo los que se elevan a categoría de ser lesionados al cometer delitos.

Por lo tanto, al referir a bien jurídico, es algo abstracto, pero que la norma penal le da validez.

Conceptualmente es puntual el criterio anotado, dado que los bienes jurídicos deben ser los más protegidos por el Derecho Penal, para cumplir con su

función de prevención de lesión, y para crear en el ciudadano la confianza de transitar libremente en la sociedad.

El profesor Pedro Granja considera al bien jurídico de la siguiente manera

Los bienes jurídicos no están bailando en el aire. Existen pero siempre adscritos a un titular y es el dueño del bien, en cuanto su propietario quien deberá iniciar un proceso judicial para obligar al autor del ataque a resarcirlo económicamente y además insistirá en que éste sea castigado conforme al marco penal vigente. (Granja, 2019, págs. 145 - 146).

Todas las personas son poseedoras de bienes jurídicos, los cuales deben ser siempre tutelados por el Estado.

Cuando una persona comete un delito, significa que erosiona la norma penal, porque ha vulnerado con anterioridad un bien jurídico que es protegido por el Estado, al suceder dicha vulneración, es la persona afectada o sus terceras personas que actúan como víctimas quienes pueden solicitar la indemnización pecuniaria y también impulsar la causa penal para que se imponga un castigo al agresor del bien jurídico según la normativa penal vigente la cual debe ser respetada.

Para el doctor Felipe Rodríguez, el bien jurídico protegido es:

Los bienes jurídicos protegidos deben ser derechos humanos constitucionalizados, o por lo menos derechos que gocen de esa categorización, por cuanto la sanción penal, usualmente, es la privación de la libertad, y la libertad es uno de los derechos constitucionales más sagrados en un Estado de Derecho, por lo mismo, si con una sanción penal se pretende lesionar el bien jurídico "libertad" de quien ejecuta la conducta típica, entonces, dicha conducta debe haber vulnerado un bien jurídico o derecho que merezca ser retribuido con tan grave resultado: la pérdida de libertad del infractor; ese bien jurídico protegido, entonces, sólo podría ser constitucional. (Rodríguez, 2019, pág. 165).

Desde la perspectiva expuesta, es claro al señalar que deben ser categorizados cada uno de los bienes jurídicos penalmente protegidos, por lo que una sanción penal equivale a la pérdida del bien jurídico máspreciado por toda persona, que es su libertad a quien infringe la norma penal.

Por lo tanto, es menester indicar, que el bien jurídico que se le vulnera a la víctima, es de cierta manera retribuida su lesión, por medio de una pena al infractor, que violenta sobre él otro bien jurídico protegido como ya se mencionó. Todo esto con el fin de no dejar en la impunidad las lesiones o puestas en peligros de los bienes jurídicos, los cuales deben ser velados por el Estado, a través de sus respectivas autoridades, y más aún deben ser tutelados de manera estricta en un Estado Constitucional de Derechos.

Los juristas Dino Caro, Luis Reyna y James Reátegui, citando a Bustos Ramírez, establecen el concepto de bien jurídico de la siguiente manera:

Al considerar el bien jurídico en la realidad social, (...) nos lleva a señalar (...) que los bienes jurídicos siempre son eminentemente personales, pues están ligados a las condiciones de la existencia del sistema, es decir, a la persona como tal (vida, salud personal, libertad, honor, patrimonio), o bien al funcionamiento del sistema (bienes jurídicos colectivos, institucionales o de control), a fin de permitir el mantenimiento y desarrollo de las condiciones de existencia del sistema, esto es, de la persona". (Caro, Reyna, & Reátegui, 2016, pág. 287).

Los bienes jurídicos en primer punto, están establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, pero con un fin de ser eminentemente personales, o sea cada quien posee derechos que son tutelados por las normas jurídicas

Los bienes jurídicos al cumplir con el fin de darle sentido al tipo penal, se expresan a través de un sinnúmero de derechos que se encuentran protegidos dentro de la ley penal, entre ellos tenemos: la vida, salud personal, libertad, honor, entre otros, y que imponen sanciones a quien los infringe, dado que al estar protegidos por el Código Orgánico Integral Penal, les da mayor protección, debido a que son seleccionados los más importante dentro de la

sociedad, en cambio los bienes jurídicos que no merecen sanción penal, se encuentran establecidos en la Norma Suprema como se hizo alusión.

Todo esto permite observar un sistema organizado en el ordenamiento jurídico y sólo sancionar con la ley penal lo bienes jurídicos que se encuentren tipificados en el respectivo cuerpo normativo, y siempre que sea levisa dicha lesión o puesta en peligro.

En delitos sexuales el bien jurídico a la indemnidad sexual, no sería objeto de tutela por parte del Derecho Penal hacia el adolescente mayor de catorce años de edad, dado que se ha indicado en la presente investigación jurídica que los adolescentes en la referida edad tienen la capacidad de decidir sobre su vida sexual y reproductiva; y sólo existiría lesión al derecho a la libertad sexual cuando el adolescente no consienta en realizar algún acto de naturaleza sexual; o el consentimiento sea viciado a través del engaño para obtener la cópula por parte del infractor, dado que ahí si existiría una erosión a la norma penal que debería ser sancionado; pero mientras el adolescente consienta libre y voluntariamente la conducta del supuesto infractor sería atípica, con lo que ni sería necesario estudiar las demás categorías del delito, dado que no habría responsabilidad penal.

4.1.5. Violación

La violación para el abogado Fernando Yávar, citando al diccionario de la lengua española, es:

Tener acceso carnal con una mujer por fuerza, o hallándose privada de la razón o cuando es menor de catorce años. (Yávar, 2015, pág. 526).

Dentro de los delitos sexuales, el delito de violación implica el acceso carnal, a través de cualquier tipo de violencia, al aprovecharse de cualquier situación de inferioridad, esto puede ser cuando se encuentra la persona privada de su razón.

También se hace hincapié que será punible cuando se llegue a la cópula con una persona menor de catorce años de edad, esto da a entender, en cambio que, si la persona tuviera ya cumplidos los catorce años de edad, no pasaría absolutamente nada si consiente en tener relaciones sexuales con una persona mayor de edad.

El concepto de violación según el tratadista Guillermo Cabanellas es:

Delito contra la honestidad y contra la libertad que se comete yaciendo carnalmente con mujer contra su voluntad expresa, por emplear fuerza o grave intimidación; contra su voluntad presunta, por encontrarse temporal o permanentemente de sentido, por enajenación mental, anestesia, desmayo o sueño; o por falta de madurez. (Cabanellas, 2003, pág. 410).

El delito de violación no sólo se comete en contra de una mujer, puede también realizarse en una persona de diferente sexo, siempre y cuando concurren como bien se señala fuerza o intimidación sobre la víctima a quien le recae dicha agresión sexual.

La voluntad no puede tener valor en el delito de violación cuando se comete en contra de una persona que posee enajenación mental o por falta de madurez, esto quiere decir, cuando la víctima no ha cumplido aún los catorce años de edad por lo tanto no puede consentir en una relación sexual con una persona mayor de edad, y en caso de hacerlo, le será reprochable al victimario el referido delito.

Para los letrados Carlos Gispert, José Gay y José Vidal, la violación es:

“Delito contra la honestidad, que se comete al tener relación carnal con una mujer en determinados casos”. (Gispert, José, & José, 2003, pág. 1688).

Más que un delito contra la honestidad, la violación se refiere a la erosión de la libertad sexual y reproductiva de una persona. Respecto de la libertad reproductiva del adolescente mayor de catorce años de edad, la Corte Constitucional como máximo intérprete de la Constitución se ha referido que corresponde únicamente al adolescente decidir sobre su vida, salud sexual y reproductiva, a más de eso, la Corte considera que los adolescentes ya están en plena capacidad anatómica y fisiológica de ejercer su sexualidad; pero el

Estado, la sociedad y la familia, deben ser sus guías y orientarlos en educación sexual y reproductiva, en conjunto explicarles las consecuencias que acarrearía hacer uso y goce de este derecho constitucional de manera deliberada, de cierta manera deberían actuar a través de una forma de prevención, mas no de prohibición de este derecho que posee el adolescente. Ahora bien, para no hacer tan discutible lo establecido por la Corte Constitucional se adoptó la edad de mayor de catorce años, para estar en armonía con lo que establece el Código Orgánico Integral Penal.

Referente a la relación carnal con una mujer, es un concepto insuficiente, dado que también se puede realizarse contra de una persona de otro sexo, con tal de violentar la normativa penal y satisfacer el deseo sexual, mediando fuerza, amenazas y violencia en contra del sujeto pasivo del delito.

Por último, es menester conceptualizar a la violación tomando en consideración lo definido por es tratadista Edgar Escobar:

Al acceso carnal violento se equipara y se sanciona como tal a quien, con violencia, realice la cópula con persona menor de catorce años de edad. Igualmente al que con violencia realice el acceso carnal con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho que realiza o por cualquier causa no pueda resistirlo, y a quien con violencia y fines lascivos introduzca por vía anal, vaginal u oral, cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una

persona, cualquiera sea su edad, o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima. (Escobar, 2013, pág. 224)

El acceder carnalmente con una persona menor de catorce años de edad ya configura en sí, el delito de violación, no hace falta la fuerza en estos casos, dado que el consentimiento del menor es irrelevante, lo cual convierte típica la conducta realizada por el victimario.

Utilizar violencia en personas que no puedan comprender el significado del hecho sexual obviamente configura delito de violación, pero basta con acceder a la cópula con el supuesto consentimiento de dichas personas para confirmar el referido delito, dado que no tiene validez ese supuesto consentimiento.

En la legislación penal ecuatoriana, introducir un objeto de naturaleza sexual distinto al miembro viril, configura el delito de violación siempre y cuando se lo realice por el ano o la vagina, pero no en la boca, como se menciona en el presente concepto, puesto que dicho acto configuraría otro delito, diferente al de violación.

4.1.6. Abuso Sexual

El abogado Fernando Yávar establece el abuso sexual de la siguiente forma:

El abuso sexual es cualquier actividad sexual entre dos o más personas sin consentimiento. El abuso sexual puede producirse entre adultos, de un adulto a un menor infantil o incluso entre menores, entre mujeres, entre homosexuales. (Yávar, 2015, pág. 507).

El abuso sexual es obligar a otra persona a que realice cualquier acto de naturaleza sexual en contra de su voluntad.

Pero no se menciona entre dos o más personas, dado que el agresor puede obligar a la víctima que ejecute actos de naturaleza sexual en su propio cuerpo en contra de su voluntad.

Se podría compartir respecto de que el abuso sexual puede ser entre personas del mismo o diferente sexo, ya que lo que importa aquí es el dolo (voluntad y conciencia) y se podría incluir un dolo específico que es el ánimo libidinoso del agresor sexual que está constituido dentro del tipo subjetivo.

El concepto de abusos sexuales es definido por la letrada Mónica Ortiz y Virginia Pérez de la siguiente forma:

“Hecho delictivo consistente en atentar contra la libertad sexual de otra persona, sin consentimiento de la víctima o con un consentimiento viciado y sin mediar violencia ni intimidación”. (Ortiz & Perez, 2004, pág. 44).

El abuso sexual, lesiona el bien jurídico de la libertad sexual, dado que, al ser la víctima infringida a través de actos de naturaleza sexual, violenta su esfera personal, más aún cuando se comete estos actos impúdicos con el consentimiento del sujeto pasivo viciado, debe ser sancionado con la mayor fuerza de ley, como sería el caso de los menores de catorce años de edad, donde su consentimiento según el Código Orgánico Integral Penal no tiene validez.

El médico legisla Alejandro Basile considera al abuso sexual desde una forma simple o agravada de la siguiente forma:

Comprende en el primer caso los tocamientos impúdicos efectuados sobre los órganos genitales de la víctima que, en general, no tienen correlato lesional significativo. Sin embargo, pueden producirse traumatismos paragenitales (mamarios) o genitales por las maniobras manuales o digitales con vulvo-vaginitis traumática que es una inflamación por contusión manual con fricción única o reiterada y pueden generar excoriaciones o equimosis; contagio venéreo si se efectúa con el pene o con la mano contactada con éste y traumatismos extragenitales diversos. La presencia de esperma sobre las ropas puede ser una prueba objetiva. (Basile, 2001, pág. 165).

El abuso sexual en primer momento, puede consistir en tocamientos de naturaleza sexual y en contra de la voluntad de la víctima, donde el victimario

puede dejar rastros del presente delito, dado que se pueden observar lesiones o rasgos en las tres áreas principales que se realizan para hacer el estudio médico legisla en los delitos de abuso sexual como son, las áreas genitales, paragenitales y extragenitales,, cada una debe ser estudiada de manera correcta para encontrar rasgos que permitan dar certeza de la existencia de dicha infracción penal.

Por otro lado, no sólo el delito de violación puede generar infecciones de transmisión sexual, sino, también el delito de abuso sexual a través del uso del miembro viril, por ejemplo cuando se padece de sífilis, o papiloma humano, el roce del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima puede infectarla, esto permitiría penar de mayor gravedad el delito de abuso sexual donde se está contagiando a la víctima de una enfermedad venérea y el Código Orgánico Integral Penal, sanciona de manera más drástica, dicho acto antijurídico.

El abuso sexual o deshonesto, según Edgar Escobar, citando a Sebastián Soler, es:

“Los actos de abuso deshonesto deben consistir en acciones corporales de aproximación o tocamiento inverecundo, realizados sobre el cuerpo de otra persona, excluyendo el acceso carnal, y sean de naturaleza sexual o que afecten al pudor”. (Escobar, 2013, pág. 291).

El abuso sexual se basará en realizar acciones corporales o tocamientos de naturaleza sexual lesivos para la víctima del referido delito, esto con el fin de satisfacer el apetito sexual por parte del infractor.

Ahora bien, debe quedar claro la diferencia entre delitos de violación y abuso sexual, donde el primero es el acceso carnal, y el segundo son tocamientos o actos dirigidos a un fin, el cual es saciar el ánimo libidinoso del sujeto activo, pero jamás accediendo carnalmente a la víctima.

4.1.7. Estupro

Para Fernando Yávar el estupro es:

En su parte jurídica, se trata de un delito contra la libertad sexual, aunque muchos admiten que es la honestidad sexual de la afectada, por eso la unión es sexual, es la cópula con una persona según define el asambleísta, de lo cual se deriva que el agente activo debe ser un varón y ahora también mujer, el sujeto pasivo es una mujer, parecería que no existe estupro entre mujeres ni estupro entre hombres, pero el articulado refiere solamente a persona, lo cual se pensaría que si se podría dar lugar a tal circunstancia delictual, pero donde quedaría el término cópula, si la misma significa unión entre dos órganos genitales y para que exista ello ambos debería ser diferentes, pues la palabra "persona" incorporada al articulado, daría la impresión que también existe estupro cuando en las relaciones sexuales dos órganos sexuales similares se unen o se

acceden carnalmente entre personas del mismo género, lo cual sería algo difícil de percibir. Pero esa es la redacción que propone el asambleísta de nuestro país. (Yávar, 2015, págs. 472 - 473).

Para la normativa penal ecuatoriana, el estupro es cuando una persona mayor de catorce años de edad, pero menor de dieciocho años de edad, consiente en tener relaciones sexuales con otra persona que es mayor de edad.

Ahora bien, este consentimiento es viciado, o sea, el consentimiento pierde su esencia pura, también se podría mencionar que el agente activo engaña a la víctima, atacando la honestidad con el fin de llegar a la cópula, pudiendo mentir sobre una falsa promesa de matrimonio, que van a vivir juntos por el resto de la vida, prometiéndole comprar lo que la víctima desee, a sabiendas de que no va a cumplir ninguno de los puntos puestos a la vista.

Por último, es menester indicar que el presente engaño puede hacerse entre personas heterosexuales y homosexuales, el legislador le da paso, lo cual amplía el ámbito punitivo.

Para el letrado Guillermo Cabanellas, citando Carrara, consideran al estupro así:

“Es el conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, precedida de seducción verdadera o presunta y no acompañada de violencia” (Cabanellas, 2003, pág. 156).

Al referir a mujer libre y honesta, se considera en la actualidad a la mujer que está dentro del rango de 14 a 18 años de edad, donde es seducida por una persona mayor de edad con el fin de obtener la cópula, configurando el presente delito doloso, pero hay que aclarar que no sólo la mujer es víctima en la legislación penal ecuatoriana, sino, cualquier persona.

El estupro para el médico legisla Miguel Brito, es:

Para ser estupro, además debe existir la seducción o engaño, o lo que es lo mismo, la mujer debe ser persuadida por la atracción e inducida cautivadoramente a entregarse a la cópula carnal. El más común es el ofrecimiento de matrimonio o de unión duradera. (Brito, 2000, pág. 45).

Una persona mayor de edad, puede configurar el delito de estupro, cuando obtiene la cópula con una adolescente mayor de 14 y menor de 18 años de edad, a través del verbo recto del engaño, que puede ser por medio de la persuasión para que la víctima se entregue a su victimario, esto puede ser cuando se le ofrece matrimonio, o que vivirán juntos para siempre, actualmente la promesa de formar una familia conjuntamente con mascotas y varios lujos, es la falsa promesa más utilizada por el infractor.

Las juristas Mónica Ortiz y Virginia Pérez, consideran al estupro de la siguiente forma:

Hecho punible que constituye una modalidad de abuso sexual por el que una persona, mediante engaño y viciando, por lo tanto, el consentimiento de la víctima, ataca a la libertad sexual de una persona mayor de doce años y menor de dieciséis. Delito doloso que se consuma cuando tiene lugar la relación sexual. (Ortiz & Perez, 2004, pág. 146).

Como se observa, el delito de estupro, es un delito de resultado, el cual se comete a través del designio de causar daño a la víctima, específicamente al violentar su bien jurídico de la libertad sexual.

El delito de estupro en la legislación penal ecuatoriana se configura cuando se accede carnalmente a la víctima, a través de un consentimiento viciado por ella, donde la víctima debe ser mayor de 14 y menor de 18 años de edad, y no como se especifica en el presente enunciado jurídico.

4.1.8. El engaño

Para el profesor Alonso Raúl Peña Cabrera, el engaño en delitos sexuales es:

En el campo del «engaño», la doctrina la caracteriza no solo en la promesa de matrimonio, sino la ha ido extendiendo a otras configuraciones. Puede consistir entonces: en promesa de matrimonio (seducción) o fingimiento de estado civil (fraude), siendo necesario

apreciar en cada caso las circunstancias concurrentes, pero siempre desde la persona ofendida. La promesa de obtención de una plaza laboral, consideramos no apta a esta amplitud normativa, pues, la supuesta víctima sabe a ciencia cierta, que la obtención de una plaza laboral no se consigue por dicho medio; asimismo, cualquier promesa de ilicitud o que ingrese al campo de la irracionalidad, tomando en cuenta a estos efectos el grado de socialización y cultura de la víctima. Sin embargo, si las circunstancias son claras y coherentes, una promesa pecuniaria puede ser admitida (por ejemplo: el ofrecer nombrarle heredera). (Peña, 2015, pág. 478).

El engaño normalmente se sabe producir por la falsa promesa de matrimonio, pero también existen otras figuras que lo configuran, como podría ser el estado civil, al manifestar que se encuentra el sujeto activo soltero, para proceder a engañar a su víctima.

Al referir el engaño en nuestra legislación, se establece en el delito de estupro tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, donde aparte de los ejemplos mencionados, podría también configurarse por un ofrecimiento de una herencia, donde esta promesa pecuniaria si podría configurar engaño y por lo tanto ser punible por el delito de estupro.

La promesa de una plaza laboral es un tema a discutir, dado que la persona le puede ofrecer un trabajo, a cambio de mantener relaciones sexuales, pero

la víctima del supuesto delito sabe que para ganarse una plaza laboral necesita presentar hoja de vida y del ser el caso en el servicio público deber obtener el puesto, a través del concurso de mérito y oposición.

El engaño para el jurista Guillermo Cabanellas es:

“Falta de verdad en lo que se dice o se hace, con ánimo de perjudicar a otro; y, asimismo, con intención de defenderse de un mal o pena, aun cuando legalmente procedan”. (Cabanellas, 2003, pág. 147).

Engañar, se puede mencionar que es perjudicar a otra persona, cuando se cambia la verdad, por una mentira, con el fin de obtener un beneficio, ya sea, económico, patrimonial o sexual.

El engaño puede ser realizado por cualquier persona, y se ha visto que, en la mayoría de juicios, el procesado trata de engañar a los jueces quienes serán los que lo juzguen, este tipo de engaño se realiza con el fin de evitar una pena, que le prive del derecho a la libertad ambulatoria.

El engaño para el jurista Henri Capitant es:

“El hecho de que una persona haga incurrir a otra en error sobre las mercaderías que le entrega”. (Henri Capitant, 1961, pág. 252).

El engaño se puede configurar cuando una persona promete a otra, la entrega de una cosa, con el fin de obtener un rédito económico, sin importar cumplir con lo pactada, y sobretodo perjudicando a la víctima a través de su acto suspicaz.

La Real Academia Española, define al engaño, así:

“Falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre”. (Real Academia Española, 2014, pág. 887).

Una persona que falta a la verdad, se convierte en alguien no creíble para su entorno social, y más aún si hace o dice mentiras a personas menores de edad para obtener la cópula, al prometerles una fortuna, o que les regalará el auto en que se moviliza; todo esto a más de configurar una total falta de verdad en lo que se dice, violenta los derechos de la víctima, en el presente caso de los adolescentes. También se puede configurar engaño, cuando se quiere obtener un beneficio de índole económico o político para obtener poder dentro de la sociedad.

4.1.9. Pubertad

Para los doctores María Triones y José Gallardo definen a la pubertad, así:

En la adolescencia los cambios biológicos serán responsables de los cambios fisiológicos, que serán signos o expresiones del proceso de maduración y de diferenciación sexual que tendrán que experimentar para llegar a la madurez sexual. A este proceso que le permite al individuo llegar a la madurez sexual y a la capacidad de reproducirse se le denomina pubertad. (Triones & Gallardo , 2000, pág. 166).

La pubertad es el último escalón que necesita la persona para llegar a la etapa de la adolescencia, dado que en esta etapa es cuando se da el proceso de maduración, tanto en el aspecto físico al existir cambios corporales, como psicológicos, los cuales permiten afianzar la diferenciación sexual en cuanto a gusto.

Para concluir se debe tener presente que en esta etapa la persona ya tiene también la capacidad de reproducirse y por lo tanto ya puede biológicamente concebir, lo que jurídicamente sería formar su familia.

Para el jurista y letrado Guillermo Cabanellas, la pubertad es considerada de la siguiente manera:

“Edad en que se la supone a la persona humana con aptitud fisiológica para concebir o procrear. Es sumamente variable con los climas, adelantándose en los países más próximos al Ecuador”. (Cabanellas, 2003, pág. 328)

La pubertad si bien es una etapa donde se presentan la mayoría de cambios biológicos y psíquicos, es el momento donde una persona es capaz de procrear a un nuevo ser. Para referirse a la pubertad es indispensable siempre partir del entorno donde se vive y las diferentes culturas que se practican, dado que en cada lugar existen costumbres y modos de vivir diferentes, lo cual sabe ser respetado por sus habitantes.

La pubertad según los editores Pedro Cáceres, Joaquín Díaz y Joaquín Añorga, es:

“Época de la vida en que se deja de ser niño y se manifiesta la aptitud para la reproducción”. (Cáceres, Díaz , & Añorga, 2009, pág. 481)

La pubertad por lo general empieza desde los 12 años de edad, y es en ese momento donde se deja de ser niño y se pasa a una etapa donde la persona tiene la capacidad de reproducción, tanto en el hombre como en la mujer, en el primero porque comienza a eyacular lo cual genera células que son reproductoras, y en la mujer, en cambio, empieza su primera menstruación, donde comienza a ovular, lo cual al tener acceso sexual con otra persona, la puede dejar embarazada de un nuevo ser vivo (nasciturus).

Según la Real Academia Española, el significado de pubertad es:

“Primera fase de la adolescencia, en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta”. (Real Academia Española, 2014, pág. 1807)

En primer lugar, es necesario mencionar lo que señala la legislación ecuatoriana, en el Código Civil considera impúber al varón que no ha cumplido catorce años y mujer que no ha cumplido doce años; en cambio el Código de la Niñez y Adolescencia, considera adolescente a la persona de ambos sexos entre doce y catorce años de edad. Ahora bien, según expertos en la materia de psicología, la pubertad es el inicio de la edad adulta, la cual suele producirse desde los 12 hasta los 14 años de edad, luego de ello comienza la etapa formalmente de la adolescencia donde la persona ya está en plena capacidad psíquica de decidir qué hacer y no hacer con su cuerpo, esto quiere decir que la persona desde la referida edad, tiene el pleno derecho de realizar lo que crea conveniente con su sexualidad.

4.1.10. Discernimiento

El discernimiento para profesor Guillermo Cabanellas de Torres es:

Facultad intelectual o recto juicio que permite percibir y declarar la diferencia existente entre varias cosas, así como distinguir entre el bien o el mal, midiendo las consecuencias posibles de los pensamientos,

dichos y acciones. El primero es el discernimiento cognoscitivo y el segundo, el moral. (Cabanellas de Torres, 2004, pág. 131).

El discernir permite decidir en el momento de realizar la persona algún acto, respecto de lo que es correcto o no, esto se realiza, a través, de un juicio de razonabilidad, donde una persona ya tiene la suficiente capacidad de decidir sobre uno mismo y tomar las decisiones que crea conveniente.

El proceso de discernir sucede en la persona desde la adolescencia, en el ordenamiento penal vigente, desde los catorce años de edad, los adolescentes ya pueden discernir al momento de tomar decisiones libres y voluntarias respecto de su sexualidad.

En definitiva, discernir, es realizar una abstracción mental, a través de la cual una persona concretiza lo que cree estar correcto y lo realiza, porque sabe que dicha acción está dentro de su esfera de conocimiento, y no viola la moral que una puede tener en la forma como lo han criado.

Para el tratadista Henri Capitant el discernimiento es:

“Aptitud de un individuo – especialmente un menor – para distinguir el bien del mal y lo que es lícito de lo que es punible”. (Henri Capitant, 1961, pág. 229).

Como bien se conoce, un menor de edad que curse los 14 a 18 años de edad, está en plena capacidad para comprender los actos buenos y malos que se pueden realizar dentro de la sociedad, esto quiere decir, que la persona es consiente cuando realiza una conducta lícita y también cuando comete conductas ilícitas y contrarias a la normativa institucionalizada en la sociedad, por lo tanto, una persona desde la referida edad en adelante, al tener la capacidad de discernir, tranquilamente puede consentir cuando realiza algún acto, ya sea de carácter sexual, dado que comprende el significado y consecuencias que puede llegar consigo realizar esa determinada conducta.

El concepto de discernir según los autores Pedro Cáceres, Joaquín Díaz y Joaquín Añorga, es:

“Distinguir una cosa de otra. Es sinónimo de distinguir, comprender, apreciar, diferenciar, percibir”. (Cáceres, Díaz , & Añorga, 2009, pág. 173).

Una persona que es capaz de discernir, se debe a que comprende lo que realiza, dado que percibe y diferencia cuando está realizando una conducta acorde a lo establecido en la sociedad, y sobre todo conoce que, si realiza una conducta reprochable, puede ser castigado, ya sea a través de una pena, sanción etc. Por lo tanto, se puede hacer hincapié que desde la adolescencia se establece la capacidad que posee el ser humano de discernir.

Para la Real Academia Española, discernir significa:

“Distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ellas. Comúnmente se refiere a operaciones del ánimo”. (Real Academia Española, 2014, pág. 807).

La palabra discernimiento puede tener varios significados y sinónimos, entre ellos está la capacidad de distinguir entre dos o más cosas, con el fin de elegir la que mejor le sobresalga, partiendo de procesos u operaciones del ánimo y comprensión respecto de la valoración que se le puede dar a una u otra cosa, o a algún determinado objeto.

4.1.11. La Adolescencia

Para profesor Ramón Acosta Chávez, la Adolescencia es:

Es un periodo en el desarrollo biológico, psicológico, sexual y social inmediatamente posterior a la niñez y que comienza con la pubertad. Su rango de duración varía según las diferentes fuentes y posiciones médicas, científicas y psicológicas, pero generalmente se enmarca entre los 11 o 12 años y los 19 o 20. (Acosta, 2011, pág. 34).

La edad referida en la adolescencia es importante a saber, dado que el adolescente es una persona que ya ha pasado por la niñez y pubertad, eso quiere decir que un adolescente mayor de catorce años de edad ya tiene la

suficiente capacidad tanto cognitiva como volitiva para decidir y discernir respecto de su vida y sexualidad.

El letrado Ramón Acosta Chávez, también define a la Adolescencia de la siguiente manera:

La adolescencia ha sido considerada como una época de transición en donde se presentan una serie de cambios tanto físicos, psicológicos como sociales, los cuales se integran en la personalidad y permiten elaborar la propia identidad.

Marca nuevos patrones de comportamiento que permiten enfrentarse a las tareas de adulto que posteriormente deberá desarrollar. (Acosta, 2011, pág. 34).

La adolescencia es la época de cambios hormonales y por lo tanto físicos y psicológicos, dentro de esta etapa se convierten en más curiosos, dado que estamos a un paso de ser adultos, por lo tanto se sabe lo que es correcto o no respecto a lo que se debe hacer, en esta etapa ya se es responsable de los actos y sobre todo a lo que se pueden meter si realizan conductas contrarias a las normas establecidas en nuestra sociedad, ya que se tiene desarrollada gran parte de la capacidad cognitiva como volitiva.

El jurista Manuel Ossorio define a la adolescencia de la siguiente manera:

Edad que sucede a la niñez y que transcurre desde que aparecen los primeros indicios de la pubertad hasta la edad adulta.

El concepto ofrece importancia jurídica, porque, por regla general, las legislaciones hacen coincidir la entrada en la adolescencia con la capacidad para contraer matrimonio, aún cuando no es esta una regla absoluta. El periodo de adolescencia influye también en la responsabilidad penal que, dentro de ciertos límites, puede estar disminuida y afectar el modo de cumplimiento de la condena. (Ossorio, 2002, pág. 62).

La adolescencia hace referencia que tanto en el varón como en la mujer empiezan a haber cambios en su cuerpo debido a las hormonas masculinas como femeninas que se segregan.

También se hace referencia a la capacidad de contraer matrimonio, cuestión que ya no es permitido en la legislación ecuatoriana, pero que sí lo fue años atrás, eso quiere decir que en un momento determinado en nuestro ordenamiento jurídico se aceptó que el adolescente tiene la capacidad suficiente para ser auto administrador de su propia vida.

Para finalizar hay que hacer hincapié que los adolescentes al cometer un delito son responsables de aquello y se los sanciona con medidas socioeducativas, esto confirma lo establecido sobre la capacidad volitiva y cognitiva que desarrollan durante la adolescencia.

El Diccionario Enciclopédico Hachette Castell define a la adolescencia de la siguiente manera:

“Edad que sucede a la niñez y que transcurre desde la pubertad hasta el pleno desarrollo del organismo”. (Ediciones Castell, 1981, pág. 30)

Una vez culminada la niñez, empieza la persona una nueva etapa que es la pubertad, donde se producen varios cambios psíquicos como biológicos dentro de la fisionomía de la persona, una vez desarrollados, empieza la etapa formal de la adolescencia, donde la persona tiene la plena capacidad para decidir respecto de su vida, dado que se convierte en una persona que puede autoadministrarse, más aún en el campo de la sexualidad, dado que tiene el derecho a la libertad sexual y reproductiva, pero dicho derecho, debe ser amparado por el Estado y familia como guías, más no impidiendo el ejercicio del presente derecho.

Para los letrados Carlos Gispert, José Gay y José Vidal, la adolescencia es:

“Fase de desarrollo psicofisiológico de todo individuo, que comienza hacia los 12 años con la aparición de modificaciones morfológicas y fisiológicas. Que caracterizan la pubertad”. (Gispert , José , & José, 2003, pág. 26).

Como bien se señala, es desde los 12 doce años donde empiezan los cambios biológicos, dentro de la morfología de la persona, y es durante los catorce años en adelante, se puede mencionar que se ha desarrollado por completo el individuo, permitiéndole ser responsable de sus actos y decisiones que tome, por lo tanto, es en ese momento donde un adolescente puede hacer valer sus derechos reconocidos por la Constitución, como es el Derecho a la libertad sexual y reproductiva y esto debe ser respetado por la sociedad en general, así como las autoridades que la conforman.

4.1.12. El pudor

El letrado Alonso Raúl Peña Cabrera, define al pudor así:

El pudor debe ser entendido como aquella esfera sexual íntima que su titular, que quiere mantener en reserva o recato individual, es decir, libre de intromisiones ajenas, sea quien fuese el ejecutor. (Peña, 2015, pág. 523).

El pudor debe ser entendido como el escudo que pone la persona frente a intromisiones externas, o sea de otras personas que quieren invadir la esfera

sexual íntima. En definitiva, el pudor es sinónimo de reserva personal del sujeto.

El pudor al ser una parte íntima que quiere mantener el sujeto en resguardo, debe ser respetado, dado que cada persona tiene el derecho a la libertad dentro de su esfera personal y sexual, por lo cual, si una persona quiere mantener en reserva su esfera sexual íntima, no tiene porqué ser violentada.

La Real Academia Española, define al pudor, de la siguiente forma:

“Honestidad, modestia, recato”. (Real Academia Española, 2014, pág. 1808).

La palabra pudor, se puede entender de varias formas, así como, la honestidad que aún guarda una persona, esto puede ser especialmente en individuos que evitan intromisiones por parte de otras personas ajenas a él o ella, especialmente dentro su esfera sexual.

El profesor Edgardo Donna, citando a Antolisei, Pannein, Latagliata, Nuvolone, Manzini, en general, indica el significado de pudor de la siguiente forma:

Por pudor han entendido los autores italianos un sentimiento que induce a los seres humanos a la reserva en todo lo que se refiere a la libídice. Por ende, el pudor es aquello que afecta a la persona cuando otro ve su

cuerpo o es obligado a ver el acto amoroso de otros. (Donna, 1999, pág. 492).

Al referir al pudor, quiere decir, que la persona posee un sentimiento que lo lleva dentro de sí, donde la persona vive de manera protegida, reservándose de la lujuria y evitándola a la vez.

También el pudor, es la sensibilidad que posee la persona y le es afectada cuando otro ve su cuerpo, o la obligan a ver un acto de naturaleza sexual de otras personas, invadiendo su espacio de privacidad, o sea violando su libertad personal que posee.

El pudor para el profesor Carlo Creus es:

El pudor es, pues, por naturaleza, un valor social, que se da en una comunidad y, en la medida en que esa comunidad lo entiende, se proyecta a los individuos que la componen. Se afectaría, por lo tanto, públicamente, cuando su ataque puede ser receptado por un número indeterminado de personas, o privadamente, cuando ese ataque incide sobre el de personas determinadas. (Creus, 1998, pág. 219).

El pudor al ser un valor social, es porque cada ser humano tiene dentro de su esfera psíquica cierto grado de privacidad que quiere salvaguardar o resguardar de terceras personas. Esto con el fin de evitar ataques a la libertad personal que es un derecho constitucional que cada persona posee, ya sea por una o varias personas dentro del ámbito público, así como en el ámbito

familiar en determinados casos; es más el pudor, es sinónimo de protección de la esfera sexual íntima, que es un bien jurídico de gran valía.

4.1.13. La Sexualidad

Para el doctrinario Alonso Raúl Peña Cabrera, al hablar de sexualidad, la define de la siguiente manera:

La sexualidad importa también una dimensión positiva, en cuanto coadyuva la integración del individuo en los procesos de socialización y de integración cultural, siempre y cuando se desarrolle con responsabilidad y madurez; entonces, la orientación va en un rumbo contrario, de rebajar la edad límite, a efecto de condicionar la punibilidad de la conducta. (Peña, 2015, págs. 522 - 523).

Las personas tienen derechos inherentes, uno de ellos es el derecho a la sexualidad, dado que permite la convivencia y armonía con la sociedad, al realizar procesos de socialización.

La sexualidad debe ser realizada con madurez, esto quiere decir que debe ser tanto física como psíquica, en la presente investigación jurídica es importante mencionar que este proceso se desarrolla desde que la persona cumple los doce años de edad, pero se completa cuando la persona ha cumplido los catorce años de edad, dado que es cuando la persona es capaz de decidir sobre su vida sexual y reproductiva, pero estas decisiones que tome el

adolescente deben ser guiadas por la familia y el Estado, a través, de políticas públicas preventivas en educación sexual y reproductiva, para enseñar e instruir al adolescentes cuál sería la mejor decisión que podría tomar antes de mantener una relación sexual, sin prohibirles en ningún momento el ejercicio de este derecho constitucional.

Es importante mencionar lo establecido por parte de Pedro Pabón respecto de la sexualidad y su correcto desarrollo de la siguiente forma:

En el nacimiento el aparato genital, existe, pero es en la pubertad cuando sus órganos se desarrollan y actúan por la influencia de la producción hormonal. Se surten en esta etapa cambios fisiológicos en el varón: la aparición del vello, cambios en la laringe, crecimiento peneal y testicular, producción de esperma, capacidad eyaculatoria y procreativa. En la mujer se da el desarrollo ovárico, ovulación, desarrollo de las mamas por influencia hormonal, descamación de la mucosa uterina y con ella iniciación de los ciclos menstruales.

Este desarrollo fisiológico funciona en forma paralela a un desarrollo psicológico; en la infancia, si bien se pueden observar algunas manifestaciones sexuales y curiosidad por los órganos genitales, es en la pubertad cuando se produce la toma de conciencia del deseo y la actividad sexual. (Pabón, 2005, pág. 42).

Tanto hombres como mujeres desde el vientre materno, se les empieza a formar el aparato genital, luego al nacer este se forma por completo, pero empieza a desarrollarse ciertos órganos desde la pubertad por la carga hormonal que hay en ellos, donde empieza a haber cambios fisiológicos tanto en el varón como en la mujer, en el primero empieza a realizarse la producción del vello, formación de barba en muchos casos, cambios de voz, crecimiento del pene y testículos, y desde los catorce años en adelante, ya puede ser padre de familia, dado que genera espermatozoides, lo cual permite tener capacidad eyaculatoria y por lo tanto procreativa; en el caso de la mujer, existe un desarrollo de los senos, iniciación de ciclo menstruales por el desarrollo ovárico y ovulación, donde desde los catorce años ya podría ser madre de familia, claro que se puede partir de una edad más inferior aún como sería desde los doce años de edad, en ambos casos, pero en la presente investigación jurídica, se tiene a edad desde los catorce años de edad en adelante, debido a la madurez que tendría la persona en la referida edad.

Por la razón expuesta es claro que debe combinar el desarrollo fisiológico con el psicológico, dado que desde la edad de catorce años en adelante el adolescente ya tiene la capacidad de tomar conciencia del deseo y la actividad sexual.

La Real Academia Española, define a la Sexualidad de la siguiente forma:

“Conjunto de condiciones anatómicas y fisiológicas que caracterizan a cada sexo”. (Real Academia Española, 2014, pág. 2005).

La sexualidad es relacionada con las características físicas que posee una persona, y entrando más a profundidad, también podría ser los gustos que un individuo adquiere con el tiempo respecto a determinado sexo, lo cual debe ser respetado en un Estado Constitucional. Todo esto permite la caracterización de una persona en determinado sexo a la par con el desarrollo de su sexualidad.

La sexualidad para el letrado Friedrich Dorsch es:

Concepto ambiguo que significa tanto la pura sexualidad de lo masculino y lo femenino como la pulsión sexual en todas sus formas y manifestaciones y con su fuerte capacidad configuradora, constructora y destructora a la vez de cultural. Tradicionalmente se define la sexualidad como el conjunto de todas las manifestaciones vitales fundadas en el sexo. (Dorsch, 1994, pág. 732).

La sexualidad puede ir de la mano con el placer sexual que una persona tiene al realizar determinados actos de naturaleza sexual, pero también puede referirse a la variedad de características tanto físicas como psicológicas que son propias de cada sexo (masculino o femenino), pudiendo tomar aparte de los manifestado el derecho que pueden tener diversos grupos respecto a

cómo se encuentran identificados, con el fin de sentirse a gusto con su parte cognitiva interna.

4.1.14. Acto Sexual

Los juristas Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán dan un concepto de acto sexual de la siguiente manera:

No existe, ciertamente un concepto puramente objetivo de lo sexual, aunque no puede por lo menos calificarse como tal todo acto en el que intervengan los órganos genitales, tanto más si su fin implica penetración. No hay, por tanto, problema alguno en considerar acto sexual el acceso por vía vaginal, anal o bucal, así como la introducción de los dedos por alguna de las dos primeras vías. (Muñoz & García , 2012, pág. 222).

Hay varias formas de entender un acto sexual, pero también un beso, el acceso carnal u otra manifestación sobre nuestro cuerpo podría considerarse como acto sexual.

El acto sexual según el concepto planteado es difuso, pero desde un punto de vista crítico, podría ser cualquier acto que realiza el ser humano sobre su cuerpo.

El acto sexual según las consideraciones del letrado Edgar Escobar son:

En cambio, es indiscutible que el acto sexual sin orgasmo produce un traumatismo muy grave. Asimismo, se ha aceptado que, de acuerdo con la moderna sicología, las primeras experiencias sexuales tienen una gran importancia, porque si estas son prematuras, desafortunadas o irregulares, suelen producir perdurables y, a veces, irreparables daños psicológicos. Inclusive, para la persona ya entrada en la pubertad, la primera aventura erótica puede ser decisiva. (Escobar, 2013, pág. 64).

Para varios autores la primera relación sexual puede ser la decisiva, donde la persona puede sufrir en varias ocasiones daños emocionales irreparables, y más aún cuando se realiza un acto sexual con una persona menor de edad, o sea con un adolescente, dicho acto lo puede ilusionar dado que ha consentido por amor, es por ello, que cuando se realiza un acto sexual con un adolescente, debe ser por voluntad de ambas partes y sin pretender a engañar a la persona que acepta llegar a la cópula, con esto, se libra también la persona mayor de edad de una posible infracción penal de acción privada.

El acto sexual según Spencer Rathus, Jeffrey Nevid y Lois Fichner – Rathus, es:

“Es la actividad sexual en la cual el pene se introduce en la vagina”.

(Rathus, Nevid, & Fichner - Rathus, 2005, pág. 224).

El acto sexual en términos simples, es el acceso carnal consentido entre dos o más personas, ya sean del mismo sexo o de diferente sexo, cuestión que no es tratada en el presente concepto, pero es indispensable hacer referencia para evitar equivocaciones en una sociedad cada día más avanzada y desarrollada

El acto sexual para el jurista Guillermo Cabanellas es:

“La unión carnal de hombre y mujer. Por extensión, las uniones contra natura entre dos personas de uno u otro sexo o ambas del mismo sexo”. (Cabanellas, Diccionario de Ciencias Jurídicas, 2012, pág. 42).

Según conceptos un poco antiguos, el acto sexual era la unión entre hombre y mujer, donde cada quien saciaba su apatito sexual, ahora, en la actualidad puede ser entre personas del mismo sexo, ya sea entre dos hombres o entre dos mujeres; claro está que, en varios lugares determinados, es mal visto, pero esto se debe a una cultura arcaica, añeja o nada contemporáneo, donde se mantienen tendencias que no son modernas a la sociedad actual que evoluciona cada día y donde se reconocen cada día derechos a varios grupos sociales.

4.1.15. Libertad Sexual

Para los profesores Jesús Silva y Ramón Ragués definen a la libertad sexual así:

La libertad sexual puede caracterizarse como el derecho de toda persona a autodeterminarse en el ámbito de la sexualidad, esto es el derecho a mantener relaciones sexuales o, en general, a realizar o tolerar actividades de naturaleza sexual sólo con su expreso consentimiento. (Silva & Ragués, 2018, pág. 129).

La libertad sexual es un derecho constitucional por lo tanto debe ser respetado como tal, el cual consiste en que una persona desde los 14 años de edad puede ya autoadministrarse al momento de decidir si realiza o no algún acto de naturaleza sexual, esto quiere decir que, al momento de decidir esa persona está expresamente consintiendo y dicho acto debe ser respetado por el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para el jurista Ernesto Albán trata a la libertad sexual de la siguiente manera:

“La libertad sexual tiene un doble alcance: positivo, capacidad para disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales; y negativo, capacidad de negarse a la ejecución de actos sexuales no deseados”. (Albán, 2018, pág. 139).

La libertad sexual al tener un doble alcance, el primero positivo, esto refiere que la persona es capaz de disponer a su libre albedrío de su cuerpo al

momento de realizar algún acto de naturaleza sexual, esta capacidad de disponer y consentir se da según legislación ecuatoriana desde que la persona cumple catorce años de edad, donde es la propia Constitución de la República del Ecuador quien ampara este derecho supralegal.

También existe el alcance negativo, el cual se da justamente cuando una persona se niega a tener algún contacto sexual, esta decisión se da porque tiene ya desarrollada tanto su parte volitiva como cognitiva, por lo cual esa persona sabe si quiere o no realizar dicho acto de naturaleza sexual, y al decidir, debe ser respetada su voluntad.

Para el doctrinario Alonso Raúl Peña Cabrera, al hablar de libertad sexual, la define de la siguiente manera:

Se tiene que la «libertad sexual» parte de la autonomía misma del ser humano, de dirigir dicha esfera conforme al discernimiento como plasmación de la voluntad que se exterioriza a partir de actos concretos y que involucra a otro ser humano, pues en definitiva los actos que el sujeto haga con su propio cuerpo no es de incumbencia para el Derecho penal, a menos que éste sea obligado a realizarlo mediando coacción o amenaza. (Peña, 2015, pág. 239).

La libertad sexual es sinónimo de autonomía de la persona, al estar conformado en su parte psíquica - volitiva por un discernimiento razonable, donde la persona decide qué hacer y no hacer respecto de su cuerpo.

Las decisiones que tome una persona respecto de su sexualidad, no es de importancia para el Derecho Penal, por lo tanto, castigar dichas conductas generaría violación a normas ya establecidas en el Ordenamiento Jurídico ecuatoriano, la única forma donde puede actuar el Derecho Penal, es cuando dicha persona, ha sido obligada a través de las modalidades de amenaza, intimidación o coacción (tanto físicas como psicológicas)

Para Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán la libertad sexual es:

Entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, y en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo, aparece como un bien jurídico merecedor de una protección penal específica, no siendo suficiente para abarcar toda su dimensión con la protección genérica que se concede a la libertad. La libertad sexual tiene efectivamente su propia autonomía y, aunque los ataques violentos o intimidatorios a la misma son ataques a la libertad que igualmente podrían ser castigados como tales, su referencia al ejercicio de la sexualidad le da a su protección penal connotaciones propias. (Muñoz & García , 2012, págs. 216 - 217).

Esta definición es clara y a modo de ejemplo se puede referir, así: cuando un adolescente menor de catorce años de edad tiene relaciones sexuales con una persona mayor de edad, será punible para el agresor así consienta la

víctima. En cambio, si un adolescente mayor de catorce años de edad quiere hacer goce de su derecho a la libertad sexual, no es punible para el agresor, siempre y cuando dicho goce de libertad sexual no sea viciado a través del engaño; la normativa ecuatoriana ampara y lo permite, esto tendría relación con la progresividad de derechos de los adolescentes.

El concepto establecido, es claro, dado que la libertad sexual es disponer del propio y debe ser respetado ese derecho, y más aún si está positivado en la Constitución de la República del Ecuador.

4.1.16. Víctima

Para los estudiosos Marta Podestá y Ofelia Rovea, víctima es:

Adherimos a la definición de quienes sostienen que víctima es quien padeció o sufrió un daño injusto. Esto no implica que la víctima tenga conciencia del daño sufrido. Es decir, no es necesario percatarse del propio sufrimiento para ser víctima, pero sí que exista un menoscabo, daño y sometimiento a otra persona.

Sobre esta línea de razonamiento, víctima sería la persona sacrificada a los intereses o pasiones de otro. (Podestá, Marta; Rovea, Ofelia ;, 2012, pág. 21).

Víctima es la persona que sufre las consecuencias de un acto antijurídico disvalioso en general, causándole menoscabo y dañando su parte física o psíquica, debido a los estragos que traen consigo el delito, todas estas consecuencias pueden afectar a más de la parte interna como externa, a su familia y entorno en general, quienes pueden sufrir dichas consecuencias del delito conjuntamente con la víctima directa.

La víctima también puede que no tenga conciencia de los daños sufridos hacia su persona, dado que esto sucede por lo general en niños, los cuales aún no ingresan a la etapa de la pubertad, por lo tanto, no tienen la capacidad suficiente de auto administrarse, cuestión que no sería en el caso de adolescentes y adultos.

La víctima también puede no sentir el daño que le hacen cuando se encuentra sometida para con otro a acatar sus órdenes, dado que puede deberse a daños psicológicos, los cuales afectan directamente a la parte cognitiva de la persona.

Para el letrado Guillermo Cabanellas, la definición de víctima la realiza de la siguiente forma:

“Quien sufre un accidente casual, de que resulta su muerte u otro daño en su persona y perjuicio en sus intereses”. (Cabanellas, 2003, pág. 408).

Esto se refiere que una persona puede ser víctima por cuestiones de la naturaleza, pero en derecho, víctima es quien sufre los estragos de un delito determinado, cuando una persona comete sobre él o ella, un hecho disvalioso; también una persona puede ser víctima, cuando se pone en propio riesgo, y se perjudica para sí mismo, esto se denomina como auto puesta en peligro.

La víctima, para el profesor Jorge Zavala es:

Víctima es toda persona que ha recibido de manera directa o indirecta la lesión en un bien jurídico del cual es su titular. De lo dicho se desprende como conclusión que la víctima es un concepto genérico que comprende dos específicos a saber: por un lado, el ofendido que es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro; y, por otro lado, el agraviado que es la persona que, sin ser titular del bien jurídico lesionado, recibe de manera indirecta los efectos perniciosos del delito. (Zavala, 2004, pág. 341).

Al referirse a la víctima, es preciso manifestar que parte de dos vertientes principales a entender, en primer momento es cuando una persona sufre la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por ataques reprochables por terceros, en este punto se considera víctima directa; en cambio, una persona se convierte en víctima indirecta cuando sufre las consecuencias del delito que se comete, pero no recae en su persona la lesión

o puesta en peligro material de la conducta antijurídica de un tercero llamado victimario.

El concepto de víctima para el letrado Pedro Ángel Rubio, es:

“Cualquier persona puede ser víctima. Generalmente tiene cualidades que interesan al acosador o le impiden alcanzar sus metas. En el ámbito laboral suele ser competente, capacitada en su trabajo, autónoma, solidaria y empática. A veces incluso brillante”. (Rubio, 2010, pág. 153).

La persona que se convierte en víctima, se debe la mayoría de ocasiones a la realización de conductas dolosas por parte de un tercero, con el fin de violentar su bien jurídico protegido; en el caso de delitos sexuales, puede ser cuando una persona con tal de saciar su ánimo libidinoso, realiza un acto disvaliso en la integridad de otra persona, lesionando o poniendo en peligro a la víctima.

En el ámbito laboral también puede ser víctima ya sea de sus propios compañeros o de sus superiores, el trabajador brillante, que rompe con las expectativas de los demás, lo cual genera envidia en ellos, por lo que tratan de atormentarlo y realizar actos de descredito, convirtiendo a ese trabajador capaz, en víctima.

4.1.17. Consentimiento

El consentimiento para los letrados Fernando Andrade, Rigoberto Cordero y Digna Maxi es:

El consentimiento es un acto psicológico por el cual se acepta un hecho o se realiza un acto por estimarlo conveniente a sus propios intereses.

Como función psicológica superior, supone conocimiento previo del acto o hecho; análisis; apreciación de las consecuencias y finalmente decisión de la voluntad que se manifiesta en la aceptación. El consentimiento supone obviamente capacidad suficiente en la persona. (Andrade, Cordero, & Maxi, 1998, pág. 251).

El consentir al ser un actuar donde interviene tanto la parte cognitiva, como la volitiva se puede denominar como el efecto psicológico que sucede en una persona, donde acepta o realiza algo determinado por su voluntad y conciencia.

El consentir siempre va precedido de un análisis del pro y contra que puede llevar aceptar algo determinado, esta apreciación que la persona realiza es porque tiene la capacidad suficiente para auto administrarse, por lo tanto, sus actuaciones o hechos que acepta o realiza deben tener validez y ser relevantes jurídicamente, o sea, deben ser respetados en nuestra sociedad ecuatoriana.

El consentimiento de la víctima en delitos sexuales para jurista Marcelo Tenca es:

“El acceso carnal debía ser consentido por la víctima de no ser así el delito cometido era violación”. (Tenca, 2009, pág. 118).

Una persona para tener relaciones sexuales jamás debe ser coartada de su libertad de elección, esto se lo denomina consentir de manera libre y voluntaria respecto de su cuerpo y toma de decisiones en él. En el caso de los delitos sexuales es clave el consentimiento dado por la víctima dado que excluye el tipo penal por el cual se pretenda juzgar.

Para el jurisconsulto Manuel Ossorio Consentir es:

“Permitir algo, condescender en que se haga. Aceptar una oferta o proposición. No presentar recurso contra una resolución judicial dentro del término dado para ello. Obligarse. Otorgar”. (Ossorio, 2002, pág. 221).

Consentir significa aceptar que se realice algo de la manera en que se ha pactado, es allí donde uno puede obligarse para con otro, en otorgarle algo, esto se perfecciona a través del pacto, o acuerdo en dicho acto.

El consentimiento para el letrado Guillermo Cabanellas es:

“Es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación, y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos”. (Cabanellas, 2003, pág. 87).

Una persona al manifestar su voluntad, ya sea de manera verbal, puede aceptar o negar lo que le proponen u ofrecen, y es ahí donde prima el valor que se le debe dar al consentimiento; desde el presente punto de vista, debe tener validez todo tipo de consentimiento prestado por una persona o adolescente mayor de catorce años de edad en adelante, dado que tienen desarrollada su capacidad intelectual para entender lo bueno y malo de una oferta determinada, y por lo tanto pueden acatarla o rechazarla.

El adolescente mayor de catorce años de edad, al consentir en la toma de decisiones, ya sea para mantener una relación sexual, esta decisión consentida debe ser respetado por parte del Estado, la familia y la sociedad en general, dado que, desde los catorce años de edad, el adolescente está en la plena capacidad anatómica, fisiológica y psicológica de madurez en cuanto a decidir qué hacer y no hacer con su cuerpo, a más de eso, la Constitución los reconoce como sujetos de derechos, por lo tanto, estos derechos deben ser respetados en la sociedad actual.

4.1.18. Validez

Para los letrados Fernando Andrade, Rigoberto Cordero y Digna Maxi, a la Validez le dan el siguiente significado:

“Legalidad de los negocios jurídicos. II Producción de efecto. II Firmeza. II Subsistencia. II Índole de lo legal en la forma y eficaz en el fondo”. (Andrade , Cordero, & Maxi, 1999, pág. 476).

La validez al ser un acto jurídico, debe dársele relevancia jurídica, en el ámbito del Derecho, esto quiere decir a modo de ejemplo que si un adolescente mayor de catorce años de edad, consiente en tener relaciones sexuales con una persona adulta, según nuestra Constitución y normativa vigente, es válido, y al tener validez, está dentro del ámbito de lo legal y permitido, ahora, ir en contra de lo establecido como válido en nuestro ordenamiento jurídico, es no respetando la normativa vigente.

Según el jurista Manuel Ossorio la validez la conceptualiza de la siguiente manera:

“Cualidad de un acto o contrato jurídico para surtir los efectos legales propios, según su naturaleza y la voluntad constitutiva”. (Ossorio, 2002, pág. 1008).

La validez es un acuerdo de voluntades donde una persona puede comprometerse para con otra a realizar algún acto (puede ser de naturaleza sexual), y al ser válido dicho acto debe tener relevancia en su forma completa.

El concepto de validez también es referido por Henri Capitant de la siguiente forma:

“Condición del acto no afectado por ninguna causal de nulidad”. (Henri Capitant, 1961, pág. 563).

Esto tiene que ver cuando una persona es capaz de realiza un acto, no debería anularse dicho consentimiento y perder validez; en este aspecto sería prudente adentrarse al Derecho Penal, donde debe tener validez el consentimiento de un adolescente mayor de catorce años de edad en delitos sexuales, más específico, en delitos de violación, abuso sexual y estupro, y con ello excluir el tipo penal por el cual se pretenda juzgar al supuesto infractor.

El concepto de validez también es referido por el jurista de Guillermo Cabanellas de la siguiente forma:

“La validez requiere un conjunto de cualidades jurídicas, determinadas por la capacidad de las partes, licitud en cuanto al fondo, respeto de las formas y observancia de cualesquiera otros requisitos, que el acto imponga o exija”. (Cabanellas, 1998, pág. 305).

La validez al requerir un conjunto de cualidades jurídicas, debe partir siempre de lo impuesto por ley y jurisprudencia, es el caso de la Corte Constitucional

del Ecuador, donde se manifiesta que los adolescentes están en plena capacidad de decidir sobre su vida sexual y reproductiva, por lo tanto su consentimiento debe tener validez, pero en la presente investigación jurídica, se aumentó dos años más, puesto que desde los 14 años de edad es donde la persona se ha desarrollado tanto física como psíquicamente para hacer valer el referido derecho que posee.

Para finalizar, es menester dejar sentado que todo consentimiento, que no sea viciado para un adolescente en la referida edad, de ser válido, lo cual excluye cualquier acusación que se quiera hacer en contra de la persona mayor de edad que realice actos de naturaleza sexual con el adolescente.

4.2. Marco Doctrinario.

4.2.1. Principios Constitucionales en el marco de tipificación del delito

4.2.1.1. La Legalidad como principio constitucional

Para el doctor Julio César Trujillo, tomando como referencia el articulado de la Constitución de la República del Ecuador, el principio de legalidad es:

La persona humana es por naturaleza libre y, por lo mismo, puede hacer todo cuanto ella quiera, salvo lo que, desde que vive en comunidad con otras personas, le prohíba la ley, obra de la propia comunidad, adoptada por sí misma o por medio de sus representantes, para fijar los derechos

y límites de la libertad de cada uno para que no lesione los derechos o la libertad de los demás (art. 66.29.d CRE); en cambio, la autoridad no tiene el poder para hacer nada que obligue a los demás a menos que estos, por medio de la ley que, repetimos, es fruto de su voluntad, le invistan de ese poder para que, en beneficio de la comunidad, adopte las decisiones que a la convivencia en comunidad sean necesarias.

De estos fundamentos se desprenden los principios que en el Estado social y democrático de derecho son capitales y se enuncian en nuestra Constitución diciendo que nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley (art. 66.29.d), mientras que las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley (art. 226). (Trujillo, 2013, pág. 169).

Es rescatable mencionar que las personas nacen libres, lo cual permite que se desarrollen en la sociedad, pero es la ley quien pone un alto a ciertas conductas que serían reprochables por la ciudadanía, leyes que son necesarias para impedir una desorganización social.

Ahora bien, las autoridades están prohibidas de reprimir los derechos inherentes a las personas, salvo los casos establecidos en las propias normas, donde las autoridades podrán actuar para en defensa del interés

general, como sería el caso de una persona que comete un delito, donde es causal suficiente para que una persona pierda su derecho a la libertad, a través de una sentencia emitida por una autoridad competente.

En caso de no cometer un delito una persona y sea sancionada de manera arbitraria, este acto sería contrariar el propio ordenamiento jurídico, como es el caso de una persona adulta que tiene relaciones sexuales con una persona mayor de catorce años de edad quien consiente de manera libre y voluntaria en realizar dicho acto. El sancionar a dicha persona adulta sería una actuación desdeñable por parte de las autoridades, dado que el ordenamiento jurídico, no puede sancionar por parte de una autoridad, sin que exista ley previa, clara y pública.

Por último, quepa recalcar que sin ley no existe delito, y al no existir delito, no puede sancionarse a persona alguna.

El principio de legalidad para el profesor Rafael Oyarte, lo plasma de la siguiente forma:

Establece que nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto que, al momento de cometerse, no esté tipificado por la ley como infracción ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. (Oyarte, 2016, pág. 31)

Una persona puede cometer un acto que para la vista de la sociedad puede ser reprochable, sin embargo, al no estar tipificado en el cuerpo normativo respectivo, no puede imponerse sanción alguna; este principio constitucional es el esqueleto de la presente investigación jurídico, dado que en los delitos sexuales de violación, abuso sexual y estupro, el consentimiento dado por la víctima mayor de catorce años de edad debe tener validez, siempre y cuando no exista un vicio del mismo, por lo tanto, el adolescentes al consentir en realizar algún acto de naturaleza sexual, debe ser relevante dicho consentimiento para el ordenamiento jurídico, ya que en los delitos mencionados, no se tipifica sanción alguna, cuando el adolescente sea mayor de catorce años de edad, salvo en el delito de estupro, pero en caso de no mediar engaño, no se configuraría dicho tipo penal, por lo cual el consentimiento se mantiene, y excluiría el tipo penal por el cual se pretenda juzgar al supuesto victimario, tomando en consideración el principio de legalidad.

4.2.1.2. Seguridad Jurídica como estabilizador del orden jurídico

La seguridad jurídica para los juristas Alfredo Ruíz Guzmán, Pamela Juliana Aguirre Castro y Dayana Fernanda Ávila Benavidez, es:

La seguridad jurídica es el elemento esencial y patrimonio del Estado que garantiza la sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y a la ley, es la confiabilidad en el orden jurídico, la certeza sobre el derecho

escrito y vigente; es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica. (Ruíz, Aguirre, & Avila, 2017, pág. 116).

La seguridad jurídica como se menciona, debe partir de la existencia de normas claras, dado que, sin normas claras, no pueden las personas acatarlas, también es necesario contar siempre con que la normativa infralegal esté acorde a la Constitución de la República del Ecuador, puesto que las personas siempre van a confiar que su normativa esté acorde a la Norma Suprema, donde exista una seguridad reforzada en el ordenamiento jurídico en beneficio de sus ciudadanos, con un único fin, el cual es mantener la convivencia pacífica entre ciudadanos, sin violentar los espacios de libertad personal que cada uno posee.

El Jurista Manuel Ossorio, también considera a la seguridad jurídica de la siguiente forma a tratar:

Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio. A su vez, la seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos. Como es lógico, la

seguridad jurídica sólo se logra en los Estados de Derecho. (Ossorio, 2002, pág. 906).

La seguridad jurídica es el derecho que permite la convivencia pacífica en la sociedad, donde se confía que la ley será acatada de manera correcta.

Este derecho permite tener la certeza que los derechos y obligaciones que son conocidos por los ciudadanos se respetarán, sin permitir que se cause perjuicio por las autoridades de manera burda que podrían violentar dicho derecho.

Es menester considerar que la seguridad jurídica es el pilar fundamental para controlar las facultades y deberes de los poderes públicos, donde les exige un marco de respeto dentro del ordenamiento jurídico, y cuando estos se desvían tratando de violentar la ley, se les debe reprimir con una sanción.

Es importante acatar que la seguridad jurídica sólo se logra en los Estados de Derecho, donde su fin primordial es respetar la Constitución en todas sus vertientes.

Por último, quepa recalcar que la seguridad jurídica, permite la armonía del ordenamiento jurídico, esto es, a través de la relación jurídica que debe existir en la jerarquización de normas, todas ellas deben estar acorde a la Constitución, dado que, si existen normas contrarias a la norma

jerárquicamente superior ya mencionada, se podría generar una inseguridad en el orden social, violentar derechos y no llegar a la anhelada justicia social.

4.2.1.3. Principio del interés superior

Para el profesor Ramiro Ávila, el interés superior es:

“El interés superior significa que cuando se interpretan los derechos se tiene que visualizar la manera de aplicarlos de tal modo que se promueva el ejercicio de derechos y el desarrollo de las potencialidades de los niños y niñas”. (Ávila, 2012, pág. 64).

El principio del interés superior, permite una atención prioritaria por parte del Estado hacia los niños, niñas y adolescentes, dado que, al existir un conflicto jurídico, este principio se interpretará siempre de manera favorable.

El principio del interés superior, permite el desarrollo de otros principios y derechos en un Estado constitucional, así como el desarrollo de potencialidades y capacidades de los niños, niñas y adolescentes.

Por lo tanto, el Estado será el guardián de cumplir de manera efectiva y eficaz dicho principio constitucional y aplicarlo cuando sea oportuno, más aún cuando existen conflictos de intereses y la solución es la ponderación, este principio tendrá un peso mayor a cualquier otro.

El interés superior del niño y adolescente se sustenta en que se respetarán las capacidades, derechos y decisiones que tomen conforme vayan

madurando en el tiempo, en especial se respetará las decisiones que tomen los adolescentes mayores de catorce años de edad en el ámbito sexual, dado que al ser sujetos de derechos, el Estado y la familia debe guiarlos en la toma de decisiones, pero jamás imponiéndoles obstáculos, mucho menos prohibiéndoles el ejercicio de sus derechos, como sería el caso en decidir si mantienen o no una relación sexual con otra persona, ellos deben decir libre y voluntariamente, sin injerencias de tercero, los cuales al impedir el desarrollo de sus derechos, estarían retrotrayendo lo establecido por la Constitución y su máximo órgano de control que es la Corte Constitucional.

4.2.1.4. Doctrina de protección integral

Para el profesor Roldán, la doctrina de protección integral es:

La Protección integral, que implica el reconocimiento de todos los niños y jóvenes sin discriminación alguna como sujetos de pleno derecho, cuyo respeto se debe garantizar. Se transforman las necesidades de niños, niñas y adolescentes en derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, así mismo, se garantiza para los adolescentes en conflicto con la ley penal, una justicia que respete los mismos derechos procesales consagrados para los adultos. (Roldán, 2009, pág. 148).

la doctrina de protección integral permite ver a los jóvenes como sujetos de derechos constitucionales y no solo eso, sino, permite ubicarlos dentro del ámbito de sujetos de atención prioritaria por parte del Estado, donde se les debe garantizar todos los derechos establecidos en la Norma Suprema.

La doctrina de protección integral permite a los jóvenes someterse a una justicia especializada cuando han infringido la normativa estatal, con el fin de brindarles un debido proceso justo y sin arbitrariedades; así como brindarles los mismo derechos y principios que los adultos, con el fin de armonizar y equilibrar un desarrollo justo y progresivo de garantías y derechos inherentes a las personas.

4.2.1.5. Principio de progresividad.

Para el jurista Ramiro Ávila, juez de la Corte Constitucional del Ecuador, el principio de progresividad es:

El principio de progresividad tiene relación con el desarrollo normativo de los derechos, en términos formales, y con el ejercicio de los derechos, en términos de aplicación. Los estados no pueden retroceder en ninguna de estas esferas. Esto quiere decir que no se pueden derogar derechos ya reconocidos o disminuir su alcance; y que una vez alcanzado un nivel de ejercicio de los derechos no se los puede suprimir y peor abolir. (Ávila, 2012, pág. 202).

El principio de progresividad permite en desarrollo de las normas establecidas en un ordenamiento jurídico, por lo tanto, el Estado que abarca un derecho constitucional, luego no puede suprimirlo, eliminarlo, menos abolirlo, está

prohibido, dado que impedir un desarrollo de derechos, es contradecir la Norma Suprema que rige el Estado.

La progresividad de derechos, permite que se respete por parte de las autoridades y de las personas en general el goce de los mismos, es así que el derecho de los adolescentes mayores de catorce años de edad al consentir en tener relaciones sexuales con un adulto, debe ser respetado y tolerado por la sociedad, puesto que violentar estas decisiones, vulneraría la Constitución y su normativa en general.

4.2.2. Delitos sexuales de violación, abuso sexual y estupro.

Los delitos sexuales, son de los más atroces que se puede cometer contra otra persona, dado que impiden a la persona que es víctima del delito disponer de su cuerpo como ella quisiera.

Al ser delitos que atacan a la libertad sexual como bien jurídico esencial, se debe a que pueden ser verificados cuando se los comete a través de fuerza, amenaza, coacciones, o engaño, aprovechando el agresor sexual la mayoría de veces la edad de la víctima o cuestiones de inferioridad frente al sujeto activo.

En la presente investigación jurídica, se tratar tres delitos primordiales que afectan la libertad sexual y reproductiva, lo cuales son: el delito de violación, abuso sexual y estupro; pero antes de indicar el estudio de los tres delitos

indicados, es menester hacer alusión al bien jurídico en los delitos contra la integridad sexual y reproductiva de la siguiente forma:

4.2.2.1. Bien jurídico en delitos contra la integridad sexual y reproductiva

El jurista Ernesto Albán define al bien jurídico en delitos contra la integridad sexual y reproductiva de la siguiente forma:

Sin duda, en un Derecho Penal moderno el bien jurídico fundamental que estos delitos lesionan, más que la integridad, es la libertad sexual, es decir el hecho de las personas a decidir libremente sobre su conducta y sus relaciones sexuales, respetando por supuesto el mismo derecho de los demás. (Albán, 2018, pág. 139).

En los delitos contra la integridad sexual y reproductiva el bien jurídico protegido es sólo la libertad sexual, la cual está implícita en la persona, partiendo desde los catorce años de edad como lo establece el ordenamiento jurídico vigente, y especificado dentro de los delitos de violación, abuso sexual y estupro, referidos y establecidos en el Código Orgánico Integral Penal.

En este sentido la libertad sexual como bien jurídico significa que la persona es responsable de sus decisiones, las cuales debe tomarlas de manera libre y sin coacciones, dado que, al ser coaccionadas, ya no reflejaría el fin de este tan llamativo derecho a la libertad sexual. Por lo tanto, es menester indicar

que es el bien jurídico, quien le da sentido fundamental a la tipificación de delitos contra la libertad sexual y reproductiva y a su respectiva sanción cuando es violentado este bien jurídico penalmente protegido.

Para el letrado Edgar Escobar el bien jurídico tutelados en los delitos sexuales es:

Lo que protege la ley penal no es pues una libertad sexual, sino una serie de hábitos y costumbres que si bien comprenden aspectos sexuales, se refieren a algo mucho más amplio, se refieren a una estructura social en que los valores de muy diversa naturaleza se hallan mezclados. (Escobar, 2013, pág. 76).

Los delitos sexuales protegen el bien jurídico de la libertad sexual, en el presente caso, es discutible lo especificado por el autor, dado que los juzgadores no pueden ir más allá de lo explícito en el tipo penal (prohibición de analogía), lo cual haría que los jueces hagan abstracciones fuera de la ley, y eso no está permitido, por lo tanto, se defiende la correcta protección que se debe realizar a la libertad sexual como bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano y se discrepa en cierto modo el concepto expuesto.

Delito de Violación

4.2.2.2. Tipicidad del delito de violación

Para el jurista Ernesto Albán la tipicidad en el delito de violación es:

Los diferentes elementos que integran la tipicidad de este delito: el núcleo, los sujetos, la falta de consentimiento y el elemento subjetivo. (Albán, 2018, pág. 141).

En primer lugar, se debe conceptualizar a la tipicidad como la subsunción del hecho antijurídico dentro del tipo penal, puesto que se refiere que ha existido una conducta contraria a Derecho que se encuentra tipificada dentro de la normativa penal, la cual al ser realizada, es merecedora de una sanción la cual puede ser una pena privativa de libertad; siempre que exista norma que sancione dicha conducta antijurídica se puede imponer una pena, ya que pueden existir hechos o actos que sean contrarios a la moral, pero al no estar tipificados dentro del ordenamiento penal, no pueden ser sancionados, por ejemplo, el acceder sexualmente con una persona que ya se encuentre sin vida, no está tipificado, por lo tanto no puede ser reprochado.

El delito de violación está conformado dentro del tipo penal por cuatro elementos, donde se muestran varios verbos rectores, sujetos que pueden ser activos y pasivos, en el caso del primero son los agresores y respecto del segundo son las víctimas del delito

La parte medular del presente delito es la falta del consentimiento, que es un requisito indispensable, salvo el caso de menores de catorce años de edad e inimputables, puesto que no tienen la capacidad de decidir, y por último debe existir el elemento subjetivo del tipo el cual es el dolo, o sea la voluntad y consciencia de cometer el presente delito.

Para el profesor Edgar Escobar, al referir a la tipicidad en el delito de violación, lo realiza de la siguiente manera:

Según el tipo, la conducta debe cumplirse utilizando la violencia física o moral, para realizar la cópula, ayuntamiento sexual o acceso carnal con persona de cualquier sexo. Para los efectos de la norma, se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por la vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo. Se considerará también como violación, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido. La víctima de la violación puede ser la esposa, la compañera permanente o la persona con quien ocasionalmente se tengan tratos sexuales. (Escobar, 2013, pág. 223).

En primero lugar no debe pasar por alto que la tipicidad en el delito de violación es la subsunción de la conducta disvaliosa del sujeto activo en el tipo penal, lo cual debe ser reprochado con una pena privativa de libertad, todo

esto se da cuando se accede carnalmente a otra persona, a través del miembro viril, ya sea por las vías anal, bucal o vaginal, también se configura el tipo penal al introducir objetos de naturaleza sexual pero sólo por las vías anal y vaginal.

El delito de violación se debe ejercer por a través de algunos medios como son: violencia, fuerza y amenaza, dado que, al no existir dichos elementos, se supone que la supuesta víctima ha consentido en el acto sexual.

Con respecto a los menores de catorce años de edad, la ley penal ecuatoriana sanciona con pena privativa de libertad a quien acceda carnalmente a las referidas personas, aun así, medie el consentimiento, dado que no tiene validez para el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En cambio, si la supuesta víctima tiene más de catorce años de edad (aún es adolescente), y consiente libre y voluntariamente (sin engaño) en tener relaciones sexuales con una persona mayor de edad, en estos casos la ley penal, no tipifica con ninguna pena dichas conducta hacia el sujeto activo, esto da a entender que dicho consentimiento del adolescente será válido y por lo tanto excluirá el tipo penal por el cual se pretenda juzgar al presunto infractor.

4.2.2.3. Elemento subjetivo del delito de violación

El jurista Ernesto Albán define el elemento subjetivo del delito de violación, así:

Debe haber la concurrencia de un ánimo libidinoso que dirige el acto a la satisfacción de un apetito sexual, que otros autores consideran en cambio que no es indispensable. (Albán, 2018, pág. 146).

El ánimo libidinoso no debe ser camisa de fuerza para imputar subjetivamente el delito de violación, dado que basta con que la persona conozca el daño que le puede causar a la persona sobre quien recae la conducta antijurídica, y tenga la voluntad de agredir sexualmente a su víctima para configurar la parte subjetiva que exige el tipo penal ya descrito.

El doctor Gustavo Balmaceda, define al elemento subjetivo del delito de violación de la siguiente manera:

El delito de violación propia, normalmente exige que la acción se lleve a cabo teniendo el autor del delito la plena conciencia de sus actos y queriendo efectuar el acceso carnal, de modo que se entiende que éste debe realizarse con dolo directo. (Balmaceda, 2014, pág. 220).

El delito de violación al igual que la mayoría de delitos, es doloso, esto quiere decir que el sujeto activo comete el delito con plena conciencia (conocimiento) de lo que va a realizar, ya sea utilizando un móvil o simplemente para satisfacerse sexualmente, otro elemento del dolo directo que establece este tipo de delito, es la voluntad que tiene el infractor, o sea el querer realizar el delito de cualquier modo, por lo cual se traza un plan, con el objetivo de

tener el dominio del hecho respecto de la acción cuando realice ese acto contrario al ordenamiento jurídico penal.

4.2.2.4. Manifestación de voluntad irrelevante en el delito de violación

El jurista Ernesto Albán, tomando en consideración al Código Orgánico Integral Penal, define la manifestación de voluntad irrelevante en el delito de violación, de la siguiente forma:

Cabe señalar, por otra parte, que, en el Art, 175.5 se establece que en los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años es irrelevante. Se trata de una disposición contradictoria e incoherente. Si dijera que el consentimiento dado por un menor de catorce años es irrelevante, si se ajustaría a lo señalado en el Art. 171; pero la norma no puede aplicarse a una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años, pues, si se lo hiciera, significaría que todo acceso carnal o penetración con una persona menor de dieciocho años sería violación. (Albán, 2018, pág. 146).

Al establecer el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal como irrelevante el consentimiento de la víctima adolescente, está contrariando derechos constitucionales ya adquiridos, como el derecho a decidir de manera libre y voluntaria respecto a su sexualidad.

El presente artículo establece una contradicción total con lo descrito en los delitos de violación, abuso sexual y estupro, dado que en estos delitos si una persona mayor de catorce años de edad consiente (sin engaño) y de manera voluntaria, no puede imputarse objetivamente el tipo penal al supuesto agresor, puesto que la supuesta víctima al consentir y al estar amparada por el ordenamiento jurídico, su comportamiento no sería penalmente relevante, esto quiere decir que se encontraría dentro del ámbito de su competencia y no crearía ningún tipo de riesgo desaprobado, por lo tanto se excluiría el tipo penal por el cual se pretende juzgar al supuesto agresor.

Para el jurista Edgardo Donna, la manifestación de voluntad irrelevante en el delito de violación, es:

Se protege en este caso el cando, la inocencia, o la ineptitud por falta de madurez mental para entender el sentido en sí del acto. Por ello el consentimiento del menor es inoperante, de modo que, aun mediando consentimiento, el hecho se tipifica de igual manera. (Donna, 2011, págs. 584 - 585)

El adolescente menor de catorce años de edad, al manifestar su consentimiento, según las leyes ecuatorianas, será irrelevante, y or lo tanto no tendrá validez, para ser valorado por el tribunal penal.

En cambio, el consentimiento del adolescente mayor de catorce años de edad, será relevante y sobre todo tendrá validez, lo cual impedirá que se le pueda seguir un proceso penal al supuesto infractor.

4.2.2.5. Sujeto activo del delito de violación

El jurista Ernesto Albán define al sujeto activo de delito de violación de la siguiente forma:

Al no establecer el código ninguna condición o calidad especial que deba reunir el sujeto activo del delito, se entiende que puede serlo cualquier persona.

Sin embargo, la doctrina, si bien ha considerado que cualquier varón puede ser sujeto activo, ha debatido la posibilidad de que una mujer pueda serlo, en el caso de la llamada violación a la inversa. (Albán, 2018, pág. 142).

El sujeto activo del delito de violación puede ser una persona tanto de sexo masculino como de sexo femenino, no se establece diferencia para cometer dicha conducta antijurídica.

Esto se menciona dado que el delito de violación, es donde el sujeto activo no solamente puede utilizar su miembro viril, sino, dedos, órganos distintos al miembro viril y objetos, entonces se concluye que podría serlo también una mujer quien puede cometer este ilícito.

El sujeto activo en el delito de violación según Edgar Escobar, citando a Ure, es:

“Sujeto activo de la violación debe ser el que cumple también la parte activa del acceso carnal, es decir, el que con su miembro accede, penetra en la cavidad del otro copulante”. (Escobar, 2013, pág. 198).

El sujeto activo actualmente puede ser una o varias personas de cualquier sexo, ya no es necesario solo la introducción del miembro viril, ahora puede utilizarse objetos de naturaleza sexual, para ser introducidos por la vagina o ano. El sujeto activo la mayoría de veces suelen ser los familiares y amigos más allegados a la víctima, quienes buscan el despojado para cometer el acto ilícito.

4.2.2.6. Sujeto pasivo en el delito de violación

Para el jurista, Ernesto Albán el sujeto pasivo en el delito de violación, es:

“Sujeto pasivo de una violación puede ser una “persona de cualquier sexo”, expresión que rigurosamente es inútil; pero que tiene una razón histórica. Las más antiguas fórmulas legales establecían que solo una mujer podía ser sujeto pasivo de una violación. (Albán, 2018, pág. 142).

El sujeto pasivo del delito de violación anteriormente sólo se refería al sexo femenino; ahora en la actualidad y respetando las diversas orientaciones sexuales puede ser una persona heterosexual, homosexual, bisexual, etc., el sujeto pasivo del referido delito.

No existe una cualificación específica para determinar al sujeto pasivo del delito de violación; ya como se hizo mención puede ser cualquier persona y, es más, puede ser de cualquier edad, estado civil, parentesco, etc., hay que considerar que en la mayoría de casos podrían constituir agravantes las cuestiones ya referidas, dado que estos delitos se suelen cometer en la clandestinidad.

El tipo penal del delito de violación no le interesa si la víctima que ha sufrido lesión a su bien jurídico de libertad sexual, sea una persona dedica a la prostitución o una persona inmoral y atrevida, ya que el agresor al realizar lo establecido en el verbo recto, es suficiente para que se erosione la norma penal.

Para el profesor Muñoz Conde, el sujeto pasivo del delito de violación lo define de la siguiente forma

 Cuando el acceso carnal consista en una penetración vaginal, anal o bucal, parece evidente que sujeto activo puede serlo el hombre, siendo

indiferente que el sujeto pasivo de la penetración anal o bucal sea hombre o mujer. (Muñoz, 2017, pág. 198).

El sujeto pasivo del delito de violación en la actualidad puede ser cualquier persona (hombre o mujer), quien sufrirá el agravio de manera directa, dado que antes sólo era sujeto pasivo de dicho delito la mujer, cuando era accedida carnalmente por vía vaginal o anal o bucal, ahora en la actualidad también los hombres pueden ser accedido a través de objetos por vía anal.

4.2.2.7. El núcleo del delito de violación

Para el jurista Ernesto Albán el núcleo del delito de violación es:

En efecto, ahora es acceso carnal se produciría con la introducción del órgano sexual masculino, tanto por vía vaginal o anal, como también por vía oral, lo que no se acomodaba necesariamente a la frase acceso carnal. Pero además, habría violación, aunque ya no propiamente acceso carnal, con la introducción de dedos u órganos (?) distintos del miembro viril, y más todavía con la introducción de objetos por vía anal o vaginal; objetos que podrían ser de cualquier naturaleza , susceptibles de ser utilizados para consumir la agresión sexual. (Albán, 2018, págs. 141 - 142).

El acceder a la cópula es el primer verbo rector del delito de violación, esto puede darse con la introducción total o parcial del miembro viril en la vagina, ano y dentro de la boca.

Ahora bien, existe el verbo rector de introducción de dedos u otro órgano distinto al miembro viril, hasta poder utilizar también objetos para introducir en la vía anal o vaginal, esto quiere decir que, si un objeto es introducido por vía oral para satisfacer sexualmente a una persona, no habría delito de violación, sino, de abuso sexual; ahora bien los objetos pueden ser de cualquier forma o naturaleza.

Quepa recalcar que el llegar a la cópula por el agresor debe ser siempre, a través de violencia, fuerza o amenaza, y cuando el consentimiento este viciados, o sea en menores de catorce años de edad y en personas con discapacidad que no puedan comprender el significado de esa conducta antijurídica; por lo tanto si es de referirse a un adolescente mayor de catorce años de edad que consiente en tener relaciones sexuales con el supuesto agresor mayor de edad, no habría delito alguno que juzgar, por lo que no se configuraría el tipo penal al no ser una conducta penalmente relevante.

El núcleo del delito de violación según Adrián Tenca, citando al profesor Soler, lo considera de la siguiente manera:

El acceso carnal significa penetración sexual. Esta se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo ya sea por vía normal (vaginal) o anormal (anal). Se descartan en consecuencia, como violación los denominados "actos de molicie" y todo tipo de desahogo, en la medida en que no importen unión o conjunción sexual. (Tenca a. , 2013, pág. 107).

El acceso carnal como principal verbo recto en el delito de violación conjuntamente con la penetración como verbo recto complementario son las bases para establecer el núcleo del presente delito, el cual se configura únicamente cuando no existe consentimiento o cuando este no es válido por la ley penal.

Los actos de molicie y cualquier tipo de deshago siempre que no consista en acceder por la vía anal, vaginal o bucal no especifica delito alguno, lo que podría configurar otro tipo penal, pero no el de violación.

4.2.2.8. Falta de consentimiento en el delito de violación

Para el jurista Ernesto Albán, la falta de consentimiento en el delito de violación, es:

En efecto, si al acto ha precedido un consentimiento válido, simplemente no hay delito, pues la conducta en sí misma no implica una lesión jurídica que deba ser sancionada por la ley. (Albán, 2018, pág. 143).

No puede existir falta de consentimiento si la persona aceptada en tener relaciones sexuales, dado que la conducta ni si quiera llega al grado de ser típica, por lo tanto, se consideraría como una conducta penalmente irrelevante

En cambio, cuando la conducta se ha realizado en contra de la voluntad de la víctima, esto quiere decir que dicho acto se realiza mediante violencia, amenaza o intimidación del sujeto activo sobre el sujeto pasivo el cual no consiente y sufre la consecuencia del delito, allí si se debe sancionar a su agresor con una pena privativa de libertad.

Cuando no existe manifestación de la voluntad se refiere cuando el sujeto pasivo del delito o víctima más propiamente dicho, se halla privada de la razón o del sentido o por discapacidad no pueda resistir dicha conducta antijurídica.

Por último cuando la manifestación de la voluntad ha sido irrelevante, este punto es el más importante a tratar en la presente investigación jurídica, dado que sólo será irrelevante cuando la víctima de dicha violación sea menor de catorce años de edad, esto quiere decir que si una persona mayor a la referida edad consiente en tener relaciones sexuales con otra persona adulta, no existe tipo penal para juzgar al supuesto agresor, dado que el adolescentes

ha consentido, pero siempre que esté dentro del marco de la referida edad ya descrita.

La falta de consentimiento en el delito de violación para Edgardo Donna, es:

Como también se analizará oportunamente se trata de casos en que la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, sea en forma permanente (enfermedad o trauma mental) o accidental (ebrio, sueño, hipnotismo, adicción a las drogas), o por causas externas a su voluntad. Lo que aquí se protege es la falta de comprensión por parte de la víctima. (Donna, 2011, pág. 585)

La falta de consentimiento se da cuando el infractor se aprovecha de la situación en la que se encuentra la víctima o el sujeto pasivo del delito, ya sea porque está en esta etílico y no tiene capacidad de respuesta ante la conducta ilícita del infractor.

También cuando el sujeto activo del delito se aprovecha de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona (víctima), cuando posee alguna enfermedad o trauma mental, puesto que le falta la comprensión, esto significa que no puede manifestar un consentimiento que tenga validez en caso de ser accedida carnalmente.

Delito de Abuso Sexual

4.2.2.9. Abuso sexual infantil.

Para los letrados Marta del Carmen Podestá y Ofelia Laura Rovea, citando a Grosman y Mesterman definen el abuso sexual infantil, así:

Se considera abuso sexual infantil a toda aquella situación en que un adulto utiliza su interrelación con un menor, en relación de sometimiento, para obtener satisfacción sexual, en condiciones tales en que el niño o la niña son sujetos pasivos de tales actos y pierden la propiedad de sus cuerpos. (Podestá, Marta; Rovea, Ofelia ;, 2012, pág. 20).

Para cometer un abuso sexual infantil, una persona ya sea adolescente o adulto, debe someter a otra persona menor de catorce años de edad, con el fin de satisfacer su apetito sexual.

El abuso sexual infantil hace perder en el niño la propiedad de su cuerpo, irrespetándolo y ultrajándolo, lo cual da a evidenciar que los niños son sujetos pasivos de tutela especial en el ordenamiento jurídico.

Cuando una persona adulta se aprovecha de un niño para abusar sexualmente de él, está cometiendo una conducta contraria a Derecho, por lo tanto debe ser juzgado con severidad, a través de una pena privativa de

libertad más agravantes de ser el caso, dado que al encontrarse en superioridad no solamente de edad, sino física, se puede decir que tiene una relación de poder sobre él, más aún cuando un niño aún no desarrolla por completo su parte cognitiva y física, entendiendo por niño aquella persona que aún no cumple los doce años de edad y tienen una protección especial en la Constitución de la República del Ecuador.

Las letradas Graciela Hernández y Concepción Jaramillo, consideran al abuso sexual infantil de la siguiente forma

Las diferentes formas de abuso sexual que se dan en la infancia, lo que ha llevado a determinadas personas a dar más importancia a la prevención de este tipo de riesgos. Pero la educación sexual no debe reducir la sexualidad a algo negativo o peligroso del cual hay que salvaguardarse. De lo que es necesario protegerse es de la violencia y no de la sexualidad en sí misma. Prevenir que la violencia forme parte de la sexualidad infantil tiene que ver con todo lo que se ha ido planteando a lo largo de esta guía, porque a medida que aprenden a reconocer y desarrollar su sexualidad con libertad, aprenden a distinguir lo sano de lo insano y a no aceptar la imposición de conductas inadecuadas. (Hernández & Jaramillo , 2003, pág. 121).

El delito de abuso sexual infantil es cuando existe una plena relación de superioridad entre el infractor y la víctima que es un menor de edad, a quien se le vulnera su bien jurídico ya sea de la libertad sexual.

Es necesario entender que no es algo negativo la sexualidad en sí, dado que permite el descubrimiento del cuerpo humano de la persona; en cambio, lo que sí es negativo, es desmedrar la libertad sexual que posee cada ser humano.

Una persona que aprende a reconocer y desarrollar su sexualidad, aprende a discernir de manera adecuado lo bueno y lo malo que se presenta en la sociedad, y le permite tomar la mejor decisión, esta capacidad de discernir se produce desde los 14 años en adelante

4.2.2.10. Bien jurídico en el delito de abuso sexual

El bien jurídico en el delito de abuso sexual, según el jurista Ernesto Albán lo considera de la siguiente manera:

Igual que la violación, el abuso sexual es una conducta que atenta contra la libertad sexual. En efecto, se trata de un acto que se comete contra la voluntad de la víctima, empleando medios para conseguirlo o, alternativamente, aprovechando la situación de desventaja en que tal persona se encuentra. (Albán, 2018, pág. 153).

En bien jurídico protegido es y será la libertad sexual, dado que al cometerse contra la voluntad de la víctima, por mencionar a groso modo, a través de la fuerza, violencia o aprovechando ciertas desventajas que podría presentar el sujeto pasivo como es el caso de la edad (una recién nacida), o cuando el consentimiento no es válido como es el caso de una persona menor de catorce años de edad, donde así crea que está enamorada la menor y consienta en dejarse tocar sus partes íntimas por el agresor, igual constituye delito, dado que se está violentando el bien jurídico a la libertad sexual y ese consentimiento no tiene validez en el ordenamiento jurídico, por no cumplir aún los catorce años.

Para el profesor Edgardo Donna, el bien jurídico en el delito de abuso sexual es:

Teniendo en mira la integridad física y psíquica de las personas como parte de su dignidad, lo que primordialmente se tutela es la voluntad o el consentimiento del sujeto, respecto de aquellos actos de disposición en materia sexual ejecutados por otros, sobre su cuerpo. En síntesis, se protege la libertad de la persona de consentir actos sexuales o del abuso de la situación en los casos de menores de 13 años. (Donna, 2011, pág. 529).

La libertad sexual es el bien jurídico tutelado en el delito de abuso sexual, y esto tiene sentido, puesto que el legislado lo que buscó en sí al tipificar el mencionado bien jurídico, es proteger la voluntad y el consentimiento que

poseen las personas de decidir respecto de su sexualidad de manera libre y sin intromisiones por parte de terceros.

La libertad sexual en sí, es el valor que se le da al tipo penal del delito de abuso sexual, donde se explica y señala la sanción que merecerá la persona que erosione dicha norma penal.

4.2.2.11. Elemento subjetivo del delito de abuso sexual

El jurisconsulto Ernesto Albán considera el elemento subjetivo del delito de abuso sexual de la siguiente forma:

No sería indispensable el ánimo libidinoso del autor, aunque esté presente en la mayoría de los casos, pues podría darse también la concurrencia de un ánimo vindicativo o de naturaleza similar. (Albán, 2018, pág. 155).

El presente criterio parte de una corriente finalista, donde apunta un dolo específico, el cual sería el ánimo libidinoso, pero si se estudia más a profundidad, basta que la persona haya cometido la conducta con voluntad y conciencia para configurar el elemento subjetivo del presente delito

También podría concurrir el ánimo vindicativo, o sea la venganza que quiere realizar el agresor sexual, por algún resentimiento o discusión que haya tendido

con amigos o familia de la persona que será víctima de su conducta reprochable.

En definitiva, basta que la persona crea una conducta contraria al ordenamiento jurídico para que sea reprochada esa conducta disvalorada por el Código Orgánico Integral Penal.

El elemento subjetivo en el delito de abuso sexual, para Adrian Tenca, es:

Equipara el abuso deshonesto al "acto libidinoso" (búsqueda de desahogo sexual sin alcanzar la cópula) y exige tal finalidad en el obrar del agente. Si el autor no persigue tal objetivo, podrá cometer otro delito, mas no el de abuso deshonesto. (Tenca a. , 2013, pág. 45).

El delito de abuso sexual siempre será un delito doloso, o sea el conocimiento y la voluntad de realizar un acto de naturaleza sexual en contra de otra persona o personas, hombres o mujeres, con un fin establecido por el agresor, el cual es satisfacer su ánimo libidinoso o instinto sexual deseado, pero sin alcanzar la cópula, dado que hacer eso configuraría otro delito.

4.2.2.12. Falta de consentimiento en abuso sexual

La falta de consentimiento según el jurista Ernesto Albán, es:

Igual que en la violación, la falta de consentimiento es elemento central del delito, pues de haberlo, salvo el caso de los menores de catorce años, la conducta sería penalmente irrelevante. En consecuencia, son aplicables al abuso sexual, las consideraciones hechas en este tema respecto a la violación.

Inicialmente que la ejecución del acto de naturaleza sexual se realiza sobre una persona contra su voluntad, u "obligándola" a ejecutarlo sobre si misma o sobre un tercero, lo que implica una falta de consentimiento, ahora bien, para agravar este delito se habla del menor de catorce años, cuyo consentimiento es irrelevante y de las personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho o que, por cualquier causa, no pudieren resistirlo.

También se debe volver a repetir lo señalado en el delito de violación, en consideración con la legislación penal ecuatoriana sobre el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años e que es irrelevante. Aplicando esta normativa al pie de la letra podría significar que toda ejecución de un acto de naturaleza sexual con una persona menor de dieciocho años es abuso sexual, aunque hubiese habido consentimiento. Es evidente que no pudo ser esa la intención del legislador, pues queda claro que ni siquiera hay violación si la víctima es mayor de catorce años y no se ha recurrido ni a violencia o amenazas o intimidación ni se ha aprovechado de su estado de indefensión.

Tampoco podía haber abuso sexual, que es un delito menos grave.

(Albán, 2018, págs. 154 - 155).

Queda claro que, en el delito de abuso sexual, la falta de consentimiento en el menor de catorce años de edad, configura el tipo penal, en cambio, si la persona o adolescente es mayor de catorce años de edad, el consentimiento sería válido y por lo tanto se excluiría el tipo penal por el cual se pretenda juzgar.

El segundo inciso del artículo del delito de abuso sexual manifiesta lo ya mencionado, respeto de la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de catorce años de edad y cuando la víctima no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, en el primer supuesto se puede excluir el tipo penal, si la persona cumple los catorce años de edad, dado que el Código Orgánico Integral Penal, no considera punible que un adolescente de la referida edad pueda mantener relaciones sexuales con otra persona adulta.

Es evidente y queda demostrado que el legislador de forma poco clara a dejado una contradicción, dado que en el artículo 175, numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, manifiesta que el consentimiento de la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante, contradiciendo la esencia del delito de violación y en este apartado de abuso sexual, dado que un menor de dieciocho años y mayor de catorce años de edad, tranquilamente puede consentir en tener actos de naturaleza sexual con otra persona

Para el jurista Edgardo Donna, la falta de consentimiento también se puede dar en el siguiente caso:

La existencia del consentimiento puede traer aparejadas diferentes consecuencias según las distintas hipótesis contempladas en el tipo penal. De esta manera, en los casos en que las víctimas fueren menores de 13 años, se incurre siempre en abuso sexual, sea que la víctima preste o no su consentimiento. La razón es, como lo hemos dicho oportunamente, que la ley considera que dicho consentimiento, en caso de existir, es inoperante por la falta de madurez necesaria de la víctima para discernir el significado y alcance del acto. En virtud de ello, exista o no consentimiento de la víctima, siempre la conducta será típica. (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011, pág. 549).

Siempre existirá falta de consentimiento por parte de la víctima menor de catorce años de edad en la legislación penal ecuatoriana, dado que no puede tener validez la manifestación de su voluntad por falta de madurez suficiente para discernir y afrontar las consecuencias de sus actos.

Ahora bien, cuando la supuesta víctima sea mayor de catorce años de edad, en cambio, el consentimiento tendrá validez y deberá ser tomado en cuenta por los operadores de justicia, dado que no se encuentra tipificada prohibición alguna en el delito de abuso sexual cuando el adolescente es mayor de catorce años de edad, por lo tanto, la persona es libre de decidir sobre su vida

sexual y reproductiva desde la referida edad, donde no podrá entrometerse el Estado ni la familia, simplemente podrán ser guías de una correcta educación sexual.

4.2.2.13. Sujeto activo y pasivo del delito de abuso sexual

El doctor Ernesto Albán considera al sujeto activo y pasivo del delito de abuso sexual de la siguiente forma:

Al excluirse el acceso carnal, no cabe duda de que el sujeto activo puede ser una persona de uno u otro sexo, que igualmente puede ser sujeto pasivo de la infracción.

Lo que sí podría ocurrir, según la descripción legal, es que durante la comisión del esté presente una tercera persona sobre la cual se ejecuta el acto de naturaleza sexual. Esta tercera persona podría ser partícipe del delito si estaba de acuerdo con el sujeto activo o, por el contrario, podría ser un segundo sujeto pasivo o víctima si el acto se ejecutaba contra su voluntad. (Albán, 2018, pág. 154).

Tanto el sujeto pasivo como el sujeto activo del delito de abuso sexual, puede ser una persona de cualquier sexo u orientación sexual, dado que el Estado ecuatoriano respeta las preferencias sexuales, ahora bien, hay que poner

especial énfasis en el sujeto pasivo, dado que puede ser de cualquier edad, por ejemplo, un niña o niño, adolescente o adulto.

Respecto de que puede existir un partícipe en el delito de abuso sexual no cabe duda, pudiendo ser desde parientes consanguíneos, amigos, y otras personas; también pueden existir grados de autoría, por ejemplo si dos personas actúan a la vez, previo reparto funcional del hecho se podría considerar como coautores del delito de abuso sexual, también se puede hablar de autoría mediata, quien mediante coacción utiliza a una tercera persona para que esta cometa el delito de abuso sexual contra la víctima, teniendo el dominio del hecho sobre la voluntad del tercero para satisfacer su apetito sexual.

Para el jurista Adrián Tenca, el sujeto activo y pasivo del delito de abuso sexual o deshonesto son:

“Este tema no genera ningún tipo de dificultad, pues la doctrina y la jurisprudencia siempre fueron contestes en señalar que tanto la mujer como el hombre podían ser sujetos activos y pasivos de abusos deshonestos”. (Tenca a. , 2013, pág. 74).

La ley penal conjuntamente con la doctrina es clara en señalar que en el delito de abuso sexual, el sujeto activo es quien realiza el delito, y puede ser una o varias personas de cualquier sexo, ya sea hombre o mujer.

El sujeto pasivo en cambio, también puede ser cualquier persona o personas, hombre o mujer, pero es sobre él o ella, en quien recae la lesión material del delito, o sea se convierten en víctimas directas.

Delito de Estupro

4.2.2.14. La conducta típica en el delito de estupro

El jurista Ernesto Albán deja un concepto específico de cuál sería la conducta típica en el delito de estupro, el cual se explica a continuación:

La tipicidad del estupro exige los siguientes elementos: relaciones sexuales mantenidas por cualquier persona con otra mayor de catorce años y menor de dieciocho, recurriendo el engaño. (Albán, 2018, pág. 156).

El delito de estupro al ser el engaño la parte nuclear, quiere decir que no existe un consentimiento puro y sin vicios por parte del sujeto pasivo, dado que este puede ser, a través de promesas falsas, en cambio si la supuesta víctima mayor de catorce años de edad y menor de dieciocho años de edad, consiente por cuenta propia, porque en verdad lo quiere al supuesto agresor, no habrá delito alguno, dado que ese consentimiento sí debe ser válido y relevante en la legislación penal ecuatoriana.

El estupro se puede cometer por una persona adulta de cualquier sexo, sobre una persona en el rango de 14 a 18 años de edad, dado que lo que quiere el ordenamiento jurídico, es proteger a los adolescentes que tienen consagrado

su derecho constitucional a la libertad sexual y reproductiva, y al ejercer dicho derecho, no ser vulnerado por personas que con el fin de obtener la cópula, engañan al adolescente, viciando su consentimiento y por lo tanto no haciéndolo válido, por lo cual dicha conducta debe ser reprochada mediante la presentación de la querrela.

Para el tratadista Gustavo Balmaceda, la conducta típica en el delito de estupro es:

El delito de estupro ha sido entendido como una acción que va dirigida en contra de la libertad sexual de la víctima, así como de la indemnidad sexual de los menores y la honestidad, toda vez que la minoría de edad aparece como un requisito del tipo, junto con el engaño o el abuso como el medio para obtener el consentimiento. (Balmaceda, 2014, pág. 225).

El tipo penal de estupro describe la conducta penalmente relevante que lesiona el bien jurídico de la libertad sexual y de la indemnidad sexual de los adolescentes, cuando se accede carnalmente a la víctima a través de su consentimiento viciado cuando esta frisa entre los catorce años de edad y dieciocho años de edad; en cambio, si no hay un consentimiento viciado, eso quiere decir que no existe engaño, por lo tanto, dicho consentimiento es válido y no se configuraría el presente delito.

4.2.2.15. Elemento subjetivo del delito de estupro

Para el jurista Ernesto Albán, dentro del delito de estupro, realiza un análisis de su parte subjetiva, así:

Como todos los delitos sexuales el estupro es doloso y el empleo del engaño lo confirma. También en este caso el dolo quedaría eliminado de haberse producido un error de tipo sobre la edad del sujeto pasivo. Podría haber dolo eventual si al sujeto le es indiferente la edad de la víctima. (Albán, 2018, pág. 158).

El dolo en la mayoría de delitos establecidos en el Código Orgánico Integral Penal es el elemento subjetivo, y no es la excepción en el delito de estupro, dado que el agresor sexual, a través de artificios, procede a engañar a la víctima para obtener la cópula con ella o él.

También existe el error de tipo que puede suceder en caso que el supuesto agresor pensó que la víctima era mayor de edad, a modo de ejemplo, el sujeto activo de dicho delito le promete a la víctima que se van a casar para que ella acceda a tener relaciones sexuales, pero el sujeto activo no sabe que la víctima aún no cumple la mayoría de edad, porque estaba confiado que era mayor de edad la víctima, dado que así constaba en las redes sociales que sabe manejar y confiado de ello el sujeto activo comete el delito, pero lo hace con base a un error, que puede ser invencible o vencible, partiendo del ejemplo propuesto es vencible, lo cual excluye el dolo y lo convierte en culposos

al delito, pero como no existe delito culposo de estupro, no se le puede imputar dicho delito al supuesto agresor dado que el referido delito no consta en el numerus clausus (número limitados de delitos culposos que constan en la legislación penal ecuatoriana)

Por último, también puede existir dolo eventual si el sujeto activo del delito le es indiferente o no le interesa la edad de la víctima, y juega con base a la teoría de la probabilidad según la dogmática actual, por lo que sabe que hay probabilidades de que la víctima sea menor de edad y aun así se arriesga a engañarla para acceder a la cópula.

Para el jurista Edgardo Donna, el tipo subjetivo en el delito de estupro es:

“A nuestro juicio el dolo del autor consiste en querer acceder sexualmente a la víctima, sabiendo la edad y agregando un elemento subjetivo al tipo consistente en hacerlo mediante la seducción”. (Donna, 2011, pág. 630)

El elemento subjetivo en el delito de estupro es el dolo, o sea realizar la conducta descrita en el tipo penal con conocimiento de la edad de la víctima, y utilizando como medio el engaño o la seducción con el fin de obtener la cópula por parte del sujeto infractor que debe ser mayor de edad.

4.2.2.16. El Consentimiento de la víctima en los delitos sexuales; delito de violación y delito de estupro

El consentimiento de la víctima en delitos sexuales, se puede referir a las siguientes sugerencias expuestas por las profesionales, Sandra Baita y Paula Moreno, quienes refieren que una persona consiente cuando:

Entiende cabalmente la actividad que está consintiendo;

Entiende cabalmente las consecuencias para sí y para otros de la actividad que está consintiendo;

Está dispuesta a aceptar y tolerar tales consecuencias;

Se siente plenamente libre de detener esta situación por voluntad propia, sin importar lo insistente que sea el adulto ni la forma que tome dicha insistencia (uso de fuerza o amenaza de uso de fuerza hacia ella u otras personas cercanas). (Baita & Moreno, 2015, pág. 94)

En los delitos sexuales, tanto de violación como de estupro, es imprescindible el consentimiento para saber a ciencia cierta si se configura o no alguno de los dos delitos mencionados; dado la relevancia y validez que debe tener dicho consentimiento a la hora de juzgar estos delitos sexuales se puede indicar que una persona consiente cuando entiende de manera clara y precisa la actividad que está realizando.

Una persona también consiente en un delito sexual cuando sabe las consecuencias que puede acarrear dicha manifestación de la voluntad, que según la legislación ecuatoriana se establece cuando una persona tiene más de catorce años de edad, dado que desde esa edad la persona ya puede

discernir entre lo bueno y malo de realizar una conducta y las consecuencias accesorias que ello genera.

Una persona también consiente en un acto sexual cuando se siente capaz de detener abusos o excesos por parte de la otra persona y así evitar se violenten bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal.

Todo lo referido al consentimiento en delitos sexuales como el de violación y estupro gira en torno al consentimiento válido, lo cual excluiría el tipo penal por el cual se pretenda juzgar al supuesto agresor, dado que no se configuraría el verbo rector principal que se necesita en los indicados tipos penales.

4.2.3. Etapas del desarrollo del adolescente

Es preciso indicar las diferentes etapas que se producen dentro del niño, hasta que llegue a la etapa de la adolescencia, donde presente cambios tanto físicos como psíquicos, debido a la producción de hormonas que se presenta en la referida etapa, por todo esto, se realizó un análisis con el fin de explicar desde cuándo se puede tener la certeza del desarrollo de la madurez del adolescente.

4.2.3.1. La pubertad y su impacto psicológico en las niñas y los niños

Para los doctores María Victoria Trianes Torres y José Antonio Gallardo Cruz, al referirse a la pubertad en las niñas y en los niños, lo realizan de la siguiente forma:

Crecimiento físico acelerado que viene a durar unos dos años. Remitiéndonos a aumentos repentinos en la talla y en el peso de los sujetos, Alcanzándolos antes las niñas que los niños, aunque en estos últimos será más intenso. En las niñas alrededor de los diez años y en los niños sobre los doce o trece años. Cambios corporales o cambios en las proporciones del cuerpo. Y, por último, el desarrollo de la capacidad de reproducirse o de procrear (Triones & Gallardo , 2000, pág. 166).

La pubertad es el crecimiento y cambios tanto físicos como psicológicos que por lo general puede durar dos años, la mayoría de veces empieza en las mujeres desde los diez años de edad y en los varones desde los doce a trece años de edad, esto quiere decir que al finalizar los dos años, la persona ya comprende los actos que realiza, los cambios que ha sufrido y comienza a tener una forma de pensar diferente, donde le es más agradable el contacto con el sexo opuesto, por ejemplo el deseo de tener relaciones sexuales, lo cual es normal y es respetado por el Estado ecuatoriano, más aún en esa edad ya conocen la métodos anticonceptivos que existen y saben que si no los usan pueden procrear un nuevo ser o contagiarse de enfermedades de transmisión sexual, por ello es el Estado quien debe brindar mayor información y charlas en los colegios respectivamente sobre el uso de dichos

métodos e implementar políticas para que presten servicios de educación sexual con profesionales preparados en esas áreas.

Para los letrados María Victoria Trianes Torres y José Antonio Gallardo Cruz, el impacto psicológico de la pubertad es:

Aunque los cambios físicos marcan el inicio de la adolescencia, esta etapa también se caracteriza por significativas transformaciones psicológicas y sociales. Así, la autoimagen de los adolescentes puede tener efectos bastante duraderos en sus sentimientos sobre sí mismos. Durante este periodo, los sujetos se muestran extremadamente autoconscientes y convencidos de que todo el mundo está observando hasta sus más leves reacciones. (Triones & Gallardo , 2000, pág. 167).

El impacto psicológico de la pubertad afecta directamente al niño, dado que ve en sí, un cambio en la morfología de su cuerpo, también tiene comportamientos distintos con las personas a su alrededor, cree que todo el mundo lo observa y ve sus cambios físicos, producto de ello puede generar temor de salir a la sociedad y sobre todo el terror al qué dirán, estos cambios suceden desde los doce años de edad, y culminan a los catorce años de edad, según la presente investigación jurídica, dado que desde los catorce años de edad la persona ya tiene autocontrol de sí misma y sabe que todos los cambios que se produjeron en su cuerpo es debido a las diferentes etapas de vida que sucede en las personas.

4.2.3.3. Las características sexuales en los adolescentes.

Para los letrados Spencer Rathus, Jeffrey Nevid y Lois Fichner Rathus, las características sexuales en la adolescencia, son:

“Fase de desarrollo durante la cual, por primera vez, es posible la reproducción. Comienza con la aparición de los caracteres sexuales secundarios y finaliza cuando los huesos largos llegan a su desarrollo completo”. (Rathus, Nevid, & Fichner - Rathus, 2005, pág. 274).

Es en la pubertad donde las personas ya tienen la capacidad biológica de reproducción, pero es a partir de los 14 años de edad en adolescente donde la persona tiene un desarrollo en su forma de discernir las cosas.

En la etapa de la adolescencia, existen la presencia de ciertos cambios físicos, y esta etapa concluye según lo explicado concluyen cuando los huesos largos llegan a su desarrollo completo, esto sólo en cuanto a la parte física, en cambio, en la parte psíquica como se hizo mención, es desde los catorce años donde existe ya un completo desarrollo para la toma de decisiones por parte de adolescente.

Para los doctores María Victoria Trianes Torres y José Antonio Gallardo, las características sexuales secundarias de los adolescentes son:

Crecimiento de pechos en las mujeres y de hombros en los hombres. En las mujeres el desarrollo de las mamas es el primer signo de pubertad. Estas, por lo general, suelen estar desarrolladas antes de que la menstruación comience.

Cambios en la voz. Se hace más profunda y grave como respuesta al agrandamiento de la laringe.

Cambios en la textura de la piel. Llega a ser más áspera y grasosa, con abundantes erupciones de barros y espinillas, lo que dará paso al fenómeno denominado «acnés».

Aparición del vello. El vello púbico aparece primero, seguido del vello axilar aproximadamente dos años más tarde. El vello de la cara en los chicos crece hacia la misma época que el axilar. (Triones & Gallardo , 2000, pág. 167)

Previo a llegar a la etapa de la adolescencia, es importante mencionar que dentro de los primeros signos de cambio que suelen suceder tanto en la mujer como en el hombre son varios.

A modo de ejemplo el primer signo que aparece en la mujer es el crecimiento de senos, antes de ingresar a tener su periodo menstrual, también existe cambio en la voz (ligeramente más grave por la hormona del estrógeno). En

cambio, en el varón presenta ensanchamiento de los hombros y también cambios de voz más gruesa y fuerte.

El adolescente tiene cambio en la piel, puede producirse el famoso acné, debido a la grasosa piel que se presente en esta etapa de su vida, lo cual les puede generar un temor interno y vergüenza a la vez de mostrar su rostro a la sociedad, en especial a sus amigos o amigas.

Por último, se presenta el vello púbico, lo cual les puede generar un poco de sorpresa y a la vez picazón en sus genitales, luego de ello también comienzan a aparecer los primeros signos de la barba, lo cual le da una apariencia de más masculinidad al varón.

4.2.4. El desarrollo de la sexualidad

El desarrollo de la sexualidad se produce, a través de los cambios biológicos que son los encargados de producir el desarrollo en la fisiología y anatomía de la persona, especialmente de niñas, niños y adolescentes por medio de las hormonas sexuales que afectan tanto a la mujer como al varón y que se producen en el periodo de la pubertad, lo cual se tratará a continuación:

4.2.4.1. Hormonales sexuales en la Pubertad

El significado de regulaciones hormonales de la pubertad es tratado por el médico legista Miguel Ángel Brito Aguirre de la siguiente manera:

Iniciado las regulaciones hormonales propias del hipotálamo e hipófisis, que son el punto de partida de la reorganización interna del organismo, que conlleva la maduración de los individuos en sus aspectos somáticos, psicológicos, sociológicos y culturales; etapa importantísima para la medicina legal, dado el relieve fundamental que asumen los cambios sexuales, entre los que tenemos: la aparición del vello pubiano, el ensanchamiento de la cintura pelviana (caderas), la exaltación de la libido, la acumulación de tejido adiposo en regiones electivas como en mamas, glúteos, muslos, la elevación progresiva de las papilas de los senos infantiles sobre el disco areolar, la acentuación de la pigmentación de los pezones y areolas, etc., en la mujer; y, aumento del volumen testicular, crecimiento del pene, erecciones periódicas, pelos en el pubis, secreción sudoral axilar aumentada, eyaculaciones nocturnas, aparición de la barba, la voz se torna grave, presencia de acné, etc., en el varón. (Brito, 2000, pág. 82).

Este cambio hormonal se refiere a los cambios sexuales y la madurez sexual que una persona en la etapa de la pubertad sufre, es aquí donde nace el apetito sexual y la intriga de qué tal será tener contacto o relaciones sexuales, aparte que en esa edad tanto el hombre como la mujer ya están en capacidad biológica para concebir, dado que el hombre ya comienza a eyacular, y la mujer empieza con su primer periodo menstrual.

El concepto es correcto al explicar que los cambios hormonales producen cambios físicos en el organismo, y es ahí donde comienza el querer experimentar nuevas cosas o sensaciones, desde utilizar ropa diferente, tener una pareja sentimental, hasta tener una relación sexual.

El doctor Pedro Pabón, citando a Alzate, menciona que las hormonas sexuales son:

Se identifican como hormonas sexuales las sustancias que obran sobre estructuras orgánicas, cumpliendo funciones metabólicas generales e influencia sobre la actividad sexual y reproductora; inciden de manera fundamental en la diferenciación sexual del individuo y en el desarrollo de la función erótica, actuando sobre las estructuras nerviosas centrales, medulares y periféricas (en especial genitales); su acción es diferencial en el transcurso del ciclo vital humano. Se enuncian como hormonas sexuales: los andrógenos, los estrógenos, la progesterona. (Pabón, 2005, pág. 51).

Las sustancias sobre las estructuras de nuestro organismo llamadas hormonas sexuales, son de gran relevancia, dado que influyen tanto en la actividad sexual como reproductora.

Las hormonas sexuales actúan sobre estructuras nerviosas, en especial sobre los geniales tanto masculinos como femeninos, entre ellos tenemos los andrógenos, estrógenos y progesterona.

Los andrógenos están correspondidos, ya sea por la androsterona, androstenediona y testosterona, que llegan a ser hormonas sexuales de carácter masculino.

Los estrógenos son hormonas sexuales femeninas producidas en gran mayoría por los ovarios.

La progesterona, es segregada por dos órganos, la placenta y los ovarios, también es considerada como hormona sexual femenina

4.2.5. Estudio de la víctima en delitos sexuales

La presente investigación jurídica, también pretende abordar el estudio de la víctima de delitos sexuales desde el criterio médico, hasta el ámbito de la criminología, para conocer cuáles son sus comportamientos y efectos que pueden suceder en ella.

4.2.5.1. Víctima de delitos sexuales desde el criterio médico.

El concepto de víctima según el médico legista Miguel Ángel Brito Aguirre es:

Como se comprenderá, las víctimas de una agresión sexual o de cualquier tipo, responden con ciertas conductas individuales o generales frente a estos actos; es por eso que despierta enorme interés el comportamiento de los ofendidos en la consecución de una agresión sexual o de otra configuración (robo, crimen, etc.), conociendo cuál es su aporte o contribución para que se efectúe sobre ella sin perjuicio, cuál es su responsabilidad o cómo influyó en el victimario para que éste desarrolle en él o en ella, el delito. (Brito, 2000, págs. 105 - 106).

Respecto de esta definición, es claro que, en el presente concepto, víctima es la persona que sufre las consecuencias dañinas del delito, en el presente caso, de delitos sexuales, al referir las consecuencias del delito, quiere decir que la víctima puede ser directa o indirecta.

Ahora bien, para hablar dentro del campo de la imputación objetiva, la víctima puede ser auto puesta en peligro, lo cual podría generar una situación atípica, esto se especifica como el último filtro de la imputación objetiva.

Dentro de este ámbito hay que diferenciar las personas que son auto administradas y hetero administradas de sus bienes jurídicos, en el presente caso, respecto de las primeras por lo general son las personas mayores de edad, y que tienen capacidad para discernir lo bueno y lo malo, y, respecto de las segundas son las personas que necesitan ser atendidas por otras personas que son sus garantes, en este caso serían los niños, inimputables, etc.

Respecto de los adolescentes es donde hay que hacer énfasis, porque es la propia Constitución de la República del Ecuador, Corte Constitucional y Código Orgánico Integral Penal, que hacen referencia al derecho a la libertad sexual y reproductiva, y es el Código Orgánico Integral Penal, quien limita la edad desde los catorce años en adelante, sino todos los actos sexuales decididos por lo adolescentes mayores de la referida edad fueran punibles para su agresor, aun así consintiese la víctima

Todo esto lleva a comprender que los adolescentes mayores de catorce años de edad pueden ser auto administradores respecto de sus decisiones a la hora de consentir en tener relaciones sexuales con otra persona que puede ser mayor de edad, pero si dicho adolescente no cumple aun la referida edad (mayor de catorce años), así haya consentimiento, igual será punible dicha conducta a su agresor.

El aporte presentado sobre la víctima, es más referente en delitos sexuales, donde es claro que puede influir sobre ciertas características que tenga la víctima para que su agresor prosiga hasta lesionar su bien jurídico, dichas características podrían ser, por ejemplo, que al ser una niña la víctima esta se pueda convertir en más atractiva para su agresor como sería el caso de los pederastas.

La definición de víctima de un ataque sexual, para el médico, José Pachar, es:

La víctima de un ataque sexual ha sido emocional, físicamente y sexualmente agredida, por lo tanto, quienes la van a atender y examinar, deben considerar que está pasando por un periodo de duelo, que incluye formas de negación, del acto o de sus consecuencias, e ira. Las víctimas necesitan empatía y apoyo de todas las partes involucradas en la investigación. (Pachar, 2011, pág. 206).

Víctima es toda persona a quién se le ha violentado algún bien jurídico protegido por el Derecho Penal, dentro del campo médico, la víctima de un ataque sexual es aquella que ha sido emocional, física y sexualmente agredida, por el victimario, es ahí donde el médico legisla debe examinar por lo general la existencia de equimosis (el color en que se encuentren), cortar las uñas para obtener ADN del agresor en caso de haberse defendido, y sobre todo realizar un estudio pormenorizado de las tres zonas principales en estos tipos de delitos que son, las genitales, paragenitales y extragenitales, con el fin de observar las zonas que son más propensas a ser violentadas y lastimadas por el infractor, todo esto permitirá obtener evidencia, para un futuro juzgamiento de la persona que cometió dicho ilícito.

4.2.5.2. Víctima en el ámbito de la criminología

Para Alonso Raúl Peña Cabrera, la víctima dentro del ámbito de la criminología es:

Ciertamente, hablar de la víctima en el campo criminológico abarca un ámbito de comprensión más lato, puesto que el delito puede ser también explicado en razón de esta persona. La víctima en ciertas figuras delictivas manifiesta una intervención importante en la generación de la conducta penalmente antijurídica. En los estudios criminológicos recientes se ha puesto énfasis que la relación entre la víctima explicar las causas de la conducta desviada, esto es, en ciertas figuras delictivas se manifiestan específicas y particulares relaciones entre estos dos actores, relaciones que se configuran a partir de relaciones de carácter institucional o filial. (Peña, 2015, pág. 88).

El ámbito de la criminología es otra rama del Derecho Penal, por eso al referir a la víctima, se hace muy extenso, dado que la víctima puede tener un gran aporte para la configuración de un desvalor del resultado que puede caer sobre ella misma, es el caso de la famosa autopuesta en peligro, donde es la víctima quien acepta las consecuencias del delito, dicha aceptación no necesariamente necesita ser escrita, basta que sea de manera verbal.

El ejemplo más utilizado por la doctrina dominante en este ámbito suele poner a modo de ejemplo el caso del motociclista embriagado que va a poner en marcha su moto y justo en ese instante la víctima a sabiendas que está

borracho dicho conductor, le solicita que le permita que la lleve, luego de ello ocurre un accidente donde se lesiona la víctima y lo quiere culpar de responsable al conductor, pero es ahí donde no puede considerarse penalmente relevante el comportamiento del conductor, dado que es la víctima quien asintió en que se realice dicho acto, por lo tanto la imputación objetiva recae sobre la propia víctima, por generar un riesgo no permitido y dicho riesgo se refleja en el resultado ya anotado.

Para David Morillo, Rosa Patró y Martha Aguilar, desde un estudio criminológico, brindan un concepto de víctima desde varias vertientes.

Así pues, como ya se ha apuntado en más de una ocasión, no existe un concepto unitario de víctima y su definición dependerá, en todo caso, del campo o rama jurídica o social en el que pretenda desenvolverse. Ahí es precisamente donde radica la esencia del concepto victimal, en la destreza que debe manifestar el investigador para optar por una u otra conceptualización según la finalidad perseguida y los objetivos marcados en la investigación. Sea como fuere, se resaltan las tres más utilizadas en la práctica:

Victimológica general: Individuo o grupo de personas que padece un daño por una acción u omisión propia o ajena, o por causa fortuita.

Victimológica criminal: Individuo o grupo de personas que sufre un daño producido por una conducta antisocial, propia o ajena, aun no siendo el detentador del derecho vulnerado.

Jurídico-penal: Sujeto pasivo del delito. (Morillas, Patró, & Aguilar, 2014, pág. 99)

La víctima dentro del ámbito de la criminología, es la persona o grupo de personas que sufren un daño en su integridad ya sea física o psíquica, pero lo que resulta innovador es que la víctima no solo sufre esos daños por un tercero ajeno, sino por sus propios daños, lo cual hace que se ponga ella mismo en peligro de lesión.

Ahora bien para entender la autopuesta en peligro de la propia víctima, es necesario ir al campo jurídico, dado que dentro del tipo objetivo se encuentra las formas de imputación de un delito; entonces, es normal que en la mayoría de casos la víctima sufra un delito a través de una tercera persona (infractor) que erosiona la norma penal de protección; pero también existe esta nueva figura de autolesión de la propia víctima que se podría dar en algunos casos, por mencionar cuando existe actuación conjunta de la víctima con el supuesto victimario, luego de ello existe el consentimiento libre e informado de la víctima para la realización de la conducta conjunta con el supuesto infractor, y lo último y más importante es que el supuesto infractor no sea garante de la víctima, luego de ello si la víctima resulta lesionada, no podrá inculpar a la persona que actuó conjuntamente con ella. Un ejemplo muy novedoso es el caso de las famosas pirámides para ganar dinero, donde una persona apuesta a la suerte y en caso de perder su dinero sabía los riesgos que llevaba consigo y aun así acepto las consecuencias que podrían ocurrir.

Es los delitos sexuales por manifestar el delito de estupro, cuando la víctima mayor de catorce años de edad consiente libre y voluntariamente en tener relaciones sexuales con una persona mayor de edad, es más la propia víctima lo trata de seducir porque le parece atractiva dicha persona, por lo que proceden a mantener relaciones sexuales (hay actuación conjunta y consentimiento libre e informado de la supuesta víctima), pero resulta que los descubre en pleno acto sexual el padre de la adolescente por lo cual presenta una querrela penal por el delito de estupro, en este caso la persona mayor de edad no respondería por delito alguno, dado que fue la víctima a su propio riesgo quien trató de seducir y decidió mantener una relación sexual, por lo tanto no podría existir una imputación al tipo objetivo dado que no se configuraría el verbo rector de engaño, consecuentemente se volvería atípica la conducta.

Otro ejemplo sería cuando una persona infectada de Vih- sida se encuentra con su ex pareja después de 3 años, y planean tener un encuentro sexual, pero antes la persona que tiene Vih-sida, le comenta a su ex pareja, la enfermedad que padece, pero aun así decide la víctima en mantener relaciones sexuales; transcurrido un tiempo, si la víctima quiere denunciarlo por haber contraído la referida enfermedad, no podría imputársele ningún delito a la persona que infectó, dado que antes de contagiar a la víctima, le manifestó su enfermedad, y está aceptó las consecuencias, por lo que la víctima actuó a propio riesgo, volviendo atípica la conducta del supuesto infractor.

4.3. Marco Jurídico

4.3.1. Ejercicio de los Derechos en la Constitución de la República del Ecuador

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. (Constitución de la República del Ecuador, 2020, pág. 16).

El Ecuador desde el año 2008 llegó al más alto nivel, al ser un Estado constitucional de derechos y justicia social, donde todos los derechos serán de igual valía y deberán ser respetados por los ciudadanos quienes a través del contrato social, cedieron una parte de su libertad, con el fin de convivir de manera armónica, y cumpliendo los deberes y obligaciones que impone la Norma Suprema, así como hacer eficaces los principios y derechos plasmados en la Constitución del Ecuador, respetando cada uno de ellos, como la libertad sexual y reproductiva, entre otros derechos primordiales que positiva la norma indicada.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. (Constitución de la República del Ecuador, 2020, pág. 21).

Todas la personas tendrán las mismas oportunidades dentro de la sociedad, pero esta igualdad se formará acorde a sus capacidades y actitudes, por lo tanto esto se refiere a la igualdad formal como material, la primera es el derecho tipificado y consagrado como tal, y la segunda es cuando este derecho se plasma en la sociedad, a modo de ejemplo, un niño tiene derecho a acceder para atenderse de su salud en el Seguro Social cuestión que no sucede con un mayor de edad, dado que esta persona tiene la capacidad de generar ingresos, a través de trabajo, cuestión que está fuera de la esfera del niño, dado que está recién en la etapa de aprendizaje y ni siquiera aún llega a la adolescencia. Este ejemplo muestra una clara diferencia entre la subdivisión del derecho de igualdad.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. (Constitución de la República del Ecuador, 2020, pág. 22).

Las personas al tener implícitos lo derechos consagrados en la Constitución, los cuales son un conjunto de normas jurídicas, las pueden ejercer a través de las garantías que ofrece la propia Constitución de la República del Ecuador, a modo de ejemplo, a través que se siga un debido proceso y no impidiendo el derecho a la defensa.

Ahora bien, un desarrollo correcto de los derechos, debe ser respetado por la ley de menor jerarquía, por lo tanto, el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, al restringir el derecho a la libertad sexual y reproductiva en adolescentes mayores de catorce años de edad, se está

entrometiendo en derechos ya reconocido por el cuerpo normativo de mayor jerarquía y por lo tanto no debería acatárselo y lo correcto sería reformarlo para que esté en armonía a la Constitución.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. (Constitución de la República del Ecuador, 2020, pág. 22).

Los derechos al ser un conjunto de normas positivados en un cuerpo normativo, deben siempre ir hacia adelante y nunca en retroceso, o sea, un derecho adquirido nunca debe ser restringido después de cierto tiempo.

Este derecho como se hizo mención no solo se desarrolla, a través de normas, sino, a través de la jurisprudencia y políticas públicas, las cuales van siempre en armonía y respeto a los derechos que más satisfagan a la sociedad, como es el caso de la Corte Constitucional que se ha pronunciado respecto del respeto de la libertad sexual y reproductiva en los adolescentes, lo cual blindo de mejor manera este respeto por los adolescentes para autodeterminarse en su vida sexual.

Por último, es de vital importancia mencionar que toda acción u omisión por parte de los propios ciudadanos y representante en los diferentes poderes del Estado, que menoscaben o retrocedan respecto de estos derechos adquiridos, su actuar será inconstitucional, o sea contrario a las normas positivadas en la Constitución

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

5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás. (Constitución de la República del Ecuador, 2020, pág. 47).

La personalidad de la persona para ser desarrollada debe pasar por el proceso de la pubertad, para luego llegar a la adolescencia etapa donde la persona es capaz de actuar de forma responsable en la toma de sus decisiones, lo cual debe ser respetado por parte del Estado, quien no puede ponerle limitaciones a dichos derecho, como por ejemplo, la decisión de tener una relación sexual consentida, sino, lo correcto por parte del Estado sería imponer políticas públicas que traten temas respecto de la sexualidad y la responsabilidad que ello genera, lo cual mejoraría no solo la capacidad de decidir del adolescente en estos acto, sino, de la ciudadanía en general, donde lo correcto sería a modo de lema, que las personas tengan sexo responsable y con protección.

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

den en condiciones seguras. (Constitución de la República del Ecuador, 2020, pág. 48).

Las personas nacen con derechos, los cuales se pueden ir adquiriendo o perdiendo acorde a al comportamiento en la sociedad, dentro de los principales derechos es menester señalar, el derecho a tomar decisiones libres, esto quiere decir que las personas al llegar a determinada edad, en el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sería los catorce años de edad, es cuando una persona puede decidir respecto de las cosas que quiere realizar, como por ejemplo, tener relaciones sexuales con otra persona, que podría ser mayor de edad, de su mismo sexo o del sexo opuesto.

El derecho a tomar decisiones informadas, significa, que previamente se ha instruido a la persona, en el presente caso al adolescente, ya sea dentro de su hogar o colegio respecto de las cosas buenas o malas que se presentan en la sociedad, lo cual le permite generar madurez al adolescentes y cuando realice sus actuaciones, como ya se hizo mención a modo de ejemplo el consentir en tener relaciones sexuales, sepa con quien lo va a realizar y a qué consecuencias puede acceder, siempre respetando sus decisiones y nunca restringiéndole este derecho.

El adolescente mayor de catorce años de edad ya es capaz de razonar y decidir de manera correcta, por lo tanto, al tener la voluntad de decidir en consentir a la hora de tener relaciones sexuales con otra persona, que podría ser una persona mayor de edad, esta voluntad debe ser válida y no restringida

por cuerpos normativos de menor jerarquía a la Constitución, dado que, si sucediera eso, sería una norma inconstitucional.

Una persona, en especial un adolescente, puede tomar una decisión libre y responsable sobre su sexualidad, orientación sexual y vida, si previamente ha obtenido una educación adecuado dentro del hogar y sobre todo en la escuela, donde es el Estado el responsable de guiarlo de manera correcta para que tome las mejores decisiones respecto de su vida, esto quiere decir, que un adolescente mayor de catorce años de edad, al ya estar desarrollado de manera física y psicológica, tuvo que haber pasado por un proceso previo de formación e información, sobre cuáles son las reglas que impones la sociedad y cuáles son sus derecho, pero sobre todo como hacer goce de sus derechos de manera responsable.

Para finalizar es menester señalar y mencionar hasta la sociedad que sin políticas públicas que permitan el acceso a los medios necesarios de información y educación en los adolescentes, sobre todo en su vida sexual, no se estaría cumpliendo con la obligación que tiene el Estado con la sociedad, lo cual es impuesto en la propia Constitución de la República del Ecuador.

10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener. (Constitución de la República del Ecuador, 2020, pág. 48).

Una decisión libre, responsable e informada, que un adolescente mayor de catorce años de edad tome, debe ser respetada, más aún cuando trate de su salud, y vida reproductiva, dado que el Estado no puede obligar a dicha persona a decidir cuantos hijos puede y no puede tener, ya que al hacer esto, estaría violentando derechos como es el de la dignidad humana, más aún las decisiones que tome el adolescente carecerían de validez; por lo tanto dichos derechos deben ser respetados en su máximo esplendor. Puede que a la mayor parte de la gente le parezca algo nuevo, o más aún algo inmoral, pero es preciso señalar que al estar en un Estado constitucional de derechos y justicia social, es primordial tener siempre presente que los derechos son inherentes a la personas y que aquellos son adquiridos muchas veces a través de luchas sociales, por lo tanto no pueden después de cierto tiempo ser violentados nuevamente.

De todo lo indicado, es necesario tener presente que los adolescente mayores de catorce años de edad son sujetos de protección estatal, y su consentimiento a la hora de mantener una relación sexual debe ser válido, sin vicios como sería el engaño, dado que si se configura el mismo, ahí sí se debería sancionar al sujeto activo del delito, pero sólo cuando pierda validez dicho consentimiento, mientras eso no suceda, el adolescentes podrá decidir qué hacer y no hacer respecto de su cuerpo, pero siempre teniendo presente que la familia, la sociedad y el Estado deberán ser guía salvadores e indicarles y educarlos sobre sexualidad, para que los adolescentes opten por tomar las mejores decisiones, incluso por abstenerse hasta llegar a la etapa adulta.

Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. (Constitución de la República del Ecuador, 2020, pág. 57).

Es necesario describir la protección que deben tener las víctimas en los delitos en general, sobre todo en delitos sexuales, a quienes se les deberá garantizar una variedad de derechos reconocidos en la Constitución, entre los principales, su no revictimización; todo esto dado que el bien jurídico vulnerado es de los más relevantes en el ordenamiento jurídico penal; puesto que el consentimiento es lo principal que se vulnera en los delitos de carácter sexual.

Art. 81.- La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. (Constitución de la República del Ecuador, 2020, pág. 58)

La ley sancionará a las personas que infrinjan la normativa penal, que establezcan los procedimientos especiales (procedimiento abreviado, directo, etc), así como los procedimientos expeditos (contravenciones), con el fin de lograr la tan anhelada justicia, donde se requerirá de jueces, juezas, y fiscales

en general, especializados en cada materia, sobre todo en delitos sexuales, donde la mayoría de veces, las víctimas de estas infracciones son niñas y niños, los cuales necesitan una atención especializada y es la propia Constitución que obliga a realizar esta justicia especializada y garantizadora de derechos constitucionales.

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. (Constitución de la República del Ecuador, 2020, pág. 58)

La seguridad jurídica entendida como derecho constitucional, precede del principio de legalidad, que obliga a respetar lo estipulado en la ley, por lo tanto, al ser caso omiso por parte de los servidores públicos, vulnerarían la Norma Suprema.

Por todo esto, es importante hacer mención que una persona al ser juzgada por un delito sexual, cuando la víctima mayor de catorce años de edad ha consentido, es totalmente inconstitucional, dado que es la Constitución y la propia Corte Constitucional que señalan que la libertad sexual deberá ser respetada por el Estado y la familia de la supuesta víctima, por lo tanto, hacer caso omiso, sería estar en contra de un Estado progresivo de derechos constitucionales.

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos

alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. (Constitución de la República del Ecuador, 2020, pág. 102).

En especial se tomará en consideración para los delitos de acción penal privada como el delito de estupro los medios alternativo a la solución de conflictos como es la conciliación, lo cual permitirá evitar la privación de libertad del agresor sexual y una justa reparación tanto material como inmaterial a la víctima del delito sexual, esto da más realce al consentimiento que pueden tener los adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales, como ya se ha pronunciado el máximo órgano de control constitucional como es la Corte Constitucional del Ecuador.

Art. 363.- El Estado será responsable de:

6. Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto. (Constitución de la República del Ecuador, 2020, pág. 166).

El Estado dentro de sus políticas públicas deberá tomar cartas en el asunto para asegurar acciones y servicios de salud sexual y salud reproductiva, esto con el fin de evitar los famosos embarazos no deseados, evitar el contagio de enfermedades de transmisión sexual e incentivar que el sexo responsable es la mejor manera para llevar una vida tranquila y sin problemas; ahora bien ,

esto se realiza con la creación de centros de atención no solo médicos, sino pedagógicos, a través del uso de los medios telemáticos de manera correcta, implementando programación de salud sexual.

El Estado debe garantizar la salud integral, esto es, una salud tanto en la esfera psíquica, física y moral, conjuntamente con una vida digna de las mujeres, sobre todo en las etapas de embarazo, parto y postparto, al garantizar todo aquello debe quedar claro que esa atención y educación deberá ser desde la niñez, para que con el pasar del tiempo el niño al llegar a la etapa de la pubertad no se le haga raro los cambios que sufre en su organismo, y posteriormente al llegar a la etapa de la adolescencia, pueda decidir de manera voluntario y responsable los actos que va a realizar. Con todas estas ventajas que brindará el Estado, el adolescente al decidir tener relaciones sexuales, va a estar bien informado y capacitado para saber que riesgos ello conlleva si no realiza su sexualidad de manera correcta dado que con el apoyo del Estado se puede adquirir madurez.

Art. 44.- 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.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su

intelecto y de sus capacidades. (Constitución de la República del Ecuador, 2020, pág. 34).

El Estado al ser una organización política, conjuntamente con la sociedad y la familia, deben promover el desarrollo integral en el ámbito educativo, físico, psicológico y en cierta parte moral de los niños, niñas y adolescentes, esto con el fin de garantizar el goce de sus derechos inherentes en ellos, los cuales se encuentran plasmados en la Constitución de la República del Ecuador.

Los principios al ser mandatos de máxima optimización permiten garantizar el interés superior del niño, lo cual implica que los todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecerán al tomar en cuenta el interés superior, dado que estas personas se encuentran de cierta manera en desigualdad con las demás personas ya adultas.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al desarrollo a que se respete su proceso de crecimiento, o sea, lo cambios físicos que se producen en ellos, como también la elección de gustos y preferencias que tengan, estas preferencias pueden ser sexuales y deben ser respetadas de manera integral.

La maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades hace referencia que los niños, niñas y adolescentes, al cumplir cierta edad, como en el caso de la presente investigación, a los catorce años, ya tienen desarrollada tanto su capacidad volitiva como cognitivas, esto quiere decir que

ellos ya deciden sus gustos, actos, entre otras cosas. A modo de ejemplo al decidir tener una relación sexual con una persona adulta, esta elección debe ser respetado no sólo por parte del Estado, sino de sus familiares; dado que lo único que tienen derecho es guiarlos, capacitarlos e informarlos, pero nunca coartando derechos ya adquiridos, puesto que si sucediera esto sería atentar contra la dignidad del adolescente y sobre todo serían actuaciones inconstitucionales.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. (Constitución de la República del Ecuador, 2020, pág. 189).

La Constitución prevalecerá jerárquicamente sobre cualquier normativa infralegal, donde se deberá respetar lo estipulado en ella, y cumplirse sus mandatos, por lo tanto al establecer la Norma Suprema como derecho constitucional la libertad sexual y reproductiva, se deberá respetar dicha disposición, dado que hacer caso omiso, contraría lo establecido en el ordenamiento jurídico.

4.3.2. Derecho a la educación sexual en la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes.

Art. 23.- Derecho a la educación sexual:

2. La educación sexual se impartirá en todos los niveles educativos y fomentará una conducta responsable en el ejercicio de la sexualidad, orientada a su plena aceptación e identidad, así como, a la prevención de las enfermedades de transmisión sexual, el VIH (Sida), los embarazos no deseados y el abuso o violencia sexual. (Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, 2008, pág. 7).

La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, hace hincapié que la educación sexual se debe impartir en todos los niveles educativos, o sea, desde la escuela a los niños se les enseñará cuáles son sus órganos genitales, el respeto de sus partes íntimas, los métodos anticonceptivos que existen y la función que tienen, así como las enfermedades venéreas que se puede adquirir al tener una sexualidad inadecuada.

Todo lo expuesto servirá para ejercer una sexualidad responsable y evitar enfermedades de transmisión sexual, en especial las más conocidas como son el VIH (sida), sífilis, gonorrea, virus del papiloma humano, entre otras; también tendrá el fin de evitar a futuro embarazos no deseados por el simple hecho de no haber usado una barrera protectora; y, por último, denunciar cualquier abuso o violencia sexual que puedan sufrir, o sea, no callar cuando se cometan contra ellos estos delitos, así como enseñarles ante qué autoridades pueden pedir auxilio. Esto se logrará a través de implementar políticas públicas direccionadas hacia estos temas, una vez conseguido este objetivo, el niño al llegar a la etapa de la adolescencia, podrá hacer goce de

sus derechos de libertad sexual de manera responsable, e incluso evitar tener contacto sexual (abstinencia), dado que sabe a qué se puede exponer en caso de decidir libre y voluntariamente en tener relaciones sexuales.

4.3.3. Disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva en el Código Orgánico Integral Penal

Art. 175.- Disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva. - Para los delitos previstos en esta Sección se observarán las siguientes disposiciones comunes:

(...)

5. En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, pág. 61).

Considerar irrelevante el consentimiento de las víctimas menores de dieciocho años de edad en delitos sexuales, y no considerar como válido su consentimiento desde que cumplen los catorce años de edad, es ir en contraposición con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, y lo referido por la Corte Constitucional como máximo organismo de control constitucional en su sentencia 003-2018-P.TO-CC dado que la primera norma, ampara el derecho de libertad sexual y reproductiva, aparte que uno de los fines es justamente la progresividad de derechos, esto da a entender que los derechos nunca pueden ir en retroceso, ya que se han positivado a través de luchas sociales, a través

de la Asamblea Constituyente; en cambio con la segunda norma se contradice dentro del propio cuerpo normativo, por lo tanto es menester indicar los artículo contrapuestos, y analizarlos desde la lógica y razonabilidad, los cuales son: 167 (estupro), 170, inciso 2 (abuso sexual); y 171, numeral 3 (violación).

Art. 167.- Estupro.- 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. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, pág. 58).

El presente artículo al manifestar que en caso de consentir en tener relaciones sexuales una persona mayor de catorce años de edad y menor dieciocho años de edad, con otra persona mayor de edad, se castigará la conducta reprochable, pero, solo se configurará, a través del engaño, lo cual vicia el consentimiento, y por lo tanto ya no sería un consentimiento válido, este engaño se puede configurar por el agente al realizar una falsa promesa al menor de edad que se va a casar con ella o él. Ahora bien, en caso de no recurrir el engaño y el adolescente consiente en tener relaciones sexuales, no configuraría figura penal alguna, dado que no sería una conducta penalmente reprochable, mucho menos lesiva, y por lo tanto no podría subsumirse en el mencionado tipo penal.

Art. 170.- Abuso sexual. - La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o

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

Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, pág. 59).

Esta tipificación es correcta y evidencia de manera clara la contradicción existente con el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, dado que de manera categórica establece que se configurará el delito de abuso sexual cuando la víctima en contra de su voluntad tenga que realizar algún acto de naturaleza sexual que satisfaga al agente agresor, ahora bien, el artículo también sanciona en caso de consentir, pero cuando la víctima sea menor de catorce años de edad, puesto que ese consentimiento es irrelevante, por lo tanto el cuerpo normativo está en lo correcto de sancionar dicha conducta antijurídica; pero aquí viene la dicotomía con el artículo a proponer reformar, dado que en caso de consentir un adolescente mayor de catorce años de edad en tener actos de naturaleza sexual con otra persona mayor de edad, la norma no tipifica dicha conducta, entonces, en caso de querer juzgar dicha conducta el juez no podría sancionarla, ya que es prohibido realizar analogía, es más, no existiría una conducta punible que deba ser castigada, por lo tanto al no ser prohibida, significa que es permitida por el ordenamiento jurídico penal.

Art. 171.- Violación. - Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro

viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

(...)

3. Cuando la víctima sea menor de catorce años. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, pág. 59).

El artículo le pone un freno al poder punitivo del Estado cuando el supuesto agresor del delito sexual no utilice fuerza, amenaza o intimidación, ni consentimiento viciado de un menor de catorce años edad para obtener la cópula; dado que el consentimiento de un adolescente mayor de catorce años de edad, debe tener validez, ya que la supuesta víctima al consentir de manera voluntaria, se le debería respetarse su decisión, por lo tanto la conducta del supuesto agresor estaría dentro del ámbito de lo permitido y por lo tanto no podría imputársele dicha conducta como penalmente relevante.

Para finalizar este análisis es menester indicar que los adolescentes mayores de catorce años de edad tienen el derecho constitucional a tomar decisiones libres y voluntarias respecto a su sexualidad, dado que el consentimiento del adolescente comprendido en la referida edad, excluye el tipo penal por el cual se pretenda juzgar al supuesto agresor.

El Código Orgánico Integral Penal al establecer en las disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años, lo realiza de manera

contraria a la normativa establecida en el cuerpo normativo ya citado, dado que se contraponen con tres delitos ya indicados que son: violación, abuso sexual y estupro.

“Art. 415.- Ejercicio privado de la acción penal.- Procede el ejercicio privado de la acción en los siguientes delitos: (...)
3. Estupro”. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, pág. 139).

El ejercicio de la acción penal privada solo se ejerce entre particulares, por lo tanto, el delito de estupro no puede ser representado por el Ministerio Público, dado que este delito consiste en tener acceso carnal con un adolescente mayor de catorce años de edad y menos de dieciocho años de edad.

Art. 441.- Víctima.- Se consideran víctimas, para efectos de aplicación de las normas de este Código, a las siguientes personas:

2. Quien ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, pág. 145)

Víctima de una infracción penal puede ser cualquier persona, sin importar sexo, religión o cultura, dado que se trata de la persona que sufre la erosión de la norma penal de manera directa o indirecta, y está puede ser por medio de violencia física, psicológica, sexual, entre otras.

Víctima también es quien sufre un daño (reparable o irreparable), o perjuicio que por lo general suele ser económico, por lo tanto, el Derecho Penal está

para garantizar una justa reparación a estas personas por la lesión de sus bienes jurídicos.

“4. Quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar”. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, pág. 145).

En los delitos de violencia contra la mujer o miembros de núcleo familiar así como en los delitos sexuales, lo agresores suelen ser por lo general miembros de núcleo en donde conviven, por lo tanto se convierten estos agredidos en víctimas constantes del mismo delito, dado que tienen a su agresor en el hogar, por lo tanto el Estado debería adoptar políticas necesarias para evitar esta constante revictimización y vulneración de derechos.

Art. 465.- Exámenes médicos y corporales.- Podrán efectuarse exámenes médicos o corporales de la persona procesada o de la víctima en caso de necesidad para constatar circunstancias relevantes para la investigación, de acuerdo con las siguientes reglas:

5. Se podrá solicitar un peritaje psicológico en los casos de violencia sexual, contra la mujer o miembros del núcleo familiar u otros delitos, especialmente cuando la víctima sea niña, niño, adolescente, adulto mayor o mujer embarazada. Estos se realizarán en centros especializados acreditados en esta temática. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, págs. 154-155).

Lo fundamental en un proceso penal son las pruebas para mostrar tanto la materialidad de la infracción, así como la responsabilidad del procesado que ha infringido la normativa penal; estas pruebas pueden ser de tres formas: a través del testimonio, documentos o pericia, es esta última de gran valía en delitos sexuales y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, estos peritajes consisten en pericias psicológicas que permiten entender en contexto de lo sucedido a través de la entrevista que realiza el especialista en la víctima, con el objetivo de llegar a un criterio preciso que se desarrollará en el respectivo informe al plasmar las conclusiones, y conjuntamente con esto defender su informe el perito en audiencia de juicio para acreditar su estudio pericial que permitirá motivar al juez a la toma de una decisión acertada en Derecho.

Art. 502.- Reglas generales.- La prueba y los elementos de convicción, obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas (...)
5. Las niñas, niños y adolescentes declararán sin juramento, pero con la presencia de sus representantes o un curador que será nombrado y posesionado en la misma audiencia de juicio. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, pág. 167).

Los niños y niñas aún son considerados como heteroadministrados, por lo tanto necesitan de la presencia de sus representante o curadores para poder declarar en audiencia de juicio oral, dado que al no realizarlo de la forma prescrita en este código, se estarían vulnerando derechos como el interés superior del niño, así como la prohibición de no revictimización.

Art. 504.- Versión o testimonio de niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores.- Las niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores, tendrán derecho a que su comparecencia ante la o el juzgador o fiscal, sea de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo. Para el cumplimiento de este derecho se utilizarán elementos técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares, por una sola vez. Se incorporará como prueba la grabación de la declaración en la audiencia de juicio. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, pág. 168)

El testimonio del niño o niña en delitos sexuales es fundamental para acreditar el modo, sujetos, tiempo y lugar de como ocurrieron los hechos y poder convencer al juzgador de la materialidad del delito así como la culpabilidad del infractor de la norma penal, por lo tanto el Estado le brinda a los niños y niñas que han sido víctima de estos delitos, la ventaja de comparecer a rendir su testimonio, a través de diversos elementos técnicos, como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia, entre otros, con el fin de no revictimizar a dichas personas, donde toda esta declaración deberá ser grabada y reproducida en audiencia de juicio de ser el caso y valorada por el órgano jurisdiccional correspondiente.

Art. 647.- Reglas.- El procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal deberá sustanciarse de conformidad con las siguientes reglas:

4. En los procesos que trata esta Sección no se ordenarán medidas cautelares y podrán concluir por abandono, desistimiento, remisión o

cualquier otra forma permitida por este Código. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, págs. 213-214).

Estas reglas son aplicables para todos los delitos de acción penal privada, donde quien propone la acción de querellar podrá abandonar, desistir, conciliar, etc, lo cual deberá ser respetado por el juez de Unidad Penal, así sea adolescente mayor de catorce años de edad quien desista, dado que tiene el derecho constitucional a decidir sobre su libertad sexual, como sería en caso en los delitos de estupro, dado que si desistiere o abandonare, se podría deber a que nunca se sintió engañado cuando tuvo relaciones sexuales con su supuesto agresor y por lo tanto su consentimiento fue válido.

Art. 649.- Audiencia de conciliación y juzgamiento. - Una vez que concluya el plazo para la presentación de la prueba documental y anunciación de testigos o peritos, la o el juzgador señalará día y hora para la audiencia final, en la que el querellante y querellado podrán llegar a una conciliación. El acuerdo se pondrá en conocimiento del juzgador para que ponga fin al proceso. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, pág. 214).

Como se ha indicado, es indispensable tomar en cuenta la decisión del querellante para saber si se continua o no con el proceso, dado que si se concilia podría terminar porque ha sido reparado de cierta manera; en el caso del delito de estupro, también puede desistir el adolescente mayor de catorce años de edad, debido a que ha llegado a un acuerdo reparatorio justo por parte de su agresor, por lo tanto el juez no podría actuar de oficio, sino,

únicamente escuchar al adolescente y respetar su decisión por lo cual daría fin al proceso penal de acción privada.

Art. 663.- Conciliación.- La conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal en los siguientes casos:

(...)

Se excluye de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, pág. 220).

El presente artículo de cierta manera es contradictorio a lo establecido en el mismo cuerpo normativo, dado que si puede existir conciliación entre la víctima mayor de catorce años de edad y su agresor en el delito de estupro, lo cual obliga al juez a aceptar la decisión adoptada por el adolescente y terminar el proceso. Todo lo dicho ha sido pronunciado por la Corte Constitucional, la cual obliga a aplicar sus precedentes de manera directa y eficaz.

“Art. 664.- Principios.- La conciliación se regirá por los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad”. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, pág. 221).

Los principios como bien se dice, son mandatos de máxima optimización lo cual permite hacer efectivos los derechos y garantías establecidos en las normas jurídicas, por lo tanto, un medio alternativo a la solución de conflictos es la conciliación, permitiendo flexibilizar el proceso penal, lo cual se cristaliza al ser aceptado por las partes el acuerdo acordado, teniendo este un valor legal y justo.

Art. 665.- Reglas generales.- La conciliación se sustanciará conforme con las siguientes reglas. (...)

5. Cumplido el acuerdo, la o el juzgador declarará la extinción del ejercicio de la acción penal.

(...)11. Revocada el acta o resolución de conciliación no podrá volver a concedérsela. (Código Orgánico Integral Penal, 2020, pág. 221)

El Código Orgánico Integral Penal, establece de manera clara que la conciliación declarará la extinción del ejercicio de la acción penal, en los delitos de acción penal privada, sucede lo mismo, donde se incluye el delito de estupro que es de naturaleza sexual y el cual puede ser conciliado, permitiendo al juzgador pronunciarse sobre dicho acuerdo, siempre y cuando se cumpla, de no ser así, no podrá volver a concedérsele. Todo esto con el fin de evitar una condena por parte del agresor y una justa reparación material e inmaterial por parte de la víctima.

4.4. Derecho comparado

4.4.1. Código Penal Colombiano

En la presente legislación realicé un análisis de las normas jurídicas que tienen estrecha relación a la problemática sobre el tema de la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales en el Código Orgánico Integral Penal, debiendo establecer las diferencias y semejanzas de la norma.

Artículo 208. Modificado por la Ley 1236 de 2008, artículo 4º. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. (Código Penal de Colombia, Ley 599 de 2000, pág. 55).

El presente Código tiene similitud con la legislación penal ecuatoriana, respecto de acceder carnalmente con una persona menor de 14 años y su punición, dejando también a la intemperie si el adolescente mayor de catorce años consintiera sería o no punible.

Respecto de la pena privativa de libertad difiere bastante con el Código Orgánico Integral Penal, dado que contiene otra dosimetría penal cuando se accede carnalmente a un menor de catorce años de edad

Artículo 209. Modificado por la Ley 1236 de 2008, artículo 5º. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales

diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años. (Código Penal de Colombia, Ley 599 de 2000, pág. 56).

Al igual que la legislación penal ecuatoriana, deja claro que si el adolescente es mayor de catorce años no sería punible dicho acto, dado que tendría validez ese consentimiento, similitud encontrada con la legislación penal ecuatoriana.

La diferencia es respecto a la pena privativa de libertad, diferente dosimetría, respecto del Código Orgánico Integral Penal, cuando la víctima es menor de catorce años de edad.

4.4.2. Código Penal Peruano

En la presente legislación realicé un análisis de las normas jurídicas que tienen estrecha relación a la problemática sobre el tema de la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales en el Código Orgánico Integral Penal, debiendo establecer las diferencias y semejanzas de la norma.

Artículo 173°.- Violación sexual de menor de edad:

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años. (Código Penal Peruano, 2016, pág. 118).

Esto da referencia que el acto sexual de un mayor de catorce años con previo consentimiento no sería punible, teniendo similitud con la legislación penal ecuatoriana, según la presente legislación peruana, por lo tanto, no habría una conducta penalmente relevante que castigar.

Respecto de la dosimetría penal, es lo único que se diferencia con el Código Orgánico Integral Penal, dejando sentado siempre y cuando la víctima tenga menos de catorce años de edad dicho consentimiento no tendrá validez.

Artículo 175°.- Seducción

El que, mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. (Código Penal Peruano, 2016, pág. 119).

Al igual que el estupro en la legislación ecuatoriana, sólo se configuraría la figura punible si media el engaño, pero en caso de no haberlo, no habría una conducta penalmente reprochable.

La pena privativa de libertad en el presente Código es más elevada que en Código Orgánico Integral Penal, dejando sentado que sólo se configura si se prueba el engaño establecido en el tipo penal de ambas legislaciones.

Artículo 176°-A.- Actos contra el pudor en menores

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170°, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.
2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años.
3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años. (Código Penal Peruano, 2016, pág. 120).

Nunca hace referencia si la víctima tiene más de catorce y menos de dieciocho años de edad, dando a sobreentender que el consentimiento tendría validez en esa referida edad del adolescente, teniendo similitud con la legislación penal ecuatoriana.

La diferencia es respecto de la pena, dado que el presente Código especifica más rangos en edades inferiores para punir la conducta disvaliosa.

4.4.3. Código Penal de Costa Rica

En la presente legislación realicé un análisis de las normas jurídicas que tienen estrecha relación a la problemática sobre el tema de la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales en el Código Orgánico Integral Penal, debiendo establecer las diferencias y semejanzas de la norma.

Artículo 159. Relaciones sexuales con personas menores de edad (*)

Será sancionado con pena de prisión, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona menor de edad, siempre que no constituya delito de violación, en los siguientes supuestos:

1) Con pena de prisión de tres a seis años, cuando la víctima sea mayor de trece y menor de quince años de edad, y el autor sea cinco o más años mayor que está en edad.

2) Con pena de prisión de dos a tres años, cuando la víctima sea mayor de quince y menor de dieciocho años, y el autor sea siete o más años mayor que está en edad. (Código Penal de Costa Rica, 2020, pág. 41).

En la presente legislación, en cambio, se especifica que si se obtiene la cópula con un mayor de catorce y menor de dieciocho, la conducta será punible, y sin necesidad que medie el engaño, dado que el tipo penal es claro y sin verbos rectores adicionales, por lo tanto es totalmente contrario a lo establecido al Código Orgánico Integral Penal.

Por todo lo expuesto en las tres legislaciones, es preciso indicar que la legislación del Perú me sirvió de base para fundamentar la reforma en la presente investigación jurídica.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. Materiales utilizados

Para el desarrollo de la presente investigación de tesis, se ha utilizado materiales que sirvieron para elaborar íntegramente el presente trabajo. De lo cual se utilizó bibliografía conceptual, doctrinaria, jurídica, Instrumentos Internacionales, Derecho Comparado y estudio de casos jurídicos, sobre la temática relacionada con la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales. También se utilizó materiales como, internet libros, leyes, computadora, fichas bibliográficas, nemotécnicas, cuadernos de borrados, y materiales de escritorio y oficina.

5.2. Métodos

Para el eficaz desarrollo del trabajo de investigación jurídica, se aplicó diversos métodos, destinados a la recopilación de información respecto del problema de tesis, lo cual permitió su fundamentación, estos son:

Método Científico: sirvió en la observación sistemática, medición, experimentación y la formulación, análisis y modificaciones de hipótesis. Este método permitió obtener nuevos conocimientos respecto del tema, al estudiar el consentimiento de los adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales.

Método Inductivo: permitió proceder a partir de premisas particulares para generar conclusiones generales. Este método sirvió de lleno en la problemática tratada para obtener al final una respuesta de carácter general de todo lo planteado, obviamente partiendo siempre de premisas conceptuales que permitió obtener una conclusión final.

Deductivo: sirvió para utilizar principios generales y llegar a una conclusión específica. Este método se utilizó para partir desde las leyes y llegar a concluir si es o no correcto lo que se estaba tratando en el ámbito del consentimiento de los adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales, permitiendo también obtener una solución a la hipótesis planteada.

Método comparativo: procedimiento que permitió encontrar semejanzas y diferencias entre dos o más problemas que se presentaron en el análisis. Este método permitió realizar comparaciones jurídicas de las mismas características presentes en otros países donde existen problemas de la misma índole.

Método Exegético: basándose en la hermenéutica jurídica de los textos normativos; esto es disposiciones jurídicas que en el presente caso se aplicó este método para interpretar de manera adecuada el artículo de la ley donde se centraba la problemática, dándole un sentido armónico con los demás cuerpos legales.

Método Dogmático: se atiende a los principios doctrinales como medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica. Este método sirvió para argumentar la tesis, a través, de los conocedores del derecho, quienes

en sus libros brindaron soluciones a la problemática desde sus puntos de vista.

Método Estadístico: consiste en una secuencia de procedimientos para el manejo de los datos cualitativos y cuantitativos de la investigación. Este método se utilizó, a través, de las respectivas encuestas que sirvieron para demostrar la importancia del problema tratado, brindando una solución fundamentada.

5.3. Procedimiento y técnicas

La investigación que se desarrolló se construyó basada en los lineamientos generales que ofrece la investigación científica, particularizando su alcance en el nivel jurídico, todo trabajo investigativo requiere planificación, por ello en este proyecto se permitió identificar los métodos, técnicas y procedimientos que se efectuó.

Una vez que el proyecto de tesis contó con el informe de pertinencia, estructura y coherencia, otorgado por el Docente nombrado por la autoridad académica, se inició a seleccionar los referentes bibliográficos que permitieron conceptualizar las categorías identificadas al redactar y seleccionar el problema jurídico.

En el desarrollo de la presente tesis se abordó las siguientes etapas: la primera etapa se orientó a la recolección de datos, siendo necesario el uso de

la técnica del fichaje, para el apoyo de información bibliográfica permitiendo ampliar los conocimientos respecto al tema materia de estudio, conjuntamente la técnica de archivo fue un complemento, siendo necesario el uso del internet, clasificando la información que a criterio personal sirvió como aporte.

En la segunda etapa se recopiló los datos de campo, puesto que por la naturaleza de la investigación se hizo uso de la técnica de encuestas, la misma que fue aplicada a 30 profesionales del derecho, quienes plantearon sus criterios respecto a "La validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales en el Código Orgánico Integral Penal", así mismo se utilizó la técnica de la entrevista, la cual se realizó a 5 especialistas del tema de investigación jurídica.

Por último, la tercera etapa de síntesis de resultados obtenidos, los cuales se encuentran apropiadamente representados en gráficos estadísticos, y a través de los métodos utilizados, se contrastó la hipótesis presentada y se verificó los objetivos planteados; métodos que colaboraron como soporte para elaborar las conclusiones, recomendaciones y seguidamente la propuesta jurídica que da solución al problema.

Concluido el sustento y fundamento teórico necesario para el trabajo de investigación, posteriormente, se presentó el desarrollo del trabajo de campo en todas sus dimensiones, de análisis, síntesis y representación de los resultados; los mismos que manifestaron la opinión de profesionales del

derecho, y los conocedores del tema de investigación en las diferentes posiciones, fundamentando los vacíos legales referente a la validez que debe tener el consentimiento de adolescentes mayores de catorce años en delitos sexuales, dado que la Constitución de la República del Ecuador establece el derecho a la libertad sexual y reproductiva y es la propia Corte Constitucional quien afirma que dicho derecho debe ser respetado por la familia y el Estado.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados obtenidos mediante la aplicación de las encuestas

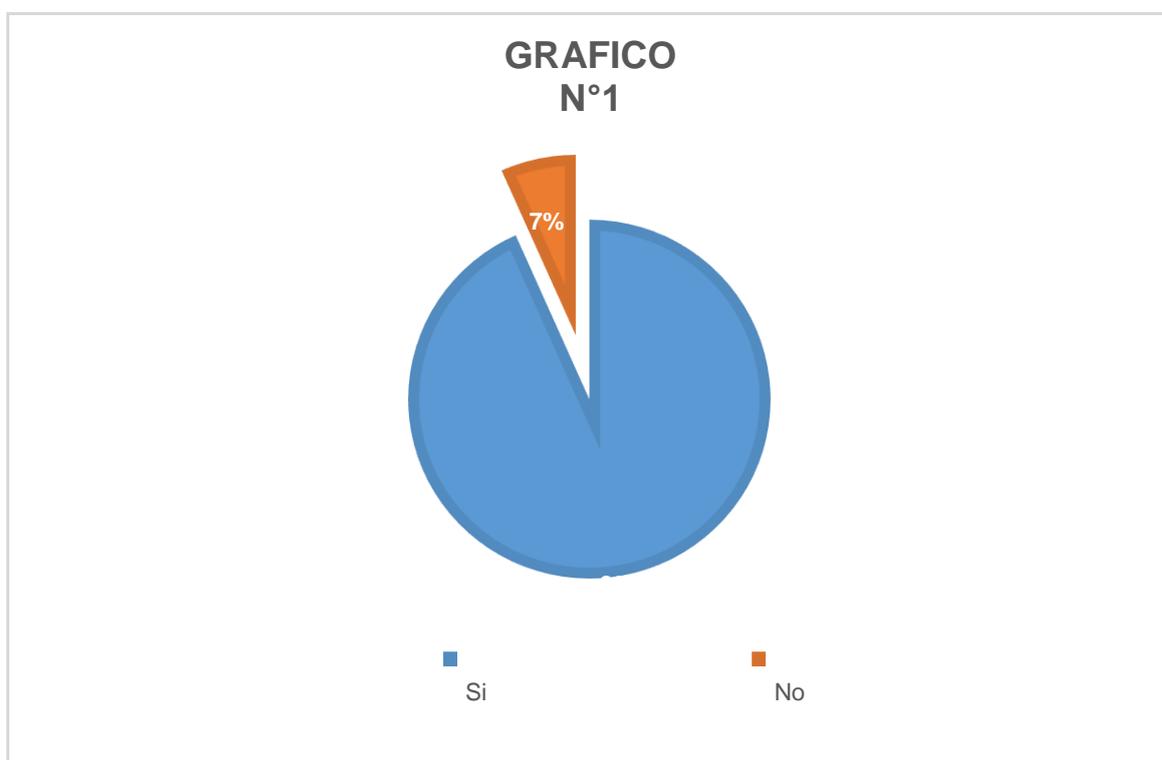
Como parte de la metodología a aplicar en el presente trabajo de titulación, el uso de encuestas fue de vital importancia al ser fuente fidedigna de información para sustentar la investigación. De esta manera a través de las preguntas pertinentes se ha logrado recabar lo que piensan los profesionales del derecho respecto de la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales. Además, se realiza el análisis pertinente a los diferentes criterios expresados por parte de los encuestados, logrando así establecer la opinión generalizada sobre la presente temática, sus posibles causas y consecuencias sugeridas por los profesionales que colaboraron respondiendo la encuesta. Por lo tanto, mediante esta técnica se examina toda información necesaria para complementar la investigación. De esta manera, se detalla a continuación todos los datos receptados a través de esta metodología y el análisis oportuno.

Primera Pregunta

¿Conoce usted sobre el régimen legal aplicable respecto de la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales en el Código Orgánico Integral Penal?

Cuadro N°1

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	28	93,3%
No	2	6,7%
Total	30	100,0%



Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja

Autor: Michael David Massa Pacheco

Interpretación: Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, la población investigada contestó afirmativamente en el número de 28 personas o abogados que constituye el 93,3 manifestando que sí, porque conocen el campo penal, específicamente la parte especial del Derecho Penal donde se estudia respecto a los delitos

sexuales que se juzgan a diario en los juzgados; mientras que 2 personas que representan el 6,7% contestaron negativamente, porque les falta estudio o conocimiento dentro del campo penal, más aún en delitos contra la libertad sexual.

Análisis:

Es importante advertir que la mayoría de la población investigada tiene conocimiento del régimen legal aplicable respecto de la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales en el Código Orgánico Integral Penal, por cuanto son profesionales del Derecho y en el ejercicio de su profesión constantemente están relacionados con la normativa jurídica a la que se refiere esta investigación.

El conocimiento de la población investigada sobre la ley que se pretende reformar es del todo positivo, ya que garantiza los resultados de la tesis que se propone y se materializa en la propuesta respectiva.

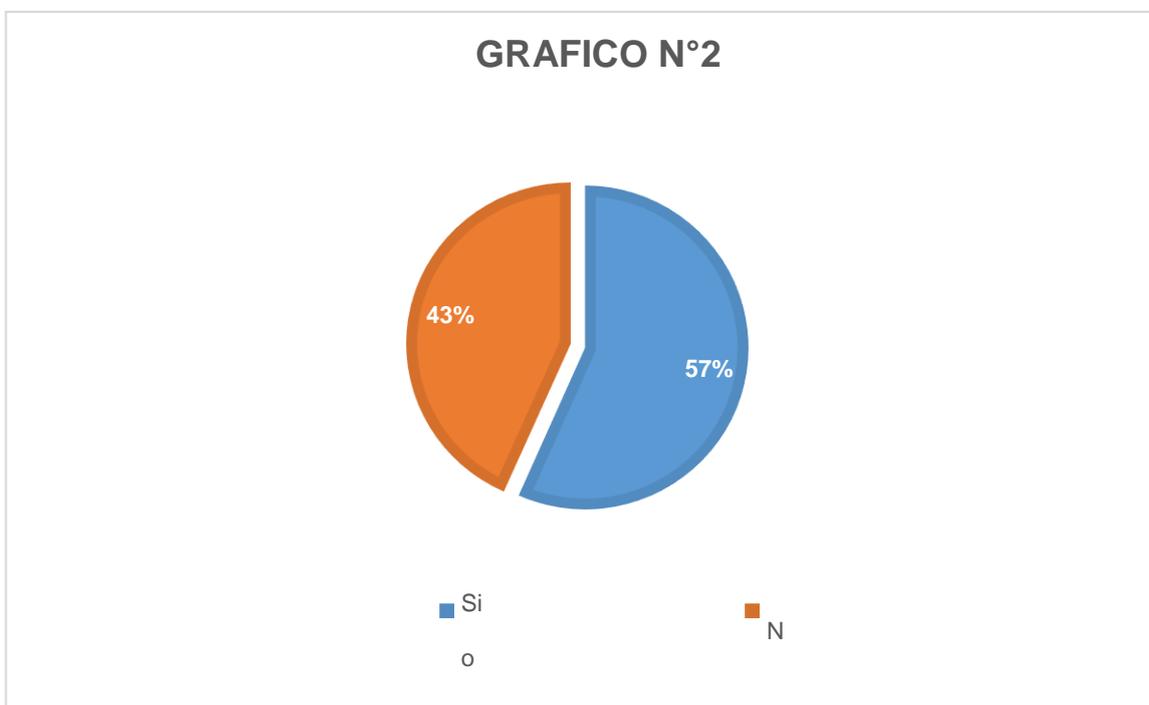
Los abogados que no conocen sobre el régimen aplicable legal en referencia, posiblemente obedece su desconocimiento a factores propios de la especialización en una determinada rama del Derecho o en el ejercicio de su profesión se dedican a procedimientos que no tienen pertinencia ni relación con la problemática que se investiga. Pero de ningún modo constituye una limitante para continuar la obtención de resultados mediante la encuesta.

Segunda Pregunta

¿Considera usted que existe limitación de derechos fundamentales que genera el numeral 5 del Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal al no considerar la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales?

Cuadro N°2

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	17	56,7%
No	13	43,3%
Total	30	100,0%



Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja

Autor: Michael David Massa Pacheco

Interpretación: Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, la población investigada contestó afirmativamente 17 personas o abogados que constituyen el 56,7% manifestando que sí, porque consideran que el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, limita varios derechos constitucionales, como la libertad sexual y reproductiva, manifestando que el adolescente ya está en plena capacidad de discernir y consentir en el acto sexual; mientras que 13 personas que representan el 43,3% contestaron negativamente, porque consideran que no existen limitaciones a derechos fundamentales, y tampoco debería existir cambios en la normativa positiva, dado que los menores de edad pueden ser utilizados con otros fines y porque no están en la capacidad de consentir un acto sexual.

Análisis: Es preciso advertir que la mayoría de la población investigada tiene conocimiento del régimen aplicable sobre la limitación de derechos fundamentales que genera el numeral 5 del Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal al no considerar la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales, por cuanto son profesionales del Derecho y en el ejercicio de su carrera constantemente están afines con la normativa jurídica a la que se refiere esta investigación.

El conocimiento de la población investigada sobre la ley que se pretende reformar es del todo positivo, ya que garantiza los resultados de la tesis que se propone y se materializa en la propuesta respectiva.

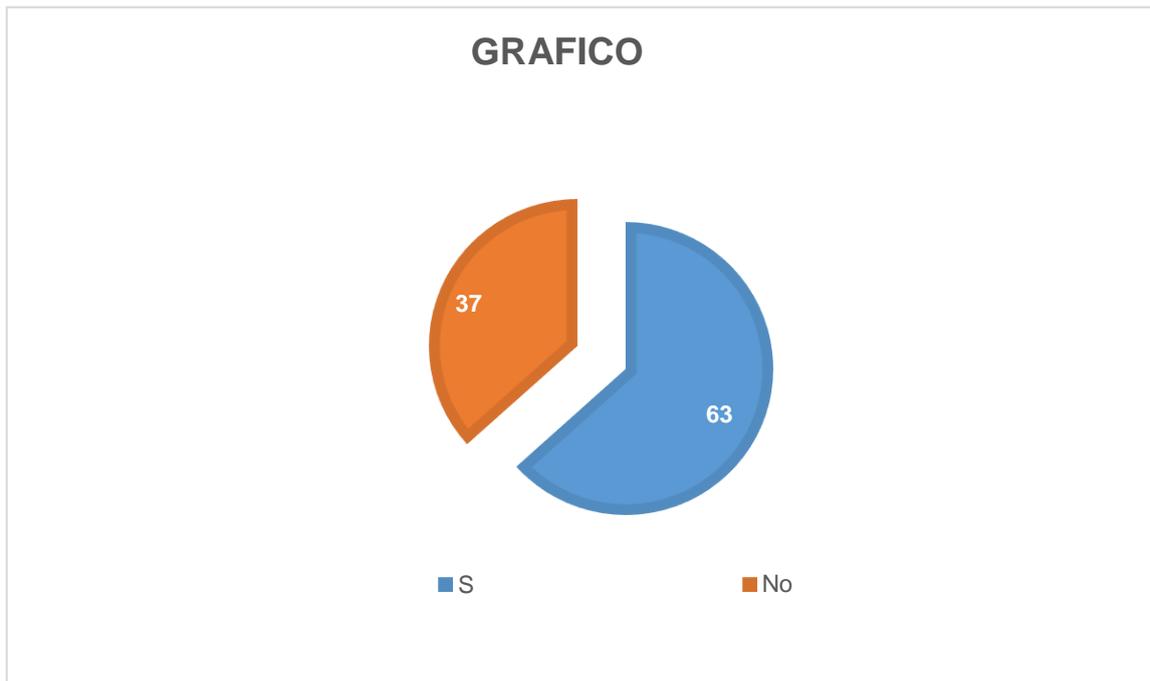
Los abogados que no conocen sobre las limitaciones de derechos fundamentales en referencia, posiblemente obedece su desconocimiento a factores propios de la especialización en una determinada rama del Derecho o en el ejercicio de su profesión se dedican a procedimientos que no tienen pertinencia ni relación con la problemática que se investiga. Pero de ningún modo constituye una limitante para continuar la obtención de resultados mediante la encuesta.

Tercera Pregunta

¿Cree usted que existe contradicción sobre la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales con el ordenamiento jurídico penal vigente?

Cuadro N°3

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	19	63,3%
No	11	36,7%
Total	30	100,0%



Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja

Autor: Michael David Massa Pacheco

Interpretación: Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, la población investigada contestó afirmativamente en el número de 19 personas o abogados que constituyen el 63,3% que manifestaron que sí, porque justifican su respuesta con base en que el consentimiento del adolescente mayor de catorce años de edad debe ser relevante y debe tener validez, dado que la Corte Constitucional ya se ha pronunciado al respecto, sobre todo en delitos de estupro, abuso sexual y violación debe ser válido ese consentimiento; mientras que 11 personas que representan el 36,7% contestaron negativamente porque se basaron en que la disposición del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal busca proteger los derechos de los niños y adolescentes, dado que pueden encontrarse en riesgo por su condición de vulnerabilidad y porque el acto sexual debe consentirse con la mayoría de edad.

Análisis: Es necesario advertir que la mayoría de la población investigada tiene conocimiento de la contradicción sobre la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales con el ordenamiento jurídico penal vigente, por cuanto son profesionales del Derecho y en el ejercicio de su profesión tenazmente están relacionados con la normativa jurídica a la que se refiere esta investigación.

El conocimiento de la población investigada sobre la ley que se procura reformar es del todo positivo, ya que garantiza los resultados de la tesis que se propone y se materializa en la propuesta respectiva.

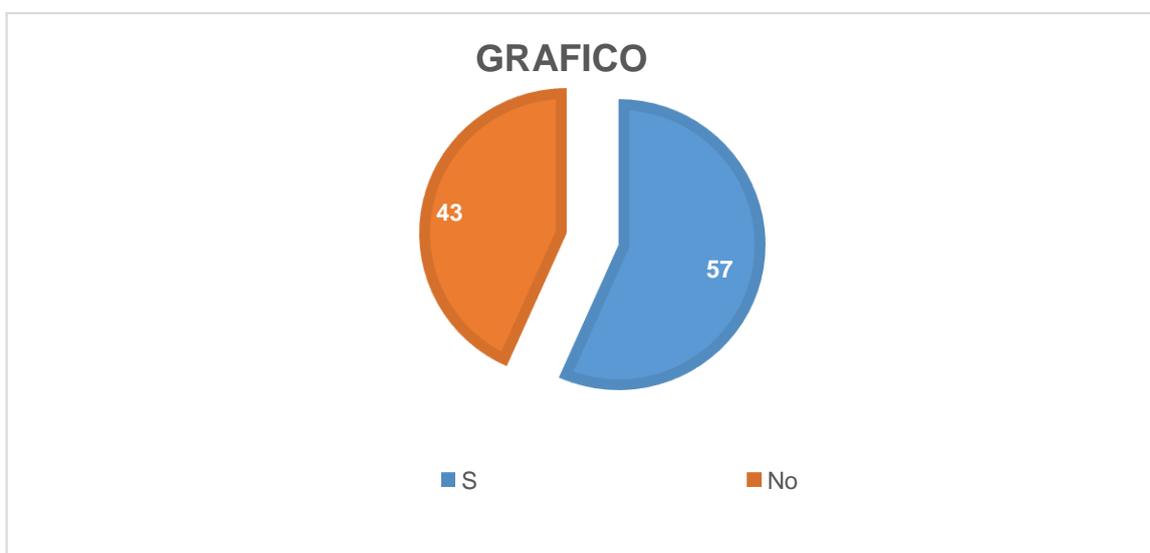
Los abogados que no conocen sobre la contradicción en referencia, posiblemente obedece su desconocimiento a factores propios de la especialización en una determinada rama del Derecho o en el ejercicio de su profesión se dedican a asuntos que no tienen pertinencia ni relación con la problemática que se investiga. Pero de ninguna manera constituye una limitante para continuar la obtención de resultados mediante la encuesta.

Cuarta Pregunta

¿Considera usted que la disposición establecida en el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, al establecer la irrelevancia del consentimiento en la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales, vulnera el derecho del adolescente en decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva?

Cuadro N°4

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	17	56,7%
No	13	43,3%
Total	30	100,0%



Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja

Autor: Michael David Massa Pacheco

Interpretación: Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, la población investigada contestó afirmativamente en el número de 17 personas o abogados que constituyen el 56,7% manifestando que sí, porque están conscientes que se violaría el derecho a la libertad del adolescente a decidir sobre vida sexual, reconocido en la Constitución de la República del Ecuador, y sobre todo porque ya se encuentran en capacidad de consentir; mientras que 13 personas que representan el 43,3% contestaron negativamente porque consideran que los

adolescentes no tienen capacidad para decidir sobre su vida sexual y reproductiva, y el Código Orgánico Integral Penal busca precautelar los derechos de los menores de edad.

Análisis: Es preciso indicar que la mayoría de la población investigada tiene conocimiento del de la disposición establecida en el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, al establecer la irrelevancia del consentimiento en la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales, vulnera el derecho del adolescente en decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, por cuanto son profesionales del Derecho y en el ejercicio de su profesión constantemente están relacionados con la normativa jurídica a la que se refiere esta investigación.

El conocimiento de la población investigada sobre la ley que se pretende reformar es del todo positivo, ya que certifica los resultados de la tesis que se propone y se materializa en la propuesta respectiva.

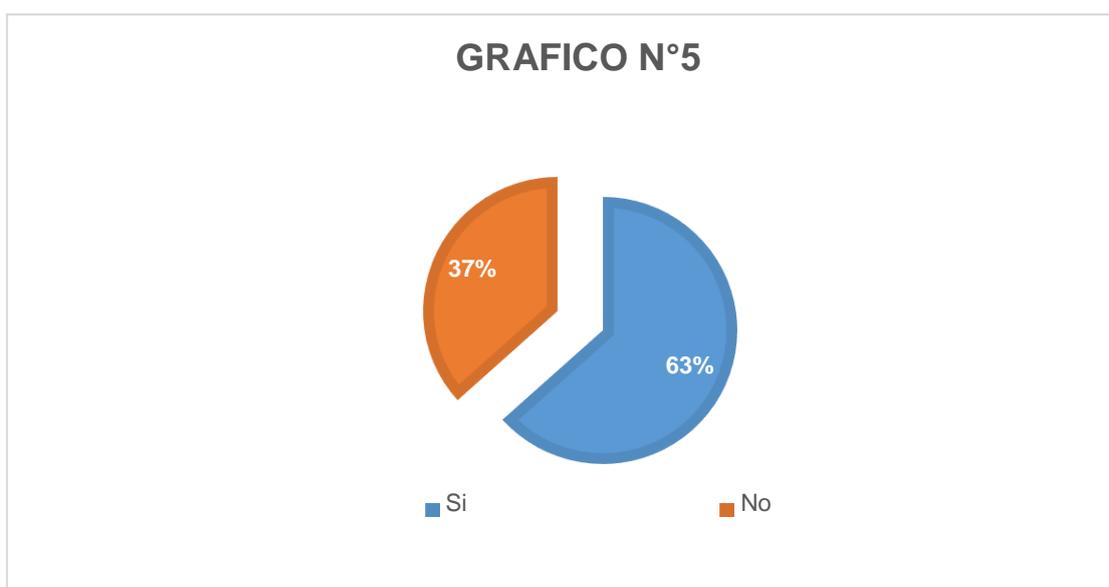
Los abogados que no conocen sobre la disposición en referencia, posiblemente obedece su desconocimiento a factores propios de la especialización en una determinada rama del Derecho o en el ejercicio de su profesión se dedican a procedimientos que no tienen pertinencia ni relación con la problemática que se investiga. Pero de ningún modo constituye una limitante para continuar la obtención de resultados mediante la encuesta.

Quinta Pregunta

¿Cree usted que la disposición referida en el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, se encuentra contradiciendo lo establecido en la doctrina de protección integral de los adolescentes, conjuntamente con los principios progresividad de derechos constitucionales, y del interés superior de la niñez y adolescencia?

Cuadro N°5

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	19	63,3%
No	11	36,7%
Total	30	100,0%



Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja

Autor: Michael David Massa Pacheco

Interpretación: Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, la población investigada contestó afirmativamente en el número de 19 personas o abogados que constituyen el 63,3% que manifestaron que sí, porque consideran que son derechos adquiridos desde tiempo atrás, por lo cual deben ser progresivos dichos derechos, más aun siendo derechos constitucionales, y tomando como referencia también el principio del interés superior del niño y adolescente el cual debe primar ante todo obstáculo legal; mientras que 11 personas que representan el 36,7% contestaron negativamente, porque toda actividad sexual llevada a cabo con un menor de edad siempre será una conducta delictiva, dado que no tienen experiencia en el ámbito sexual los menores de edad y porque se los debería proteger de una posible violación a su integridad.

Análisis: Es indispensable advertir que la mayoría de la población investigada tiene conocimiento respecto de la disposición referida en el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, se encuentra contradiciendo lo establecido en la doctrina de protección integral de los adolescentes, conjuntamente con los principios progresividad de derechos constitucionales, y del interés superior de la niñez y adolescencia, por cuanto son profesionales del Derecho y en el ejercicio de su profesión constantemente están relacionados con la normativa jurídica a la que se refiere esta investigación.

El conocimiento de la población investigada sobre la ley que se pretende reformar es del todo positivo, ya que avala los resultados de la tesis que se propone y se materializa en la propuesta respectiva.

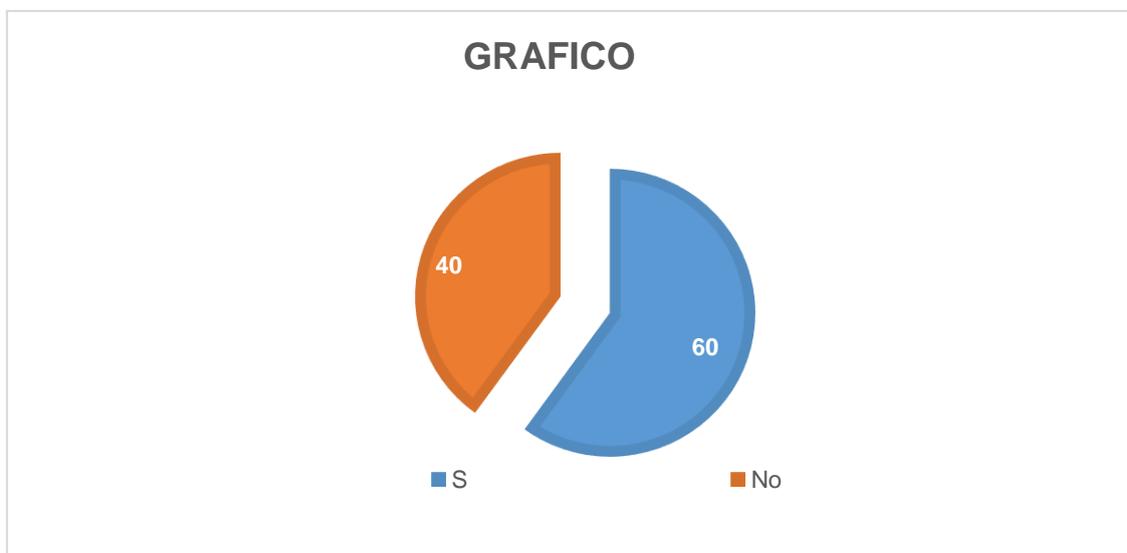
Los abogados que no conocen sobre la disposición en referencia, posiblemente obedece su desconocimiento a factores propios de la especialización en una determinada rama del Derecho o en el ejercicio de su profesión se dedican a procedimientos que no tienen conveniencia ni relación con la problemática que se investiga. Pero de ninguna manera constituye una limitante para continuar la obtención de resultados mediante la encuesta.

Sexta Pregunta

¿Está de acuerdo en reformar al Código Orgánico Integral Penal, estableciendo la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales?

Cuadro N°6

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	18	60,0%
No	12	40,0%
Total	30	100,0%



Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja

Autor: Michael David Massa Pacheco

Interpretación: Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, la población investigada contestó afirmativamente en el número de 18 personas o abogados que constituyen el 60% que manifestaron que sí, porque consideran que se debería reformar el Código Orgánico Integral Penal para que las normas no sean contradictorias respecto de delitos de estupro, abuso sexual y violación, y para tener un orden jurídico progresivo y sobre todo para que tenga validez dicho consentimiento y no sea sancionadas al supuesto agresor las referidas conductas; mientras que 12 personas que representan el 40% contestaron negativamente, donde no era necesario fundamentar su respuesta, sin embargo una persona consideró que no habría que reformar el Código Orgánico Integral Penal porque hay que revisar el caso en concreto.

Análisis: Es indispensable advertir que la mayoría de la población apuesta por reformar al Código Orgánico Integral Penal, estableciendo la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales, por cuanto son profesionales del Derecho y en el ejercicio de su profesión constantemente están relacionados con la normativa jurídica a la que se refiere esta investigación.

El conocimiento de la población investigada sobre la ley que se pretende reformar es del todo positivo, dado que garantiza los resultados de la tesis que se propone y se materializa en la propuesta respectiva.

Los abogados que no están de acuerdo con la reforma en referencia, posiblemente obedece su desconocimiento a factores propios de la especialización en una determinada rama del Derecho o en el ejercicio de su profesión se dedican a procedimientos que no tienen pertinencia ni relación con la problemática que se investiga. Pero de ninguna forma constituye una limitante para continuar la obtención de resultados mediante la encuesta.

Es preciso indicar que los abogados encuestados tuvieron la delicadeza de colaborar de forma oportuna y con solvencia profesional la inquietud cuyos resultados se analizan en esta sexta pregunta entrevista.

6.2. Resultados obtenidos mediante la aplicación de las entrevistas.

De conformidad con lo establecido en el trabajo de tesis, para el correcto desarrollo del presente trabajo de investigación se ha establecido la realización de entrevistas, entendiendo que es un medio para obtener criterios, posturas respecto al tema, y además, como técnica para la recopilación de información.

Esta técnica constó de un cuestionario de 5 preguntas, las que sin duda alguna, profundizaron más la presente investigación jurídica. La entrevista estuvo dirigida a 5 personas especialista en la materia.

Primera pregunta

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 66, numeral 9 garantiza el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual, en base a esta disposición la Corte Constitucional en sentencia 003 – 2018 se pronunció que los adolescentes están en plena capacidad anatómica y fisiológica de ejercer su sexualidad. Al respecto, ¿qué opinión le merece que en delitos sexuales el consentimiento del adolescente mayor de catorce años de edad tenga validez?

Respuestas:

Entrevista Nro.1.- Fiscal de la ciudad de Loja

Efectivamente en la Constitución de la República del Ecuador se establece esta garantía que tienen las personas y en base ya específicamente a la libertad sexual efectivamente a vivir en una vida libre de violencia, especialmente en el ámbito en que usted ha realizado la consulta.

El consentimiento básicamente al que hace referencia el Código Orgánico Integral Penal, ya para ejercer libremente de la libertad sexual al que hace referencia la Constitución de la República del Ecuador se establece en qué sentido, primero como la misma Corte Constitucional nos dice los menores de edad hablando en específico desde su nacimiento hasta los 18 años de edad son considerados como personas objetos de protección integral de la cual también hace referencia en Código de la Niñez y Adolescencia, sin embargo, obviamente se hace una diferenciación entre la edad de la niñez y el inicio de la adolescencia que estamos hablando, menores de 14 años son considerados niños en el ámbito jurídico ya para el tema de delitos sexuales; y de 14 a 18 años estamos hablando también de adolescente que también son considerados como objeto de protección pero ya la Corte Constitucional, refiere que de 14 años a 18 años serían ya no solamente objeto de protección sino sujetos de derechos.

Al referir al consentimiento si específicamente se direcciona el consentimiento valido al ámbito de la no coacción, no violencia y obviamente del tema del engaño para que no puede vulnerarse la libertad sexual de estos adolescentes.

Entrevista Nro.2.- Fiscal de la ciudad de Loja

La pregunta es sumamente importante, hay que partir por dos cuestiones, la Corte Constitucional hace una valoración sobre los adolescente que en cierta parte como lo dice la Constitución de la Republica, articulo 66 numeral 9 , bien podrían estar en la capacidad en el raciocinio para tomar sobre su vida sexual, partiendo de eso creo importante que el tipo penal del delito de violación siga manteniéndose cuando se menor de 14 años, la pregunta planteada es mayor de 14 años, en el legislador existe un vacío porque en el artículo 175, numeral 5, dice que cuando el consentimiento dado por la víctima es irrelevante sin embargo esa categoría no lo desarrolla en el Código Orgánico Integral Penal y creo que estaría relacionado con la Corte Constitucional, importante que un menor, mayor de catorce años, al momento de ver sobre su sexualidad sea importante que él tome su decisión por su propia cuenta.

Entrevista Nro.3.- Abogado en libre ejercicio de la ciudad de Loja

Bueno físicamente el ser humano ya ha concebido madurez por eso queda embarazado y puede procrear, pero que es lo que pasa cuando hablamos de violación, la misma violación debe ser sancionado, pero cuando el menor de 18 años y mayor de 14 años da su consentimiento, que es lo que aquí sucede, si él lo hizo con voluntad y conciencia, puede haber otro tipo de sanción pero no se lo sancione como un delito sexual, al delito sexual se lo debe sacar a ese rango de delito sexual que pueda ser una contravención pero no un delito sexual, él ya tiene voluntad y conciencia ya, sacando de la norma de la violación, que la violación va a hacer sancionada igual que en abuso sexual,

pero que es lo que pasa si se lo hace con voluntad y conciencia, anteriormente en Código Civil estaba capacidad, había el disenso, la capacidad, había la voluntad de los padres y con la voluntad de los padres y no se estaba sobreprotegiendo al menor, porque ahora estas leyes sesgada que nos van a generar es un conflicto social, siempre el hombre nos están viendo como que él es el malo y esto nos va a generar en conflictos sociales

Entrevista Nro.4.- Docente Universitaria de la ciudad de Loja

Realmente la Constitución enmarca el engranaje jurídico para que tenga fundamento todas las normas de menor jerarquía, es importante considerar la evolución histórica y la evolución que ha tenido nuestro ordenamiento jurídico, realmente cuando nosotros hablamos de los delitos sexuales estamos enmarcando que afecta el derecho a la intimidad sexual y reproductiva de un adolescente es importante el consentimiento de la víctima, pero el Código Orgánico Integral Penal claramente lo enmarca cuando la víctima es menor de 14 años aunque preste el consentimiento lo consideramos que es un delito de violación porque hay una norma expresa y la interpretación que se le debe dar a la norma se lo hace de acuerdo a lo que establece el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 14 usted puede ver las norma de interpretación que dicen en el sentido literal, incluso las que más favorezca la aplicación de los plenos derechos constitucionales en lo que garantiza la Constitución. De ahí es norma expresa en donde el legislador ya lo prevé que no podría configurarse otro tipo , además cuando el consentimiento es irrelevante, pero en el caso del estupro hablamos de un delito cuando el consentimiento cuando

la víctima es mayor de catorce años y menor de 18 que también lo enmarca, pero con la distinción en el caso concreto que son delitos de acción penal privada, recordemos usted que con la evolución que el Código Orgánico Integral Penal se trasladó de la institución pública a una privada; cuando hablamos de los delitos de acoso sexual realmente el testimonio, yo opino en el sentido claramente que no afecta el bien jurídico afectado cuando la víctima presta su consentimiento, si bien es cierto la Corte Constitucional se pronuncia en el sentido de que hay una resolución anatómica, fisiológicamente usted puede ver que en los 14 años de edad se enmarca una concepción biológica de que el adolescente ya puede tomar decisiones y por eso el mismo Código de la Niñez y Adolescencia enmarca ya delitos para los menores infractores con mayor sanción cuando ya tienen cierta edad, en este caso, la evolución, el derecho ha evolucionado, pero también con eso la sociedad ha ido cambiando, yo pienso que en este sentido pues los jóvenes con el avance de la ciencia, de la tecnología, ellos ya son capaces de poder discernir y cuando obviamente no habiendo ese forjamiento, cuando no se configuran los elementos esenciales del tipo penal pues este caso son conductas que no son relevante para el derecho penal, no son relevantes porque no hay colisión, no le veo con cual derecho colisiona cuando el menor de edad lo hace voluntariamente, accede voluntariamente y cuando lo hace voluntariamente vamos hablando ya de que hay situaciones que ahora como digo si ve adolescente, vamos a las estadísticas, menores de catorce años que ya están embarazadas, que ya han formado su hogar, son sexualmente activas, entonces tomando esa situación, ya no es como el tiempo de antes porque

hablamos de un derecho que va en progresividad y van progresando los derechos, van evolucionando, en el campo criminológico, nos quedaríamos en la etapa de las subculturas, en donde criminaliza y va sectorizando simplemente a los adolescente juveniles, a menores de edad por situaciones de cosmovisión o de estereotipo que tiene ellos, pero realmente en este sentido cuando los padres son los entes activos en donde le proporcionan todos los medios informáticos y tecnológicos, un niño que ve usted ahora en la edad de 11 o 12 años, está en la capacidad y conoce cuales con las actividades positivas y negativas y mucho más cuando es de la sexualidad porque es un tema que se discute hasta en los centros de educación.

Entrevista Nro.5.- Jueza de lo Penal de la ciudad de Loja

La Constitución de la República como la norma suprema de un Estado establece cuales son los derechos, las obligaciones de las personas, las funciones de las instituciones u organizaciones, su funcionamiento, efectivamente establecido en los derechos, traza en si el sistema de bienes jurídicos a protegerse en la legislación de un país y esta a su vez se desarrolla en a través de otras normas, como en este caso en aquellos bienes jurídicos objeto de tutela penal en el Código Orgánico Integral Penal, efectivamente reconoce la Constitución y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, sobre su vida y orientación sexual, ahora bien, ¿el adolescentes es un sujeto de derechos? por su puesto que es un sujeto de derechos el

adolescente pues tenemos la persona que aun superando los 12 no ha cumplido los 18 años de edad, ahora efectivamente de que se podría establecer que hasta cierto punto exista una contradicción con las disposiciones comunes a los delitos sexuales contenidas en el artículo 175, numeral 5 de Código Orgánico Integral Penal, donde se considera la irrelevancia de ese consentimiento; es un tema álgido a tratar, controversial ante todo porque también está el asunto de la inmadurez del adolescente para tomar decisiones sobre su vida sexual que tienen, cuyo ejercicio empieza a los 18 años, precisamente por las repercusiones que estas decisiones pueden tener en su vida.

También ha hecho referencia a la sentencia de la Corte Constitucional, ellos parten del hecho que de entorno a la intervención de padres, madres o las personas de cuyo cuidado se encuentren los adolescentes, qué injerencia puedan tener, bueno lo que se refiere la Corte Constitucional es que estas personas tienen la responsabilidad de darle al adolescente de dotarle de la información y las guías necesarias para que él tome decisiones responsables, que tome decisiones informadas, pero así mismo hace relación que cuando cesa esa esta autoridad tuitiva (protectora) de los padres como salvadores externos, en este caso restringe esta intervención si esta autoridad en cuanto esta se oponga, o transgreda en si su interés superior, esto es en cuanto al derecho a la información, a la educación y a la salud sexual y reproductiva, es decir, le establece un límite y ahora también está el asunto en que los adolescentes tienen el derecho a ser consultados en asuntos que los afecten. Por eso el Estado hasta cierto punto como salvador externo, como ellos se

refieren en dicha sentencia, impone algunas medidas que operen a favor del ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues sobre ellos fue muy discutida, también esta decisión de la Corte Constitucional, pero en un Estado en el cual, de derechos como es el nuestro y de justicia social, ante todo se observa la seguridad jurídica y las reglas que establecen el carácter de jurisprudencia vinculante que tienen este tipo de decisiones con efectos erga omnes.

Comentario del Entrevistador

Es indispensable advertir que toda población entrevistada tiene conocimiento respecto de la validez del consentimiento de los adolescentes en delitos sexuales, contemplado artículo 66, numeral 9 que garantiza el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual, por cuanto son profesionales del Derecho y en el ejercicio de su profesión constantemente están relacionados con la normativa jurídica a la que se refiere esta investigación.

El conocimiento de la población investigada sobre la validez del consentimiento del adolescente mayor de catorce años de edad en delitos sexuales, que es el tema que se pretende reformar es del todo positivo, ya que avala los resultados de la tesis que se propone y se materializa en la propuesta respectiva.

A más de ello, es indispensable rescatar que reforzaron su respuesta, basándose en la sentencia 003 – 2018 de la Corte Constitucional donde se indica que los adolescentes están en plena capacidad anatómica y fisiológica de ejercer su sexualidad.

Segunda pregunta

El numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece la solución de antinomias, cuando exista contradicción entre normas jurídicas, se aplicará la jerárquicamente superior. Para usted, ¿existe contradicción del artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, respecto de la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales con el ordenamiento constitucional del artículo 66 numeral 9?

Respuestas:

Entrevista Nro.1.- Fiscal de la ciudad de Loja

Básicamente si, este es un tema que ya se ha venido tratando con anterioridad justamente por la contradicción que existe entre el Código Orgánico Integral Penal o la normativa penal y nuestra Ley Suprema, sin embargo cada caso en concreto debe ser analizado con la particularidad y especificidad que requiere cada uno de estos casos, es decir , podríamos decir que el consentimiento de una persona menor de 18 y mayor de 14 es invalido, en caso de delitos sexuales o violación o acceso carnal entre un padre biológico y una hija, o entre un padrastro y su hijastra , entonces eso le hago

mención porque de ser el caso se podría plantear una denuncia direccionada en ese sentido en que la defensa podría mal interpretar estos criterios, especialmente de la Corte Constitucional en que esta persona menor o esta adolescente puede ejercer su libertad sexual y obviamente pueda consentir en el acto, es posible que se dé un consentimiento, pero habrá que analizar cada caso como en el presente las relaciones de poder que ejercer el padre en relación a su hija y obviamente como ella se encuentra en un estado de subordinación que no le permitirá dar un consentimiento del todo válido, entonces cada caso en concreto si debe ser analizado, existe si una contradicción, pero lo que yo considero que se debe hacer una reforma más amplia, no solo por el tema del consentimiento, sino también el análisis que cada caso requiere en cuanto al sujeto activo y sujeto pasivo.

Entrevista Nro.2.- Fiscal de la ciudad de Loja

Si, totalmente de acuerdo, existe una contradicción en razón de que lo que acabo de mencionar, el consentimiento dice el legislados en el Código Orgánico Integral Penal, menor de 18 años es irrelevante, sin embargo, eso no lo desarrolla cuando es mayor de 14 años

Entrevista Nro.3.- Abogado en libre ejercicio de la ciudad de Loja

Aquí hay totalmente la contradicción, no se aplica la Constitución, lo que dice el consentimiento de la víctima, en este caso supuestamente víctima entre comillas, no ha sido víctima, lo ha hecho con voluntad y conciencia que es

irrelevante en nuestra normativa actual , claro que es irrelevante, pero esto se debe reformar, porque si él lo consiente, tiene la voluntad y la Constitución le da la garantía, la resolución de la Corte Constitucional le da que él tiene plena libertad sexual, que el físicamente esta acto, anatómicamente, físicamente puede procrear, entonces porque limitarle con lo otro, si ya lo estamos protegiendo al menor en varios derechos, eso sería más bien una limitación a derechos.

Entrevista Nro.4.- Docente Universitaria de la ciudad de Loja

Si hay una contradicción, esta antinomia se ve reflejada y luego hay una producción de una conducta que se la traslada al campo penal y que luego es procesado donde se establece un juicio de reproche a la conducta del autor, pero, si nosotros analizamos como digo, cuales son los elementos que van a constituir el bien jurídico lesionado, cual es la conducta, o sea si habla del principio de lesividad, cual es la lesividad que se hace, de qué manera la persona actúa con su dolo o culpa para cometer la acción y hasta qué punto también hay que ver la víctima en este caso que presta el consentimiento no forma parte de todo este círculo que se establece como una forma de una relación entre la víctima y el victimario entonces yo considero que si hay que el legislador en esta parte debió haber tomado en cuenta bastante la situación de la evolución actual de los medios tecnológico, que hace que hasta un niño de 2 años ya conoce perfectamente los medios de comunicación, no se diga ahora más de 13 años.

Recalco el promedio de matrimonio, o de madres solteras y la relación sexual tiene en una edad temprana. Últimamente hasta los padres mismo les dan el preservativo a sus hijos para que lo tengan o en la escuela les explican la manera de cómo se debería usar.

Entrevista Nro.5.- Jueza de lo Penal de la ciudad de Loja

Si, podría ser, por cuanto se establece en el artículo 66, numeral 9, le da la facultad a las personas sujetos de derechos, incluidos los adolescentes a tomar decisiones libre, responsables e informadas sobre su vida sexual, ahora bien , tenemos que en el caso del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal se refiere al tema de los delitos sexuales, es decir, que también para evitar un poco la impunidad y también para evitar en sí esa vulnerabilidad de la que es en este caso sujeto un niño, niña o adolescente desde el punto de vista de su inmadurez para tomar y también de su vulnerabilidad que puede ser frente a voluntades de entre mayores, especialmente tomando en cuenta el desarrollo evolutivo, podría llevar a generarse impunidad en cuenta a los delitos sexuales. Entonces considero yo que esa sería la razón, aunque yo considero que tampoco puede desconocerse ya en la realidad y en los propios estudios que se han realizado de la edad temprana en la cual los jóvenes hoy en día inician su vida sexual, son muy precoces en ese sentido.

Comentario del Entrevistador

Es preciso advertir que toda población entrevistada tiene conocimiento respecto de la solución de antinomias establecido en el 1 del artículo 3 de la

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por cuanto son profesionales del Derecho y en el ejercicio de su profesión constantemente están relacionados con la normativa jurídica a la que se refiere esta investigación.

El conocimiento de la población investigada sobre la solución de antinomias, respecto de la jerarquización que tiene la Constitución de la República del Ecuador sobre el Código Orgánico Integral Penal es del todo positivo, ya que avala los resultados de la tesis que se propone y se materializa en la propuesta respectiva de reformar la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales con el ordenamiento constitucional

Tercera pregunta

¿Considera usted que la irrelevancia del consentimiento en la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales establecida en el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, se está contradiciendo a lo establecido en la doctrina de protección integral de los adolescentes y principio de progresividad de derechos?

Respuestas:

Entrevista Nro.1.- Fiscal de la ciudad de Loja

Lo manifestado en la segunda pregunta en cada caso en concreto debería ser analizado porque los adolescentes si bien ya han iniciado una etapa de cierta

manera una etapa de adultez temprana, No creo yo que puedan todavía embarcase en el ámbito de la sexualidad al 100% es decir que ellos van adquiriendo a medida que pasan los años una madurez cognitiva principalmente en el ámbito psicosexual, pero todavía no han desarrollado completamente su capacidad de distinguir entre lo que es correcto e incorrecto y por lo tanto si bien son sujetos de derechos, si debería ampliarse un poco más la normativa del Código de la Niñez y Adolescencia, el Código Orgánico Integral Penal, de la mano con la norma constitucional en cuanto en donde en sí se encuentran las etapas de desarrollo integral de una persona mayor de 14 y menor de 18 años para que conforme a este análisis científico esta base que es en relación a los niños niñas y adolescentes que se pueda también pensar en una reforma en ese sentido.

Entrevista Nro.2.- Fiscal de la ciudad de Loja

Sí, porque, hay dos cuestiones, el legislador, un motivo para determinar que el consentimiento dado por la víctima es irrelevante, uno de las consideraciones es que un menor de 18 años no tiene raciocinio para tomar una decisión de esta naturaleza, la Convención Interamericana de Derechos de los Niños determina que toda persona menor de 18 años, debe considerársela como niño, entonces creo que si hay una contradicción.

Entrevista Nro.3.- Abogado en libre ejercicio de la ciudad de Loja

Bueno la normativa nos dice así, que cuando la persona es menor de catorce años o menor de 18, hay parte que debe primero probarse el engaño para que haya el delito y acá cuando es menor de 14 solo probar la edad, pero no solo hablemos de la violación, hablemos de los otros delitos que dicen; pero la violación en cualquier edad va a hacer violación, aquí si él ha consentido libre y voluntariamente, si usted va a los colegios, la gente en los colegios y de acuerdo a las encuestas, muy pocos jóvenes no tienen relaciones sexuales y no tienen los 18 años y con mayores de edad, y solo el otro porque sea mayor de edad se lo sancione, porque no sería más bien proteger, sino perjudicar al ser humano.

Entrevista Nro.4.- Docente Universitaria de la ciudad de Loja

Hay que entender la doctrina de protección integral de los adolescentes, hablamos de un principio de protección en los derechos en las garantías que tienen los adolescentes, pero realmente en el campo de la doctrina de protección esa doctrina de protección no limita la circunstancia excepcional de que tienen que configurarse en la protección hasta donde debe protegerse, porque también hay un principio de fragmentariedad del derecho penal, que el derecho penal no está para proteger todo, también hay que atender la situación que un adolescente ya tiene la capacidad para poder discernir, eso no lo exime de la responsabilidad o la culpabilidad que él también pueda asumir en el rol protagónico que desempeñe, porque si tuviéramos todo de protección sería que están blindados todos los adolescente y frente a ello se establece un aparataje en donde es impenetrable la forma de poder excluir

incluso responsabilidad penal y nos quedaríamos con toda la carga para la persona del victimario .

Entrevista Nro.5.- Jueza de lo Penal de la ciudad de Loja

Considero de que podría analizarse en este caso, en delitos, tomando en cuenta que el tema de la voluntad de la víctima es preponderante para los elementos del tipo penal, si hablamos de violación, abuso sexual , estupro, ahora el consentimiento que da la victima menor de 18 años que sea irrelevante, bueno yo considero que es un tema bastante sensible pero que en todo caso si debería considerarse quizá no los 14 años, por ser edad muy temprana pero de pronto a lo mejor aquellos que ya han cumplido los 16 años, que incluso civilmente tienen la capacidad para contratar, para obligarse en materia civil, y si tomamos en consideración también que dentro de lo que es la responsabilidad si bien el adolescente, sus conducta que pueden estar consideradas como punibles en el Código Orgánico Integral Penal, no son sancionadas con la ley penal, pero sí lo son con medidas, socioeducativas que son una similitud para el adolescente en conflicto con la ley, entonces vemos que si existe un reconocimiento jurídico de la responsabilidad que tenga este adolescente, por eso yo considero de que debería analizarse este tema. No podríamos analizar los casos en concreto en este momento con la legislación que tenemos por el principio de la seguridad jurídica, debemos observar la ley definitivamente mientras esto no cambie, si seguirá siendo irrelevante el consentimiento en los delitos sexuales, para ellos ameritara un trabajo de reforma y la investigación que bien traído la plantea usted.

Comentario del Entrevistador

Es indispensable advertir que toda población entrevistada tiene conocimiento respecto del numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, donde se encuentra contradiciendo a lo establecido en la doctrina de protección integral de los adolescentes y principio de progresividad de derechos; por cuanto son profesionales del Derecho y en el ejercicio de su profesión constantemente están relacionados con la normativa jurídica a la que se refiere esta investigación.

El conocimiento de la población investigada sobre lo establecido en la doctrina de protección integral a los adolescentes y el principio de progresividad de derechos, es del todo positivo, ya que avala los resultados de la tesis que se propone y se materializa en la propuesta respectiva.

Es preciso indicar que también existió una opinión de gran valor al indicar que sería factible desde que el adolescente tenga 16 años de edad, el poder ejercer su sexualidad.

Cuarta pregunta

¿Podría indicar las limitaciones de derechos fundamentales que genera el numeral 5 del Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal al no considerar la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales?

Respuestas:

Entrevista Nro.1.- Fiscal de la ciudad de Loja

Las limitaciones que no toda conducta debe ser considerada como típica es decir que en cuanto a la validez del consentimiento esta debe ser analizada en todo el ámbito que requiere, no solamente en el ámbito jurídico, sino en el ámbito psicológico y, ¿por qué razón? porque puede plantarse un caso de una supuesta violación o un supuesto abuso sexual cuando efectivamente la persona adolescente en la que presuntamente se ha cometido el delito haya dado efectivamente un consentimiento y este analizando las circunstancias del hecho puede ser válido y puede estar afectando como la misma Corte Constitucional manifiesta, su libertad sexual, es decir siempre voy a llegar a la misma conclusión, cada caso debe ser analizado conforme a las circunstancias como se presenta.

Entrevista Nro.2.- Fiscal de la ciudad de Loja

Usted mismo lo ha indicado, En el artículo 66 numeral 9, da un derecho para toda persona y no está dando distinción si es mayor o si es menor de tal manera que limitar este derecho, sería restringir el derecho innato que tiene todo ser humano.

Entrevista Nro.3.- Abogado en libre ejercicio de la ciudad de Loja

Se afecta el derecho a tener una familia, a la plena libertad, si se procreara un hijo, a los derechos del menor también, a tener un padre a tener una madre, a tener un hogar como cualquier persona.

Entrevista Nro.4.- Docente Universitaria de la ciudad de Loja

Derecho a la integridad sexual sería afectado si hubiera forjamiento, cuando exista violación, cuando exista el estupro, incluso cuando hay el atentado al pudor, pero no le veo afectación a otros derechos, más que la libertad sexual.

Entrevista Nro.5.- Jueza de lo Penal de la ciudad de Loja

Podría hablarse que exista una contraposición con el artículo 66, numeral 9 de la Constitución que existe en si cierta contradicción sobre este tema, y también de lo que hablaba usted respecto de las antinomias de la lógica y ante una supremacía hablaríamos de la norma constitucional, pero como le digo no se ha planteado como un tema, por decir que se declare la inconstitucionalidad o la constitucionalidad condicionada de este artículo.

Comentario del Entrevistador

Es indispensable comentar que toda población entrevistada tiene conocimiento respecto las limitaciones de derechos fundamentales que genera el numeral 5 del Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal al no considerar la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce

años de edad en delitos sexuales; por cuanto son profesionales del Derecho y en el ejercicio de su profesión constantemente están relacionados con la normativa jurídica a la que se refiere esta investigación.

El conocimiento de la población investigada advierte que se limita el derecho a la libertad sexual y reproductiva, todo esto avala los resultados de la tesis que se propone y se materializa en la propuesta respectiva.

Quinta pregunta

¿Qué alternativa de solución sugiere?

Respuestas:

Entrevista Nro.1.- Fiscal de la ciudad de Loja

Debería patearse una reforma integral a mí criterio, a la normativa penal, al Código de la niñez y adolescencia ,a la Constitución de la República del Ecuador probablemente se pueda plantear en algún momento y a la Ley Orgánica Integral Para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, porque si analizamos los casos en específico que se resuelven o que se investigan en las fiscalías de violencia de género, la mayorías de casos, el 88% hasta 90% de casos que se plantean son en contra de niñas niños y adolescente y un 60% a 65% las personas agresoras están dentro del ámbito familiar, por eso si se plantea la reforma de una manera integral si se podría obtener resultados positivos que no afecten los derechos de ninguno.

Entrevista Nro.2.- Fiscal de la ciudad de Loja

El tema suyo más bien es sumamente importante, porque el legislador, en este caso concreto en los delitos sexuales, existe un vacío, de tal manera que debería verse una reforma para ver si el consentimiento dado por la víctima cuando es un delito de naturaleza sexual, debe ver si se lo mantiene o no.

Entrevista Nro.3.- Abogado en libre ejercicio de la ciudad de Loja

Entonces lo que yo si propondría que en vez de estar afectando sus derechos se creen unas escuelas de capacitación para hogares como Estado y genere una fuente de trabajo, y no solo estar pensando en sanción y sanción, porque de una manera las sanciones también se convierten en una carga para el Estado, tienen que alimentarlos, tienen que darles una vivienda. tienen que darles salud, tienen darles educación; y, la sobrepoblación carcelaria, tenemos una víctima y generamos otra víctima

Entrevista Nro.4.- Docente Universitaria de la ciudad de Loja

Despenalizar y desproporcionar y salir en un campo en donde se da la posibilidad también a hacerlos más responsables y a que asuman un rol de conciencia, porque si usted ve la inflación todo solucionamos con tipos penales, pero se debe establecer políticas de prevención, entonces enseñó a través de una política de prevención; el Estado asume como un ente especial, pero también la familia asoma como el rol principal regulador de la conducta es la familia. Luego asuma el Estado como un ente que va regulando porque

si dejamos todo al aparataje penal créalo que vamos a tener cárceles saturadas y seguimos con más inflación carcelaria y seguimos con problemas de no rehabilitación, con choques de colisión de derechos en las cárceles y realmente esto no funciona nada, si usted va penalizando más, va cercenando la posibilidad de que exista rehabilitación en el país.

Entrevista Nro.5.- Jueza de lo Penal de la ciudad de Loja

La constitucionalidad condicionada o la reforma del Código Orgánico Integral Penal, que usted sabe que el 24 de diciembre se publicó la reformas, pero no se esta parte, y yo considero que a veces influye que no se topen estas cuestiones sensibles, precisamente por el populismo penal, y porque usted sabe que la instancia legislativa es eminentemente política, porque estos temas a veces álgidos generan reacciones adversas en la ciudadanía, recuerde usted el tema matrimonio igualitarios, el propio tema que trajo a colación del asunto del ejercicio de los derechos sexuales de los adolescentes por lo cual considero que esto en su momento pesa pero, pero al momento debe irse aplicando la técnica jurídica , el derecho es dinámico, tiene que irse actualizando, yo pensaría que al menor podría pensarse en alguna reforma más bien de carácter legal a este tema, pero en personas o adolescentes que hayan cumplido al menos los 16 años, que se considere el asunto a una posible reforma a esta irrelevancia

Comentario del Entrevistador

Entre las sugerencias, se plasmaron las siguientes: la constitucionalidad condicionada o la reforma del Código Orgánico Integral; Despenalizar y desproporcionar; Reforma integral a la normativa penal, al Código de la niñez y Adolescencia, la Constitución de la República del Ecuador y a la Ley Orgánica Integral Para Prevenir y Erradicar La Violencia Contra Las Mujeres, todas estas sugerencias, sirven para consolidar el tema propuesto de reforma al problema respecto de la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en el Código Orgánico Integral Penal.

6.3. Estudio de Casos

Caso número 1

1. Datos referenciales

Quito D.M., 27 de junio de 2018.

Sentencia N.º 003-18-PJO-CC.

CASO N.º 0775-11-.TP.

2. Antecedentes

El 15 de marzo del 2011, el señor M.R.R.R, en su calidad de presidente de la Fundación Ciudadana Papá por Siempre presenta acción de protección en contra de la campaña para prevenir el embarazo adolescente elaborada por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador, representado entonces por el doctor D.C.A.

Según consta en la demanda, la acción de protección presentada por el señor M.R.R.R tiene como punto de partida una campaña de prevención del embarazo adolescente llevada a cabo por el Ministerio de Salud Pública, que incluía la entrega de preservativos a las y los adolescentes en general y de manera especial, a los comprendidos en el grupo etario de los 12 a 14 años.

El demandante fundamenta su acción de protección en la vulneración de los artículos 83 numeral 16, 69 numeral 1 y 85 numeral 2 de la Constitución de la República, por considerar que el Ministerio de Salud ha omitido tener en cuenta el punto de vista de los padres antes de iniciar tal campaña; y por lo tanto, está menoscabando su deber constitucional de educar a sus hijos e hijas.

El conocimiento de la acción de protección correspondió al Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, que en sentencia del 6 de abril del 2011, resuelve rechazar la acción de protección propuesta, por considerar, entre otras razones, las siguientes:

a) Que el Plan Nacional de Prevención del Embarazo en Adolescentes no puede ser considerado ilegal o atentatorio de derechos constitucionales ya que, con él, se pretende cumplir en forma efectiva con el Art. 32 de la Constitución, que consagra el derecho a la salud.

b) Que la acción de protección exige la protección frente a una lesión concreta, específica y fácilmente identificable, lo que en la especie no ocurre, pues no se ha determinado el daño real que puede causar la implementación del Plan Nacional de Prevención de Embarazo en

Adolescentes en el Ecuador. Las afirmaciones del accionante se basan en supuestos no determinados que permiten concluir que no existe violación real de derechos y garantías constitucionales ya que lo que se pretende es entregar información adecuada a la juventud en forma planificada, con el apoyo de los propios padres de familia a fin de garantizar a los mismos el derecho a una salud sexual digna y no promover, como afirma el accionante, que los adolescentes mantengan relaciones sexuales en forma abierta, sino todo lo contrario se busca proteger la salud de manera integral.

c) Que lo que se pretende con esta acción, es impedir que la información debidamente obtenida respecto a los fundamentos para implementar el Plan sea difundida a los menores de edad bajo la pretensión de que son únicamente los padres quienes deben educar sexualmente a los hijos cuando en realidad esto es un deber y obligación del Estado.

3. Resolución

Sentencia

Jurisprudencia Vinculante

Reglas.

1.- ¿Cuáles son los alcances y límites de la posibilidad de intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran los y las adolescentes, en relación a sus derechos sexuales y reproductivos?

La intervención de los padres, madres o la persona a cuyo cuidado se encuentran, sobre los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes, debe encaminarse a dotarles de la guía y las herramientas necesarias y suficientes que les permitan adoptar decisiones libres, informadas y responsables. Por lo tanto, corresponde únicamente a la o el adolescente decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, fundamentando sus decisiones en las herramientas otorgadas por la familia y el Estado, para la adopción de decisiones libres, informadas y responsables.

2.- ¿En qué momento cesa la autoridad tuitiva de los padres y puede intervenir un "salvador externo" como el Estado?

La autoridad tuitiva de los padres, madres o de cualquier persona encargada del cuidado de niñas, niños y adolescentes, cesa el momento en el que el ejercicio de la obligación de cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, vulnera su derecho a la información, a la educación y a la salud sexual y reproductiva, transgrediendo los principios constitucionales de su interés superior, su derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten, y su calidad de sujetos de derechos, activando la intervención del Estado como un "salvador externo" que imponga medidas que operen a favor del efectivo ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Efectos

La Corte considera que los pasajes de esta sentencia se deben aplicar con efecto inter pares a todos los casos en los que se encuentren en conflicto los

derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes con la obligación parental de educar a los hijos e hijas.

Decisión

La Corte Constitucional no ha decidido el caso concreto, en virtud de que ya ha sido resuelto por el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha.

La presente sentencia será publicada en el Registro Oficial y en el portal electrónico de la Corte Constitucional.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

4. Comentario

La Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación, refiere que le corresponde únicamente a los adolescentes decidir respecto de su vida, salud sexual y reproductiva, esto da a entender que los adolescentes ya son capaces de discernir respecto de su sexualidad, pero estas decisiones van conjuntamente con el apoyo del Estado, los padres, madres o la persona que esté a su cargo, con el fin de evitar que hagan mal uso de su derecho constitucional, y prevenir específicamente enfermedades venéreas y embarazos no deseados, en fin, la Corte Constitucional al dar paso a este derecho, la sociedad en general debe acatarlo y sobre todo respetarlo, y al fomentarse debe el Estado implementar políticas públicas para en estos temas, para que la sociedad tenga mejor capacitación y conocimiento respecto de su sexualidad, estas políticas públicas que se deben crear, siempre deben ir en pro de los derechos.

Caso número 2

1. Datos referenciales

Corte Suprema de Justicia de la República

IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial

Acuerdo Plenario No.- 4-2008/CJ-116

2. Antecedentes

Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con

el apoyo de la Secretaria Técnica designada al efecto –órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la aplicación del artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, referido al delito de violación de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, y el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete. Específicamente los temas materia de análisis se refieren a (1) la ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad entre catorce y dieciséis años; (2) la aplicación de responsabilidad restringida cuando el autor tiene entre dieciocho y veintiún años de edad; y, finalmente, (3) el alcance del fundamento jurídico undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena.

Todo esto permitiendo al adolescente decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, dando a entender que la voluntad del adolescente puede tener

gran relevancia y validez a la hora de juzgar delitos sexuales que permitirían volver atípica la conducta del supuesto agresor o en último de los casos permitiría atenuar la responsabilidad penal.

En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor Lecaros Cornejo, quien expresa el parecer del Pleno.

3. Resolución

En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

Acordaron:

Establecer como doctrina legal, el contenido de los fundamentos jurídicos seis a doce.

Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

Publicar el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano".

Hágase saber.

4. Comentario

La Corte Suprema de Justicia de la República, concluye que los mayores de catorce años de edad, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tocamientos de naturaleza sexual, lo cual convertiría la conducta del sujeto activo en atípica.

Respecto a la relación sexual voluntaria del adolescente mayor de catorce años de edad, se genera una exención de responsabilidad penal hacia el sujeto activo, sin importar la edad que este tenga, sea mayor o menor de edad aún, siempre y cuando no medie, ni violencia, grave amenaza o engaño.

En definitiva, al tener normas que no sancionan conductas de naturaleza sexual con adolescentes mayores de catorce años de edad (siempre que consientan), debe medir la favorabilidad para el sujeto activo, por lo tanto la conducta se volvería atípica y no sería penalmente relevante dicha acto.

Caso número 3

1. Datos referenciales

Quito, D.M., 12 de noviembre del 2019

Caso Nro. 12-19-CN

Sentencia Nro. 12-19-CN/19

2. Antecedentes

El 16 de enero del 2019, la madre de la adolescente de 14 años N.N.', formuló una querrela penal (acción penal privada) en contra del señor R.S.M.P (mayor de edad) por el delito de estupro, tipificado y sancionado en el artículo 167 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante "COIP").

Luego de haber sido aceptada la inhibición en razón de la materia por parte de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Ambato, la causa fue avocada en conocimiento el 31 de enero del 2019 por la Unidad Judicial de Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar con sede en el mismo cantón.

Efectuada la correspondiente citación al querrellado y habiendo este fijado casilla judicial para ejercer su derecho a la defensa en la causa durante la sustanciación de la misma, mediante providencia de 17 de abril del 2019, la jueza de la Unidad Judicial referida, Tania María Haro Figueroa concedió a las partes el "plazo (término) [sic] de seis días" para que presenten y soliciten prueba documental, peritajes y anuncien los testigos que deberán comparecer a la audiencia correspondiente.

El 13 de agosto del 2019, se llevó a cabo la audiencia de conciliación y juzgamiento. De la revisión de las piezas procesales, se advierte que por parte de querellante y querrellado se intentaron alcanzar fórmulas de solución, mediante acuerdo conciliatorio. Por disposición de la jueza, se suspendió la tramitación de la causa y, por lo tanto, no se dictó sentencia.

El 19 de agosto del 2019, la juez T.M.H.F remitió a la Corte Constitucional, una consulta de norma sobre la constitucionalidad del primer inciso del artículo 649 del Código Orgánico Integral Penal, que regula el funcionamiento de la audiencia de conciliación y la posibilidad de que en casos de delitos de acción privada, el querellante y el querellado puedan llegar a una conciliación y con ello, poner fin al proceso penal.

3. Resolución

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

1. Responder la consulta de constitucionalidad planteada por la Jueza de la Unidad Judicial de Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar con sede en el cantón Ambato, en los siguientes términos:

1.1. La conciliación en procesos de acción penal privada iniciados por estupro, es constitucional, siempre y cuando se realice la INTERPRETACIÓN CONFORME del artículo 649 del Código Orgánico Integral Penal, de acuerdo a lo siguiente:

a) A las y los adolescentes, como sujetos pasivos de la infracción penal de estupro, debe garantizárseles el derecho de ser escuchados por el juzgador, cuando los querellantes y los querellados propongan fórmulas de conciliación para terminar el proceso penal.

b) En todo momento en que el o la adolescente sea escuchado, el juzgador debe garantizar que tal declaración no implique una revictimización, ni que esto implique colocar al adolescente en una posición de subordinación o de confrontación directa con el querellado. Es responsabilidad del juez, por lo tanto, actuar conforme a la sana crítica para tutelar adecuadamente el derecho constitucional contenido en el artículo 78 de la Norma Suprema, en concordancia con lo establecido en el artículo 45 de la Constitución de la República. Finalmente, los jueces no pueden obligar a ningún adolescente a emitir su opinión sobre la terminación del proceso penal, por fuera de su voluntad.

2. Devolver el expediente a la judicatura de origen para que proceda con los criterios establecidos en esta sentencia dentro de la causa penal iniciada en la Unidad Judicial de Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar con sede en el cantón Ambato.

3. Poner en conocimiento del Consejo de la Judicatura la presente resolución a fin de que realice una debida y generalizada difusión, en las instancias pertinentes de la Función Judicial, en particular de las judicaturas con competencia en áreas penales y similares.

4. Notifíquese, publíquese y cúmplase

4. Comentario

Los adolescentes según la Constitución de la República del Ecuador, son sujetos de derechos y deben ser tratados como tales, por lo tanto, en la presente consulta realizada ante la Corte Constitucional, se resuelve que debe garantizárseles el derecho de ser escuchados por el juzgador, cuando los querellantes y los querellados propongan fórmulas de conciliación para terminar el proceso penal, siempre y cuando no implique una revictimización al adolescente mayor de catorce años de edad y menor de dieciocho años de edad

Por lo tanto, este medio alternativo a la solución de conflictos debe ser aplicado siempre y cuando se evite la subordinación o de confrontación directa del querellante con el querellado, con el fin de llegar a una fórmula de solución efectiva de solución de conflictos.

Todo esto permite ampliar el campo de la doctrina de protección integral de los adolescentes, garantizando su derecho a la libertad sexual y reproductiva, el cual debe ser garantizado y aplicado por el juzgador en delitos contra la integridad sexual y reproductiva como sería en el delito de estupro.

7. DISCUSIÓN

En la forma en que se ha ejecutado la investigación planificada permite que en este apartado se exprese la correspondiente verificación de objetivo y la contrastación de la hipótesis que se formuló en el proyecto de investigación jurídica.

7.1. Verificación de Objetivos

Se propuso como objetivo general el siguiente:

Desarrollar un estudio, conceptual, doctrinario y jurídico de la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales.

El presente objetivo fue verificado con el desarrollo del informe final permite demostrar que se realizó un estudio sistemático de la doctrina que sobre la problemática investigada existe. De este modo se presentó contenidos conceptuales, doctrinarios y jurídicos con lo cual se verifica el objetivo precitado. El en ámbito conceptual se hace referencia que hay categorías como Derecho Penal, Delito, Tipicidad, Bien Jurídico, Violación, Abuso Sexual, Estupro, el Engaño, Pubertad, Discernimiento, la Adolescencia, el Pudor, la Sexualidad, Acto Sexual, Libertad Sexual, Víctima, Consentimiento y Validez. Se indica también aspectos doctrinarios tales como: la Legalidad como principio constitucional, Seguridad Jurídica como estabilizador del orden

jurídico, Delitos Sexuales de Violación, Abuso sexual y Estupro, Bien Jurídico en delitos contra la integridad sexual y reproductiva, etapas del desarrollo del adolescente, el desarrollo de la sexualidad, estudio de la víctima en delitos sexuales. Apoyado en la información otorgado por los encuestados se presentó también la opinión de los mismos y un criterio personal en torno a estos, evidenciando con la mayoría de encuestados que la problemática que se formuló tuvo el asidero respectivo, justificando la investigación empíricamente. Por todo lo expuesto se ha cumplido positivamente el objetivo general propuesto.

Por otro lado, se propuso tres objetivos específicos que serán materia de esta discusión y se expresan en forma particular su verificación:

Establecer la limitación de derechos fundamentales que genera el numeral 5 del Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal al no considerar la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales.

Se verificó ese objetivo específico en la respuesta mayoritaria a la pregunta número dos de la encuesta y los criterios doctos de los entrevistados, se verificó positivamente el objetivo indicado sobre la limitación de Derechos fundamentales tales como la libertad sexual y reproductiva, el interés superior del niño, niña y adolescente, y la progresividad de derechos, que genera el numeral 5 del Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal, impidiendo una

armonización normativa de la ley citada con la Constitución que impide un avance progresivo de las normas jurídicas, incluyendo el estudio de casos tomando como referencia lo establecido por la Corte Constitucional del Ecuador y el Acuerdo Plenario del Perú, a más de ello se utilizó doctrina para verter sentido a lo que manifiestan los estudiosos del Derecho conjuntamente con la norma legal. Constituye un referente empírico importante poder establecer la limitación de derechos fundamentales que genera el numeral 5 del Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal al no considerar la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales, que al iniciar el proceso investigativo generaba ciertas dificultades dado la trascendencia socio jurídica del problema identificado.

El segundo objetivo específico se redactó de la siguiente forma:

Demostrar a través de doctrina, marco jurídico, resultados de encuestas y entrevistas, la contradicción existente sobre la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales con el ordenamiento jurídico penal.

Se comprueba con la respuesta mayoritaria de la población investigada, esto es encuestados y entrevistados y su respuesta a la tercera pregunta que les formuló se verificó el objetivo referido. Pese a que existieron criterios adversos al momento de presentar para su aprobación, el proyecto de investigación se

pudo verificar la pertinencia académica y jurídica de la problemática identificada y se fundamenta en forma empírica la necesidad de superar el vacío jurídico existente, donde hay que superar la irrelevancia del consentimiento en los menores de dieciocho años de edad en delitos sexuales. También se verificó de manera de manera precisa la contradicción existente respecto de la irrelevancia del consentimiento de la víctima, a través, del uso de la doctrina, donde se pudo obtener información relevante de los estudiosos del Derecho, conjuntamente con la normativa jurídica aplicable en estos casos, para apreciar la contradicción que existe en la normativa penal, así como la contradicción que existe con la Constitución que reconoce el derecho a la libertad sexual y reproductiva específicamente en el numeral 9 del artículo 66, donde la solución sería por la aplicación de las normas jerárquicamente superior que establece el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por lo tanto, lo recomendable sería siempre partir de la Constitución por ser la Norma Suprema para cualquier interpretación hacia normas infralegales.

El reto más importante en la investigación que se presenta ciertamente es generar una propuesta jurídica que permita solucionar el problema delimitado, ante ello se propuso el siguiente objetivo específico:

Presentar una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal, estableciendo la validez del

consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales.

Al final de esta investigación se presentó la propuesta jurídica de reformar el numeral 5 del artículo 175 de Código Orgánico Integral Penal.

La población investigada, que constó de abogados en libre ejercicio y especialistas en la rama del Derecho Penal, mayoritariamente estuvo de acuerdo con presentar una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal, estableciendo la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales, presentando como aportes que la reforma beneficiaría el goce del derecho a la libertad sexual y reproductiva, dado que ya son personas capaces de discernir lo bueno y malo, también establecieron que los derechos son progresivos y si el máximo órgano en materia constitucional como es la Corte Constitucional ya se pronunció al respecto, se debe respetar ese precedente vinculante, y por último, porque se respete el interés superior del adolescente; todo esto permitiendo aportar a lo establecido en la doctrina de protección integral de los adolescentes establecido en el numeral 5 del artículo 175 de la Constitución, así como su aplicación directa por ser la Constitución jerárquicamente superior a cualquier cuerpo normativo como lo establece el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. De esta forma se pudo verificar también el tercer objetivo específico y que resulta la tesis en sí, que mediante este trabajo se propone como aporte a la ciencia

jurídica y en las diferentes generaciones que lo revisarán y podrán notar la progresividad de derechos y transformación de los mismos el fenómeno de la dialéctica de la ciencia del Derecho.

7.2. Contratación de Hipótesis

Al planificar la investigación se propuso un supuesto científico social que podría o no verificarse y se lo redactó así:

“La disposición establecida en el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, al establecer la irrelevancia del consentimiento en la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales, vulnera el derecho del adolescente en decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, contradiciendo lo establecido en la doctrina de protección integral de los adolescentes y principio de progresividad de derechos.”

Con los diferentes criterios vertidos por los doctrinarios que se citó en la revisión de literatura tanto en los aspectos conceptuales como doctrinarios se evidenció la vulneración de derechos del adolescente a decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, así como el principio de progresividad, desarrollado y argumentado en el marco doctrinario y contrastado al realizar

las respectivas encuestas y entrevistas con profesionales del Derecho, en específico en el área penal.

La contrastación de la hipótesis significa poder demostrar que el supuesto jurídico establecido tuvo relevancia por la población investigada y se pudo explicar con criterios doctrinarios la validez que debe tener el consentimiento de la víctima mayor de catorce años de edad en delitos sexuales, donde se debe respetar sus derechos fundamentales como la libertad sexual y reproductiva, así como el interés superior del adolescente, lo cual permitió la procedencia y pertinencia de la reforma jurídica, en este sentido la hipótesis definida se contrasta positivamente por todos los aportes doctrinarios como: los principios constitucionales que deben ser respetados por el Estado, la clasificación y estudio de los delitos sexuales en específico el delito de violación, estupro y abuso sexual, el estudio de la víctima, el desarrollo de la sexualidad y las etapas del desarrollo del adolescente; jurídicos como: el estudio de la Constitución en armonía con el derecho a la libertad sexual y reproductiva, conjuntamente con los Instrumentos Internacionales, para llegar a relacionarlos con el Código Orgánico Integral Penal de donde parte la problemática de la presente investigación; y principalmente por el aporte de los encuestados y entrevistados que se pronunciaron favorablemente por la materialización de la propuesta de reforma que se redacta y presenta como producto final de esta investigación, permitiendo ampliar y solidificar la presente propuesta de reforma, dado que en su mayoría a más de estar de acuerdo, concluyeron que el Estado debe respetar el derecho de los

adolescentes mayores de catorce años de edad en tomar decisiones libres e informadas sobre su vida sexual y reproductiva, dado que ya tienen capacidad de comprensión y discernimiento, estableciendo que el artículo 175, numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal debe ser reformado por ser contrario con la misma normativa legal, y a la Constitución de la República del Ecuador al no respetar derechos constitucionales, y sobre todo por ser la Constitución una norma jerárquicamente superior a cualquier normativa infralegal.

7.3. Fundamentos jurídicos que sustentan la propuesta de reforma

La Constitución de la República del Ecuador en el numeral 9 del artículo 66, refiere el derechos a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual, la constitución no hace referencia a edad alguna, es por ello que a través de la sentencia de la Corte Constitucional se limitó que desde los adolescentes se tendrá esta libertad de decidir en tener relaciones sexuales, pero dentro de la presente investigación se incrementó dos años más en los adolescentes, o sea desde los catorce años de edad, dado que desde ese momento la persona está en plena capacidad de discernimiento.

También se tomó como fundamento jurídico la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes específicamente el artículo Art. 23, numeral 2 que hace referencia al derecho a la educación sexual la cual se impartirá en todos los niveles educativos y fomentará una conducta responsable en el ejercicio

de la sexualidad, orientada a su plena aceptación e identidad, así como, a la prevención de las enfermedades de transmisión sexual, el VIH (Sida), los embarazos no deseados y el abuso o violencia sexual, esto con el fin de encargar a la familia y sobre todo al Estado en crear políticas públicas que permiten a los jóvenes enseñarles cuales podrían ser los riesgos de consentir en acto sexuales; cuestión que también debería ser planteado en las universidades, como prevención, mas no como limitante de su derecho a la libertad sexual.

Esto quiere decir que partiendo de la Norma Suprema y Tratados Internacionales se debe respetar a toda persona en caso de decidir tener relaciones sexuales, considerando una edad límite desarrollada en el Código Orgánico Integral Penal, específicamente donde tipifica los delitos de estupro, abuso sexual y violación.

Dentro del delito de estupro, si el consentimiento de la víctima no se produce a través del engaño, no habría una conducta penalmente relevante por su agresor para que se le pueda realizar una imputación hacia su persona.

En el delito de abuso sexual, si la persona es mayor de edad y consiente con otra persona mayor de edad que puede ser su novio en realizar actos de naturaleza sexual, tampoco sería imputable para la persona adulta dado que no es una conducta típica.

En el delito de violación, si la persona consiente, sin haber precedido fuerza, amenaza o intimidación, sino sólo a través de su voluntad, no habrá tampoco delito alguno que castigar al supuesto agresor.

Los presentes tipos penales se contraponen con el artículo 175 numeral 5 cuerpo legal ya citado, dado que considera irrelevante el consentimiento de la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales, cuando en verdad debería tener validez dicho consentimiento para no contradecirse con las normativas ya tratadas.

Dentro del campo del Derecho Comparado se consideró el Código Penal Colombiano, en sus artículos 208 y 2009, que hacían referencia cuando se accede carnalmente y al realizar actos sexuales diferentes al acceso carnal, donde quedó claro que si es adolescente es mayor de 14 años no debería ser punible por no prohibir dichos actos sexuales la presente legislación comparadas

En el Código Penal Peruano se utilizó el artículo 173. Violación sexual de menor de edad, artículo 175. Seducción Y artículo 176-A.- Actos contra el pudor en menores, respecto a la seducción al igual que el estupro en la legislación ecuatoriana, sólo se configuraría la figura punible si media el engaño; tampoco habría violación si consiente el adolescente mayor de 14 años de edad en acceder carnalmente o realizar actos de naturaleza sexual con otra persona mayor de edad.

En el Código Penal de Costa Rica se utilizó el artículo 159. Relaciones sexuales con personas menores de edad donde especifica que si se obtiene la cópula con un mayor de catorce y menor de dieciocho, la conducta será punible, y sin necesidad que medie el engaño, dado que el tipo penal es claro, por lo tanto, es menester no compartir el articulado de la legislación penal de Costa Rica.

Se realizó encuestas a 30 abogados en libre ejercicio donde se contrastó la necesidad de un reforma al Código Orgánico Integral Penal, específicamente en el numeral 5 del artículo 175; y consigo se realizó 5 entrevista a especialista en la rama del Derecho Penal, quienes vertieron sus comentarios, considerando que el tema tratado es de gran relevancia, por lo tanto también están de acuerdo con la reforma al cuerpo normativo mencionado, con el fin de evitar el atropello a los derechos de libertad sexual y reproductiva, como al Derecho de protección integral de los niños y adolescentes, el principio del interés superior del niño y adolescente y tomando como referencia la progresividad de derechos constitucionales.

Respecto del estudio de casos se utilizó como la mejor herramienta jurídica la sentencia N.º 003-18-P.TO-CC, donde la Corte Constitucional especifica que los adolescentes están en plena capacidad anatómica y fisiológica, y poseen el Derecho a la libertad sexual y reproductiva para decidir sobre su cuerpo al realizar algún acto de naturaleza sexual.

En consideración al principio del interés superior del menor es menester indicar que sirvió para la construcción del presente trabajo de investigación

jurídica, dado que es un principio de gran valía que debe ser respetado no sólo por los familiares del menor, sino por parte del Estado, y debe ser tomado en cuenta con un principal interés en todas las materias. Respecto de la doctrina de protección integral es imprescindible que todos los adolescentes tendrán una legislación especializada, por lo tanto, tendrán una doble protección estatal y gozarán de los mismos derechos que todas las personas en general. En referencia a la progresividad de derechos es claro que no pueden decaer o ir en retroceso derechos ya adquiridos y reconocidos en la Norma Suprema como sería la libertad sexual y reproductiva que tendrían los adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales, derecho que será respetado en todas sus dimensiones.

Es indispensable hacer mención que existe una contradicción en el artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal con la Constitución de la República del Ecuador, por lo tanto, la solución sería aplicando la jerarquía normativa establecida en el artículo 3, numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, donde prevalecerá siempre lo que establezca la Norma Suprema.

Por todo lo expuesto la reforma en específico se basa en el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, con el objetivo de cambiar el sentido de esta disposición jurídica, y entablarlo con lo establecido en la misma ley, en armonía con la Constitución de la República del Ecuador, donde se considere válido el consentimiento de los adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales.

8. CONCLUSIONES

Luego de la ejecución de la investigación planificada he podido arribar a las siguientes conclusiones:

- Se estableció la existente limitación de derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, libertad sexual y reproductiva e integridad personal, que genera el numeral 5 del Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal.
- Se demostró, a través, de la bibliografía conceptual, doctrinaria, jurídica y Derecho Comparado la vulneración de derechos del adolescente a decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, retrotrayendo derechos ya consagrados en la Constitución e impidiendo su progresividad.
- Se estableció semejanzas y diferencias con otras legislaciones, en especial la del Perú para fundamentar la propuesta trazada, respecto a la validez del consentimiento en adolescente mayores de catorce años de edad en delitos sexuales, legislación que posee la misma problemática no tratada aún, siendo un nuevo campo de estudio el propuesto en la investigación jurídica, y más aún en el campo de delitos sexuales.

- Pese a que la Constitución de la República del Ecuador protege libertad sexual de las personas, en especial de adolescentes, la legislación secundaria no desarrolla dicha protección, contradiciendo la norma Suprema.
- Los abogados entrevistados consideran que existe limitación de derechos fundamentales que genera el numeral 5 del Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal al no considerar la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales.
- Los abogados encuestados manifestaron que existe contradicción sobre la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales con el ordenamiento jurídico penal vigente.
- Los abogados consultados consideraron que la disposición establecida en el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, al establecer la irrelevancia del consentimiento en la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales, vulnera el derecho del adolescente en decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva.
- Los abogados expusieron que la disposición referida en el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, se encuentra contradiciendo lo establecido en la doctrina de protección integral de los adolescentes, conjuntamente con los principios progresividad de

derechos constitucionales, y del interés superior de la niñez y adolescencia.

- La población investigada consideró necesario reformar al Código Orgánico Integral Penal, estableciendo la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales.
- Se demostró a través de la sentencia Nro. 003-18-P.TO-CC, caso Nro. 0775-11-.TP, de fecha 27 de junio de 2018 emitida por la Corte Constitucional que restringir el derecho del adolescente a decidir sobre su vida sexual y reproductiva, es privarle de derechos y garantías establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, y más aún si dicha prohibición viene por parte del Estado o la familia.

9. RECOMENDACIONES

- Que la sociedad ecuatoriana considere el problema de la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años de edad como un fenómeno jurídico que debe superarse.
- Que las universidades, escuelas politécnicas e institutos superiores tecnológicos deberían tratar eventos académicos de educación sexual y reproductiva.
- Que las escuelas y colegios, a través de políticas de Estado, promuevan la educación sexual y reproductiva para generar madurez y conocimiento dentro de niños y adolescentes.
- Que el Foro de Abogados mediante conversatorios y otras técnicas de diálogo y socialización debatan el problema de la validez del consentimiento en la víctima mayor de catorce años de edad en delitos sexuales.
- Que la Asamblea Nacional considerando la función de investigación de las universidades recoja las propuestas de reformas legales que se generan mediante las tesis de grado.
- Que la Universidad Nacional de Loja promueva y difunda esta investigación como fruto de un proceso académico generativo ante la Asamblea Nacional del Ecuador.

9.1. Propuesta de Reforma Jurídica

Como corolario de la investigación que se desarrolló se presenta la siguiente propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal.

Reformas al Código Orgánico Integral Penal



H. Asamblea Nacional del Ecuador

Considerando

Que: la Constitución de la República del Ecuador garantiza la libertad sexual en el artículo 66, numeral 9.

Que: la Constitución de la República del Ecuador garantiza la progresividad de derechos en el artículo 11, numeral 8.

Que: la Constitución de la República del Ecuador establece la aplicación de los principios de la doctrina de protección integral de las niñas, niños y adolescentes en el artículo 175.

Que: en la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes se hace referencia al derecho a la educación sexual.

Que: en el Código de la niñez y adolescencia se hace referencia al principio del interés del niño, el cual establece un equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías, en el artículo 11, inciso segundo.

Que: es necesario que el consentimiento del adolescente sea válido para excluir el tipo penal por el cual se pretenda juzgar al supuesto agresor.

En ejercicio de la atribución que le confiere el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador y el numeral 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Artículo. - 1. El numeral 5 del artículo 175 dirá **"En los delitos sexuales el consentimiento dado por la víctima mayor de catorce años de edad tendrá validez, será valorada por el Juez"**.

El juez valorará si la conducta del agresor será típica o atípica, cuando medie el consentimiento de por medio de la víctima mayor de catorce años edad.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente ley entrará en vigencia luego de su promulgación y publicación en el Registro Oficial.

Dada y suscrita en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los 9 días del mes de marzo de 2020.

.....

Secretaria General de la Asamblea Nacional

10. BIBLIOGRAFÍA

Doctrinario

Acosta, R. (2011). Mis Valores en la Sexualidad y afectividad. Quito:

GRAFITEXT.

Albán, E. (2018). Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte Especial

Tomol. Quito, Ecuador: Ediciones Legales EDLE S.A.

Alonso, M. (2001). La afectividad en el NIÑO Manual de actividades
preescolares. Ciudad de México: Trillas.

Andrade , F., Cordero, R., & Maxi, D. (1999). DICCIONARIO JURÍDICO

ANBAR con Legislación Ecuatoriana (Vol. V). Cuenca: finde de cultura
ecuatoriana.

Andrade, F., Cordero, R., & Maxi, D. (1998). Diccionario Jurídico Anbar con

Legislación Ecuatoriana (Vol. II). Cuenca: fondo de cultura
ecuatoriana.

Balmaceda, G. (2014). Manual de Derecho Penal Parte Especial. Santiago
de Chile: Librotecnia.

Basile, A. (2001). Fundamentos de Medicina Legal Deontología y Bioética.

Buenos Aires: El Ateneo.

Brito, M. A. (2000). Sexo Violento. Loja - Ecuador: Facultad de

Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja.

Cabanellas de Torres, G. (1998). Diccionario Jurídico Elemental (1998 ed.).
Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

Cabanellas de Torres, G. (2004). DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL.
Buenos Aires: Heliasta.

Cabanellas, G. (1998). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo
VIII. Buenos Aires: Heliasta.

Cabanellas, G. (2003). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires:
Heliasta.

Cabanellas, G. (2012). Diccionario de Ciencias Jurídicas. Buenos Aires:
Heliasta.

Cáceres, P., Díaz, J., & Añorga, J. (2009). Diccionario Etimológico. Lima -
Perú: Ediciones Científicas.

Caro, D., Reyna, L., & Reátegui, J. (2016). Derecho Penal Económico Parte
General Tomo I. Lima: Jurista.

Creus, C. (1998). Derecho Penal Parte Especial Tomo I. Buenos Aires:
Astrea.

Donna, E. (1999). Derecho Penal Parte Especial Tomo I. Buenos Aires:
Rubinzal - Culzoni.

Donna, E. (2011). Derecho Penal Parte Especial. Buenos Aires: Rubinzal -
Culzoni.

Dorsch, F. (1994). Diccionario de Psicología. Barcelona: Herder.

- Ediciones Castell. (1981). Diccionario Enciclopédico. España: Castell.
- Encalada, P. (2015). Teoría Constitucional del Delito, Análisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal. Quito: CEP.
- Escobar, E. (2013). Los Delitos Sexuales. Bogotá: Leyer.
- García, P. (2012). DERECHO PENAL PARTE GENERAL Segunda Edición. Lima: JURISTA editores.
- Gispert , C., José , G., & José, V. (2003). Oceano Uno Color Diccionario Enciclopédico. Barcelona: Oceano.
- Granja, P. (2019). ¿QUÉ ES Y QUÉ NO ES EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO? Ecuador: DIPC Agencia Gráfica.
- Henri Capitant. (1961). Vocabulario Jurídico . Buenos Aires: Depalma.
- Hernández , G., & Jaramillo , C. (2003). La educación sexual de la primera infancia Guía para madres, padres y profesorado de Educación Infantil. Madrid: SAOR Artes gráficas.
- Mir, S. (2003). INTRODUCCIONES A LAS BASES DEL DERECHO PENAL. Montevideo: B de F Ltda.
- Morillas, D., Patró, R., & Aguilar, M. (2014). Victimología: Un Estudio Sobre La Víctima y Los Procesos de Victimización. Madrid: Dykinson.
- Muñoz, F. (2017). Derecho Penal Parte Especial. Valencia : Tirant Lo Blanch.
- Muñoz, F. (2018). Teoría General Del Delito. Bogotá - Colombia: Temis S.A.

- Muñoz, F., & García, M. (2012). Derecho Penal Parte Especial. México D.F.: Tirant Lo blanch México.
- Ortiz, M., & Perez, V. (2004). Léxico Jurídico Para Estudiantes. Madrid: TECNOS.
- Ossorio, M. (2002). DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES. Buenos Aires: Heliasta.
- Oyarte, R. (2016). Debido Proceso. Quito: CEP.
- Pabón, P. (2005). DELITOS SEXUALES LA SEXUALIDAD HUMANA Y SU PROTECCIÓN PENAL. Bogotá: EDICIONES DOCTRINA Y LEY LTDA.
- Pachar, J. (2011). Medicina Legal y Forense. República de Panamá: Articsa.
- Peña, A. (2015). LOS DELITOS SEXUALES Análisis dogmático, jurisprudencial y criminológico. Buenos Aires: VALLETTA EDICIONES.
- Podestá, Marta; Rovea, Ofelia ;. (2012). Abuso Sexual Infantil Intrafamiliar Un Abordaje desde el Trabajo Social. Buenos Aires: ESPACIO.
- Rathus, S., Nevid, J., & Fichner - Rathus, L. (2005). Sexualidad Humana. Madrid : Pearson Educación, S.A.
- Real Academia Española. (2014). Diccionario de la Lengua Española. Barcelona: Espasa.

- Rodriguez, F. (2019). Curso de Derecho Penal Parte General Tomo I
Introducción al Derecho Penal. Quito, Ecuador: Cevallos.
- Rodriguez, F. (2019). Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II Teoría
del Delito. Quito, Ecuador: Cevallos.
- Rubio, P. (2010). Victimología Forense y Derecho Penal. Valencia: Tirant Lo
Blanch.
- Ruíz, A., Aguirre, P. J., & Avila, D. F. (2017). Desarrollo Jurisprudencial de la
primera Corte Constitucional. Quito, Ecuador: Secretaría Técnica
Jurisdiccional Corte Constitucional del Ecuador.
- Sentencia de la Corte Constitucional N.º 003-18-P.TO-CC, 0775-11-TP
(CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR 27 de 06 de 2018).
- Silva, J., & Ragués, R. (2018). LECCIONES DE DERECHO PENAL PARTE
ESPECIAL. Barcelona: Atelier.
- Tenca, a. (2013). Delitos Sexuales. Buenos Aires: Astrea.
- Tenca, A. M. (2009). Delitos Sexuales. Buenos Aires: Astrea.
- Triones, M., & Gallardo, J. (2000). PSICOLOGÍA DE LA EDUCACIÓN Y
DEL DESARROLLO. Madrid: EDICIONES PIRÁMIDE.
- Trujillo, J. (2013). CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO. Quito:
CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL.

Yávar, F. (2015). ORIENTACIONES DESDE EL ART. 1 AL 250 COIP
CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL . Guayaquil :
PRODUCCIONES JURÍDICAS FERYANÚ.

Zambrano, A. (2017). Derecho Penal Parte General. Guayaquil: Murillo
Editores.

Zavala, J. (2004). Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo II. Guayaquil:
Edino.

Normativo

Código Orgánico Integral Penal. (02 de 07 de 2020). Asamblea Nacional del
Ecuador. Registro Oficial, 175.5. Quito, Ecuador: LEXISFINDER.

Código Penal de Colombia. (Ley 599 de 2000). LEXIS FINDER.

Código Penal de Costa Rica. (Enero de 2020). LEXIS ECUADOR.

Código Penal Peruano. (24 de mayo de 2016). Ministerio de Justicia y
Derechos Humanos.

Constitución de la República del Ecuador. (30 de Abril de 2020). Asamblea
Nacional del Ecuador. Registro Oficial, art. 408. Quito, Ecuador:
LEXISFINDER.

Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes. (10 de 11 de
2008). LEXIS FINDER. FINDER, LEXIS.

11. ANEXOS

11.1. Proyecto de Tesis



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“La validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales en el Código Orgánico Integral Penal”

AUTOR:

Michael David Massa Pacheco

LOJA – ECUADOR

2019

1. TEMA

“LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO EN ADOLESCENTES MAYORES DE CATORCE AÑOS DE EDAD EN DELITOS SEXUALES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”.

2. PROBLEMA

La Constitución de la República del Ecuador goza de supremacía en el orden jerárquico de aplicación de las normas jurídicas; es así que artículo 175 establece que las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, donde se aplicarán los principios de la doctrina de protección integral, que guarda armonía con el Art. 1 del Código de la Niñez y Adolescencia conjuntamente con el principio del interés superior de la niñez y adolescencia. En lo concerniente a los derechos constitucionales, se reconoce y garantiza a las personas a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables respecto de su sexualidad según el numeral 9 del Art. 66 de la Ley Suprema, ésta norma constitucional guarda correspondencia con la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, estableciendo en el artículo 25 que “La educación sexual se impartirá en todos los niveles educativos y fomentará una conducta responsable en el ejercicio de la sexualidad”; complementando este derecho constitucional con argumentos sólidos establecidos por la Corte Constitucional donde menciona: *corresponde únicamente a la o el adolescente decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, fundamentando sus decisiones en las herramientas otorgadas*

por el Estado, la sociedad y familia, para la adopción de decisiones libre, informadas y responsables. Por todo lo expuesto, es necesario indicar que el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, estipula que en los delitos sexuales, *el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante*, no obstante, los adolescentes mayores de catorce años de edad tienen el derecho constitucional a tomar decisiones libres y voluntarias respecto a su sexualidad, por lo que dicho consentimiento de la víctima debe ser válido a la hora de juzgar en delitos sexuales, puesto que el consentimiento del adolescente comprendido en la referida edad, excluye el tipo penal por el cual se pretenda juzgar.

El acuerdo plenario Nro. 4-2008/CJ-116 trata respecto de la libertad sexual como la capacidad legalmente establecida que tiene una persona para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, y la indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces, ahora bien se los puede considerar como bienes jurídicos de libre disposición donde deben estar acorde al derecho a la actividad sexual en libertad, lo cual implica que al poder consentir no puede ser penado, lo cual la conducta se convierte en atípica (sin que medie violencia, amenaza o engaño)

En tal virtud, se debe considerar la validez del consentimiento de la víctima mayor de catorce años de edad, en delitos sexuales.

3. JUSTIFICACIÓN

La Universidad Nacional de Loja tiene como funciones principales la Docencia, Investigación y Vinculación con la colectividad. Como estudiante de

la Carrera de Derecho, de la Universidad Nacional de Loja, he recibido la formación teórica y adquirido los conocimientos necesarios para la comprensión del derecho y específicamente en lo relativo al Derecho Público.

Respecto a la Investigación también se han fortalecido mis destrezas en el manejo de métodos, técnicas y procedimientos necesarios, para que, apegado a la Teoría General del Derecho y a la Epistemología Jurídica, poder planificar y ejecutar una investigación que institucionalmente se exige como Tesis de Grado.

El estudio de la investigación jurídica de "La validez del consentimiento en adolescente mayores de catorce años de edad en delitos sexuales", es importante puesto que en la sociedad ecuatoriana se hace necesario contar con normas legales que revistan las categorías de previas, claras y públicas, para asegurar la convivencia social, armonizar las relaciones entre individuos evitando los conflictos interpersonales y sociales.

La factibilidad de mi investigación radica en las posibilidades personales, económicas y académicas con las que cuento, tornando la investigación posible para contribuir en la Ciencia del Derecho Penal.

El problema jurídico que he identificado, reviste trascendencia social y jurídica dado que denuncia un vacío jurídico existente en "el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal", donde la irrelevancia del consentimiento de las víctimas menores de dieciocho años de edad en delitos sexuales, se contrapone con la normativa revestida en el Estado ecuatoriano.

Una investigación en la modalidad de tesis requiere cumplir con los lineamientos institucionales, es decir aquellos contemplados en el Reglamento Académico de la Universidad Nacional de Loja, y las directrices académicas sugeridas por el Docente Coordinador de la asignatura del Trabajo de Titulación que curso en el décimo ciclo de la Carrera de Derecho.

En la presente investigación se propone ejercer un estudio profundo de todas las categorías implícitas y explícitas del problema jurídico que denuncio con el fin de promover la lectura y generar nuevas investigaciones dentro del amplio universo conformado por las normas jurídicas que conforman el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social que este inverso el Estado ecuatoriano.

La originalidad de la investigación radica en la honestidad académica y probidad estudiantil, con la que se ha seleccionado el problema jurídico a investigar. Por la diversidad de pensamiento jurídico universal existe la posibilidad de que se haya investigado la misma institución jurídica que investigaré. Sin embargo, afirmo que todos los elementos personales por los cuales analizaré los componentes conceptuales, doctrinarios y jurídicos me corresponden y no constituyen plagio de otras investigaciones, a las cuales me referiré con la respectiva cita bibliográfica.

Es factible la realización del presente trabajo de tesis, por contar con el suficiente material bibliográfico que servirán como fuente de consulta para una exitosa culminación de la investigación jurídica,

Dejo así justificada la investigación que se planifica en el presente proyecto sujeto a revisión y aprobación de un Docente designado por la Autoridad Académica de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja.

4. OBJETIVO

4.1. OBJETIVO GENERAL

Desarrollar un estudio, conceptual, doctrinario y jurídico de la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales.

4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- ✓ Establecer la limitación de derechos fundamentales que genera el numeral 5 del Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal al no considerar la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales.
- ✓ Demostrar la contradicción existente sobre la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales con el ordenamiento jurídico penal.
- ✓ Presentar una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal, estableciendo la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales.

5. HIPOTESIS

La disposición establecida en el numeral 5 del artículo 175

del Código Orgánico Integral Penal, al establecer la irrelevancia del consentimiento en la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales, vulnera el derecho del adolescente en decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva, contradiciendo lo establecido en la doctrina de protección integral de los adolescentes y principio de progresividad de derechos.

6. MARCO TEÓRICO

6.1. Derecho Penal

Para entender el significado de Derecho Penal debo referirme al concepto establecido por Jakobs, citado en el libro de Felipe Rodríguez Moreno, quien sostiene lo siguiente:

El Derecho Penal es la rama del Derecho que tiene mayor importancia en un ordenamiento jurídico, puesto que es la única que puede garantizar que exista coerción social y, por lo mismo, es la única rama que garantiza que la sociedad no perezca y mantenga la esencia de los principios que motivan su propia existencia. Sin embargo, lo importante del Derecho Penal moderno ya no es únicamente la "conservación del buen orden", sino, "hacer posible la libertad". (Rodríguez, 2019, pág. 92).

El concepto de Derecho Penal se puede definir como el conjunto de normas jurídica que controlan el poder punitivo del Estado, y organiza a la sociedad a través de su normativa que siempre debe estar acorde a la Constitución. Al estar integrado por normas jurídicas significa que estas envían un mensaje, y quien recibe el mensaje es una persona racional, la cual es libre de decidir si

realiza o no lo prohibido en la norma penal, en caso de que su actuar sea el lesionar bienes jurídicos, es ahí donde el Estado actúa imponiéndole una pena privativa de libertad o medida de seguridad de ser el caso, con el fin de que la sociedad no perezca y estableciendo la seguridad social que es su esencia.

Por lo considerado, concuerdo con lo mencionado por el autor, puesto que el Derecho Penal tiene como fines principales el orden social y hacer posible la libertad, evitando que el Estado tenga un punto de quiebre al utilizar de manera abusiva su poder punitivo.

6.2. Delito

El delito debe ser conceptualizado tomando en cuenta a uno de los referentes del Derecho Penal como es Francisco Muñoz Conde, quien señala:

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio de legalidad, conocido por el aforismo latino *nullum crimen sine lege*, que rige el moderno derecho penal. (Muñoz, 2018, pág. 1).

El delito es la creación del legislador, donde tipifica las conductas penalmente relevantes que lesionan los bienes jurídicos de mayor relevancia, y castiga con penas que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad al infractor.

Al estar tipificado un delito, por poner a modo de ejemplo, el delito de violación, la persona que erosione la norma penal al cometer dicho tipo penal, será sancionado siempre y cuando cumpla con todos requisitos establecidos en el tipo penal, dado que, si falta alguno de estos, se estaría contrariando con el principio de legalidad, dado que no puede existir delito, sin ley previa.

Lo establecido por el autor es claro, sin ley que tipifique el delito, nunca podrá sancionarse a una persona, dado que todos manifestamos varias conductas en nuestra sociedad, las cuales pueden tener riesgos, pero al no estar tipificadas como delito, mal podrían ser atribuidas a una persona en específico.

6.3. Tipo Penal

Para referirme al concepto de tipo penal debo hacer mención a lo expresado por Felipe Rodríguez Moreno, quien menciona:

Un tipo penal, si bien es una idea o concepto, como todas las cosas materiales o inmateriales en el mundo o, mejor dicho, corporales e incorpóreas, está compuesto por partes y, si falta una de sus partes, éste no puede existir. Este primer punto es fundamental: si falta una de las partes de un tipo penal no hay tipicidad, ergo, no hay conducta típica, entonces, no hay delito. O se cumple el tipo penal en todas sus partes o simplemente no existe aquello ocurre estaríamos frente a lo que se conoce como «atipicidad» o «conducta atípica». (Rodríguez, 2019, pág. 157).

El tipo penal en pocas palabras es la descripción de las conductas penalmente relevantes y a su vez es prácticamente un sinónimo del principio de legalidad, dado que, si no hay ley, no hay conducta que se pueda prohibir o castigar.

El autor es claro al mencionar como tipo penal la idea o concepto que debe estar positivado en nuestra normativo, sin aquello la conducta sería atípica, o sea, no tendría relevancia.

6.4. Tipicidad

La tipicidad según Francisco Muñoz Conde es:

La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad, en su vertiente del nullum crimen, sine lege, solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. (Muñoz, 2018, pág. 39).

Esto da a entender que si el hecho no encuadra en el tipo penal no existe delito, y es claro que en delitos, especialmente en los delitos sexuales la validez del consentimiento es una de las partes fundamentales para que la conducta se convierta en atípica, por ejemplo, si un adolescente mayor de catorce años de edad consiente en dejarse besar o tener relaciones sexuales con otra persona que sea mayor de edad, no puede configurarse delito alguno, dado que por imperativo de la tipicidad, dicho acto de naturaleza sexual no se adecua a lo prohibitivo por la norma penal, y al no adecuarse, no puede considerarse dicho acto una conducta penalmente relevante, y por lo tanto no merece castigo; hay que ser concretos en este punto, el Derecho Penal sólo castiga conductas que lesionan los bienes jurídicos más importantes, mientras esto no suceda, no podemos hacer merecedora a una persona de una pena, que cumple su rol de ciudadano normal y actúa dentro del ámbito de riesgo permitido sin vulnerar la normativa penal. En definitiva, al tener validez dicho consentimiento no se podría configurar tipo penal alguno en los mencionados delitos sexuales por ser atípico dicho acto.

Comparto el criterio de la adecuación del hecho al precepto legal por parte de quien lo comete para configurar la llamada Tipicidad.

6.5. Bien Jurídico

El bien jurídico según Francisco Muñoz Conde es:

La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento. (Muñoz, 2018, pág. 48).

Existen varios bienes jurídicos en la sociedad, pero esto no significa que se encuentren protegidos todos ellos, sino, sólo los que se elevan a categoría de delitos. Por lo tanto, al referirme a bien jurídico, es algo abstracto, pero que la norma penal le da validez.

Comparto el criterio, dado que lo Bienes Jurídicos deben ser los más protegido por el derecho penal, para cumplir con su función de prevención de lesión, y para crear en el ciudadano la confianza de transitar libremente en la sociedad.

6.6. Víctima

El concepto de víctima según el médico legista Miguel Ángel Brito Aguirre es:

Como se comprenderá, las víctimas de una agresión sexual o de cualquier tipo, responden con ciertas conductas individuales o generales frente a estos actos; es por eso que despierta enorme interés el comportamiento de

los ofendidos en la consecución de una agresión sexual o de otra configuración (robo, crimen, etc.), conociendo cuál es su aporte o contribución para que se efectúe sobre ella sin perjuicio, cuál es su responsabilidad o cómo influyó en el victimario para que éste desarrolle en él o en ella, el delito. (Brito, Sexo Violento, 2010, págs. 105 - 106).

Respecto de esta definición tengo que ser claro en el presente concepto, víctima es la persona que sufre las consecuencias del delito, en el presente caso, de delitos sexuales, al referirme a las consecuencias del delito, me refiero que la víctima puede ser directa o indirecta; ahora bien, tengo que hablar dentro del campo de la imputación objetiva, la víctima puede ser auto puesta en peligro, lo cual podría generar una situación atípica, esto me refiero desde el último filtro de la imputación objetiva. Dentro de este ámbito hay que diferenciar las personas que son auto administradas y hetero administradas de sus bienes jurídicos, en el presente caso, respecto de las primeras por lo general son las personas mayores de edad, y que tienen capacidad para discernir lo bueno y lo malo, y, respecto de las segundas son las personas que necesitan ser atendidas por otras personas que son sus garantes, en este caso me refiero a los niños, inimputables, etc. Pero respecto de los adolescentes es donde hay que hacer énfasis, porque es nuestra Propia Constitución, Corte Constitucional y Código Orgánico Integral Penal, que hacen referencia al derecho a la libertad sexual y reproductiva, y es el Código Orgánico Integral Penal, quien limita la edad desde los catorce años en adelante, sino todos los actos sexuales decididos por los adolescentes mayores de la referida edad fueran punibles para su agresor, esto nos lleva a

comprender que los adolescentes mayores de catorce años de edad pueden ser auto administradores respecto de sus decisiones a la hora de consentir en tener relaciones sexuales con otra persona que puede ser mayor de edad, pero si dicho adolescente no cumple aun la referida edad (mayor de catorce años), así haya consentimiento, igual será punible dicha conducta a su agresor.

El aporte presentado sobre la víctima, es más referente en delitos sexuales, donde es claro que puede influir sobre ciertas características que tenga la víctima para que su agresor prosiga hasta lesionar su bien jurídico, dichas características podrían ser, por ejemplo, que al ser una niña la víctima, se convierte en más atractiva para su agresor como sería el caso de los pederastas.

6.7. Libertad Sexual

Para Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán la libertad sexual es lo siguiente:

Entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, y en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo, aparece como un bien jurídico merecedor de una protección penal específica, no siendo suficiente para abarcar toda su dimensión con la protección genérica que se concede a la libertad. La libertad sexual tiene efectivamente su propia autonomía y, aunque los ataques violentos o intimidatorios a la misma son ataques a la libertad que igualmente podrían ser castigados

como tales, su referencia al ejercicio de la sexualidad le da a su protección penal connotaciones propias. (Muñoz & García , 2015, págs. 216 - 217).

Esta definición es clara y a modo de ejemplo podría referirme así: cuando una adolescente menor de 14 años de edad tiene relaciones sexuales con una persona mayor de edad, será punible para el agresor, así consienta la víctima. En cambio, si un adolescente mayor de catorce años quiere hacer goce de su a la libertad sexual, no es punible para el agresor, siempre y cuando dicho goce de libertad sexual no sea viciado a través del engaño; la normativa ecuatoriana ampara y lo permite, esto tendría relación con la progresión de derechos de los adolescentes.

Concuerdo con lo establecido, libertad sexual es disponer de mi cuerpo porque tengo ese derecho, y más aún si está positivado en nuestra Constitución.

Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, también señalan respecto a la libertad sexual lo siguiente:

“La libertad sexual se caracteriza por la existencia de una cierta capacidad intelectual para comprender el alcance del acto sexual y la facultad volitiva para consentir en él”. (Muñoz & García , 2015, pág. 219).

Un adolescente mayor de catorce años de edad, ya está en la capacidad de decidir qué está bien y que está mal; sabe que, si tiene relaciones sexuales, tiene tres opciones: Cuidarse y hacer goce de su derecho, quedar embarazada, o contagiarse de una enfermedad de transmisión sexual, a esa

edad, estamos en la capacidad ya de discernir que está bien o mal respecto de nuestro cuerpo.

Considero correcto con lo dicho, porque los adolescentes mayores de catorce años tienen ya desarrollada su parte cognitiva (conocer) y volitiva (voluntad), por lo tanto, son conscientes de los actos que van a realizar. Algo que sería de agregar; mientras mejor educación exista, mayor probabilidad de llegar a tener un adolescente que comprenda los límites respecto del respeto que se le debe dar a su cuerpo.

6.8. Consentimiento

Para Guillermo Cabanellas de Torres el consentimiento es:

Acción y efecto de consentir, del latín consentiré, de cum, con, y, sentiré, sentir; compartir el sentimiento, el parecer. Permitir una cosa o condescender a que se haga. Es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación, y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos. (Cabanellas de Torres, 1998, pág. 87).

El consentimiento en sí es la permisión de algo, lo cual lo realizamos utilizando nuestra lado cognitivo y volitivo, sin aquello no puede una persona consentir en algo.

Es claro este concepto, porque consentimiento es el sentimiento de compartir tanto de una persona con otra, ya sea a la hora de tener relaciones sexuales, viajar o cualquier cosa que se haga en el diario vivir donde dos personas o más puedan estar involucradas.

6.9. Discernimiento

El discernimiento para Guillermo Cabanellas de Torres es:

Facultad intelectual o recto juicio que permite percibir y declarar la diferencia existente entre varias cosas, así como distinguir entre el bien o el mal, midiendo las consecuencias posibles de los pensamientos, dichos y acciones. El primero es el discernimiento cognoscitivo y el segundo, el moral. (Cabanellas de Torres, 2004, pág. 131)

El discernir permite decidir en el momento de realizar algún acto, respecto de lo que es correcto o no, esto se realiza, a través, de un juicio de razonabilidad, donde una persona ya tiene la suficiente capacidad de decidir sobre uno mismo y tomar las decisiones que crea conveniente, este proceso sucede desde la adolescencia, en nuestra ordenamiento penal vigente, desde los catorce años de edad, los adolescentes ya pueden discernir al momento de tomar decisiones libre y voluntarias respecto de su sexualidad.

6.10. Consentimiento del Adolescente

La Corte Constitucional se ha referido respecto al consentimiento del adolescente en relación a la libertad del ejercicio de sus derechos sexuales de la siguiente manera:

Esta Corte reafirma que el derecho que tienen los y las adolescentes, de decidir autónomamente sobre su salud sexual, de expresar su opinión y su consentimiento de manera directa, sin la injerencia ilegítima del Estado, la sociedad o la familia. Reconociendo además que esa libertad en el ejercicio de sus derechos sexuales está íntimamente relacionada a su

grado de autonomía, a partir del cual, conforme lo analizado ut supra, se legitima una mayor o menor intervención en sus derechos. Por lo tanto, la intervención del Estado, la sociedad y la familia en el contenido de estos derechos se legitima únicamente si observa su interés superior y respeta su libertad, dignidad y opinión. (Sentencia de la Corte Constitucional N.º 003-18-P.TO-CC, 2018).

El adolescente se encuentra amparado por nuestro ordenamiento jurídico a ejercer el goce de sus derechos sexuales y es por ello que se relaciona con la autonomía que pueden tener respecto de su libertad, dignidad y opinión, por lo tanto, prohibirles de ejercer dicho derecho al consentir a la hora de tener relaciones sexuales, sería atentar contra nuestro propio ordenamiento jurídico, lo cual sería absurdo, dado que estamos en un Estado constitucional de derechos, y estos derechos siempre deben ser progresivos y más aún si son a favor de adolescentes que gozan de un interés superior. Por lo tanto, sería un atentado contra el adolescente prohibirles consentir a la hora de tener relaciones sexuales o decidir sobre su vida sexual; claro está que al referirme al adolescente, hay que tomar como punto de partida la edad establecida en el Código Orgánico Integral Penal, que sería mayor de catorce años.

El concepto es claro al mencionar la autonomía que tienen los adolescentes respecto de su sexualidad, y sobre todo especifica que el Estado y la familia no deben hacer atropello de este derecho del adolescente, el cual abarca más derechos y en caso de ser restringido dichos derechos serían una violación grave a nuestro propio ordenamiento jurídico.

6.11. Acto Sexual

Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán dan un concepto de acto sexual de la siguiente manera:

No existe, ciertamente un concepto puramente objetivo de lo sexual, aunque no puede por lo menos calificarse como tal todo acto en el que intervengan los órganos genitales, tanto más si su fin implica penetración. No hay, por tanto, problema alguno en considerar acto sexual el acceso por vía vaginal, anal o bucal, así como la introducción de los dedos por alguna de las dos primeras vías. (Muñoz & García , 2015, pág. 222).

Hay varias formas de entender un acto sexual, pero personalmente un beso, el acceso carnal u otra manifestación sobre nuestro cuerpo podría considerar como acto sexual.

El acto sexual según el concepto planteado es difuso, pero desde mi punto de vista es cualquier acto que realiza el ser humano sobre su cuerpo.

3.12. Falta de consentimiento

Respecto a la falta de consentimiento en los delitos de violación, Ernesto Albán Gómez menciona lo siguiente:

“Elemento fundamental para establecer la tipicidad en la violación es la falta de consentimiento o el consentimiento viciado del sujeto pasivo”. (Albán, 2018, pág. 143).

Consentir es permitir, y cuando es todo lo contrario a esto, es cuando estamos poniendo una barrera a nuestro agresor, y si él pasa sobre esta barrera, ya no se consciente en todo lo que esa persona realiza sobre nosotros; como sería

en el delito de violación, puede ser niña, adolescente, adulto, adulto mayor, que sin consentimiento hay delito y por lo tanto a esa persona le debe recaer una pena privativa de libertad o medida de seguridad de ser el caso, por erosionar la norma penal.

El concepto planteado es correcto al señalar que, si existe Falta de consentimiento, habrá delito, por ser una conducta reprochable por la sociedad y tipificada en el delito de violación.

Respecto a la Falta de Consentimiento en los delitos de abuso sexual, Ernesto Albán Gómez también hace hincapié a lo siguiente:

“Igual que en la violación, la falta de consentimiento es elemento central del delito, pues de haberlo. Salvo el caso de los menores de catorce años, la conducta sería penalmente irrelevante”. (Albán, 2018, pág. 154).

Estamos refiriéndonos al consentimiento válido por el adolescente mayor de catorce años de edad, de no ser así cualquier consentimiento de un adolescente menor de la referida edad no tendrá validez y por lo tanto será punible al agresor.

Este planteamiento es acertado, dado que, si una persona consiente, no hay delito, pero obviamente hay su excepción como es el caso de los adolescentes menores de catorce años de edad.

6.13. Regulaciones Hormonales de la Pubertad

El significado de regulaciones hormonales de la pubertad es tratado por el médico legista Miguel Ángel Brito Aguirre de la siguiente manera:

Iniciado las regulaciones hormonales propias del hipotálamo e hipófisis, que son el punto de partida de la reorganización interna del organismo, que conlleva la maduración de los individuos en sus aspectos somáticos, psicológicos, sociológicos y culturales; etapa importantísima para la medicina legal, dado el relieve fundamental que asumen los cambios sexuales, entre los que tenemos: la aparición del vello pubiano, el ensanchamiento de la cintura pelviana (caderas), la exaltación de la libido, la acumulación de tejido adiposo en regiones electivas como en mamas, glúteos, muslos, la elevación progresiva de las papilas de los senos infantiles sobre el disco areolar, la acentuación de la pigmentación de los pezones y areolas, etc., en la mujer; y, aumento del volumen testicular, crecimiento del pene, erecciones periódicas, pelos en el pubis, secreción sudoral axilar aumentada, eyaculaciones nocturnas, aparición de la barba, la voz se torna grave, presencia de acné, etc., en el varón. (Brito, Sexo Violento, 2010, pág. 82).

Este cambio hormonal se refiere a los cambios sexuales y la madurez sexual que una persona en la etapa de la pubertad sufre, es aquí donde nace el apetito sexual y la intriga de qué tal será tener relaciones sexuales, aparte que en esta edad tanto el hombre como la mujer, ya están en capacidad biológica para concebir, dado que el hombre ya comienza a eyacular, y la mujer empieza con su primer periodo menstrual.

El concepto es correcto al explicar que los cambios Hormonales producen cambios físicos en nuestro organismo, y es allí donde comienza el querer

experimentar nuevas cosas, desde utilizar ropa diferente, tener una pareja sentimental, hasta tener una relación sexual.

6.14. Validez

Guillermo Cabanellas de Torres da el siguiente significado de validez:

Cualidad de un acto o contrato jurídico para surtir los efectos legales propios, según la naturaleza y la voluntad constitutiva. | Legalidad de los negocios jurídicos. | Producción de efectos. | Firmeza. | Subsistencia. | Índole de lo legal en la forma y eficaz en el fondo. (Cabanellas de Torres, 1998, pág. 402).

La validez es el acto que permite surtir efectos jurídicos, en el caso del consentimiento por un adolescente mayor de catorce años de edad al tener relaciones sexuales con una persona mayor de edad, al ser válido dicho consentimiento surte efectos jurídicos, uno de ellos, es gozar de su derecho a la libertad sexual a la hora de decidir tener relaciones sexuales, otro efecto jurídico, es que no será típico dicho acto por el agresor, o sea no será punible por ser consentido. Ahora, cambiemos la forma del ejemplo, si dicho acto es consentido por una persona menor de catorce años de edad, obvio que será punible para su agresor, dado que no tiene validez dicho consentimiento.

La validez surte efecto jurídico, tras la voluntad de una persona, por lo tanto, este concepto es correcto, dado que en una audiencia de juzgamiento en delitos de violación, estupro o abuso sexual el consentimiento de un adolescente mayor de catorce años de edad debe ser válido, y es obligación del juez tomarlo en cuenta a la hora de decidir.

6.15. Violación

Adrián Marcelo Tenca trata el significado de violación de la siguiente manera:

“La violación es el acceso carnal obtenido contra la voluntad del sujeto pasivo”. (Tenca, 2009, pág. 61).

Aparte de ser un delito de los más atroces, debo ser claro que, si existe consentimiento por parte de un adolescente mayor de catorce años de edad, dicho delito no se configura, y mal se le podría acusar a una persona dicho delito si el adolescente consintió, ahora en caso que dicho consentimiento fue a través de un engaño, estaríamos ante otro delito de acción penal privada que debería juzgarse.

El concepto es corto y preciso, por lo cual el acceso carnal puede ser por vía oral, anal o vaginal y sin consentimiento.

6.16. Estupro

Ernesto Albán Gómez se refiere al estupro de la siguiente manera:

Es un delito contra la libertad sexual, aunque en este caso si hay un consentimiento; pero persiste la lesión jurídica porque la persona que ha consentido es menor de edad y ese consentimiento ha sido obtenido mediante el empleo del engaño. (Albán, 2018, pág. 156).

Este delito se da cuando a una persona mayor de edad, a través, del engaño obtiene el consentimiento de un adolescente entre los catorce a dieciocho años de edad para tener relaciones sexuales, sin violencia y amenaza.

En el presente concepto, es correcto decir que el consentimiento es válido, pero este consentimiento a la vez es viciado, a través del engaño, lo cual hace adecuar una conducta así al tipo penal de Estupro.

6.17. Engaño

Ernesto Albán Gómez conceptualiza el engaño de la siguiente manera:

Se refiere siempre a una falsa representación de la realidad, que puede versar sobre la naturaleza y consecuencias del acto sexual, sobre la ilicitud del mismo, sobre la identidad y condiciones del sujeto activo, sobre sus propósitos, incluyendo en este caso la falsa promesa de matrimonio. En todo caso el código ecuatoriano exige necesariamente este medio. Otros códigos establecen también la seducción presunta cuando la víctima tiene determinada edad. (Albán, 2018, págs. 157 - 158).

El engaño vicia el consentimiento, por lo tanto, el consentimiento ya no sería puro en su forma y esencia, dado que tergiversa la representación de la realidad.

Es correcto el concepto al referirse que es una falsa representación de lo que es la realidad, tergiversa los hechos e ideas para conseguir algo.

6.18. Abuso Sexual

Adrián Marcelo Tenca trata el significado de abuso sexual de la siguiente manera:

“El abuso deshonesto se define como la realización de contactos corporales con contenido sexual sobre el cuerpo de una persona de uno u otro sexo, sin que haya realizado el acceso carnal o su tentativa”. (Tenca, 2009, pág. 19).

Este contacto sexual debe ser sin consentimiento para que se perfeccione dicho delito, por lo cual, si existe consentimiento, no se configuraría el presente delito.

Este planteamiento se refiere a que debe existir consentimiento para tener contacto sexual con otra persona, no importa su edad, si no hay esto, se concreta el delito de Abuso Sexual.

6.19. Seguridad Jurídica

La seguridad jurídica para Alfredo Ruíz Guzmán, Pamela Juliana Aguirre Castro y Dayana Fernanda Ávila Benavidez, es lo siguiente:

El derecho constitucional a la seguridad jurídica se encuentra establecido en el artículo 82 de la Constitución, que determina: "el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes". De la prescripción constitucional y siguiendo lo dicho por la Corte, la seguridad jurídica es el elemento esencial y patrimonio del Estado que garantiza la sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y a la ley, es la confiabilidad en el orden jurídico, la certeza sobre el derecho escrito y vigente; es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica. (Ruíz, Aguirre, & Avila, Desarrollo Jurisprudencial de la primera Corte Constitucional, 2017, pág. 116).

La seguridad jurídica como se menciona debe partir de la existencia de normas claras, sin normas claras, no pueden las personas acatar dichas normas, y es el caso del Art 175, numeral 5, del Código Orgánico Integral Penal, donde su redacción es contraria al mismo cuerpo normativo, y más aún al ordenamiento jurídico partiendo por la norma suprema que es la Constitución, por lo cual dicha redacción del mencionado artículo al ser acatado por la sociedad, nos dejaría en indefensión, incertidumbre e inseguridad total respecto de la normativa clara de nuestro país.

El concepto es claro al señalar que la seguridad jurídica debe contener normas claras, dado que esto importa a la ciudadanía para sentir seguridad respecto de sus normas.

Frente a la conceptualización presentada se debe identificar la normativa jurídica que adolece de:

El Código Orgánico Integral Penal hace mención en el Art.175, las disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, y es en el numeral 5 del artículo ibídem donde se centra mi problemática, el cual reza lo siguiente:

Art.175. Disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva. - Para los delitos previstos en esta Sección se observarán las siguientes disposiciones comunes: (...)

5. En los delitos sexuales el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante. (Código Orgánico Integral Penal, pág. 61).

La presente disposición común en delitos contra la integridad sexual y reproductiva contradice lo establecido en su propia normativa, dado que establece que el consentimiento dado en personas menores de 18 años de edad es irrelevante, aquí vendrían las siguientes preguntas: ¿Qué sucede si una persona mayor de catorce años de edad consiente en tener relaciones sexuales con una persona mayor de dieciocho años de edad? Según esta normativa, el consentimiento sería irrelevante, por lo cual supuestamente debería existir delito de violación, en cambio, si consiente a través del engaño, debería ser estupro, pero según esta norma ni siquiera existirá dicho delito, dado que el estupro debe existir un previo consentimiento, obviamente a través del engaño, pero en sí, la esencia de este delito es que hubo una toma de decisión por parte del adolescente. ¿Qué sucede si una persona mayor de catorce años de edad decide tener contacto íntimo, a través, de besos y caricias sin que exista penetración con su pareja mayor de 18 años de edad? Según esta normativa también existiría abuso sexual dado que el consentimiento es irrelevante. Por lo anotado da a entender que esta norma es contraria al ordenamiento jurídico; lo correcto sería incorporar la validez del consentimiento en adolescentes mayores catorce años de edad en la toma de decisiones sobre la sexualidad al momento de tener relaciones sexuales. Lo que pretendo aquí, es mantener la armonía con la que se maneja el Código Orgánico Integral Penal, y la Constitución de la República del Ecuador, por lo cual mencionaré los siguientes puntos que se debería tener presente:

Primero, respecto del Código Orgánico Integral Penal: la normativa es clara, si el adolescente mayor de 14 años de edad, consiente en tener relaciones

sexuales, no pueden configurarse varios tipos penales como sería por mencionar tres: Art. 167. Estupro; Art. 170. Abuso sexual; y, Art. 171. Violación. Estos tres tipos penales no pueden desvalorar la conducta del supuesto infractor, cuando la víctima mayor de catorce años ha consentido en dichos actos de naturaleza sexual.

Segundo, respecto de la Constitución de la República del Ecuador, tenemos que hacer alusión que estamos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, por lo cual, al privarle de un derecho reconocido por la Constitución al adolescente, estamos contrariando la norma suprema; es el caso del capítulo sexto, derechos de libertad, art. 66, numeral 9 de la norma ibídem, que reza:

“El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras”. (Constitución de la República del Ecuador, pág. 32).

Este derecho es fundamental respecto de los adolescentes, y debe ser respetado por todos los cuerpos normativos que estén por debajo de la constitución; la toma de decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la sexualidad, y su vida y orientación sexual la tiene el adolescente, y es el Código Orgánico Integral Penal donde se especifica los límites para este consentimiento a la hora de consentir en relaciones sexuales, dado que cualquier adolescente menor de catorce años de edad que

consienta en tener relaciones sexuales, su consentimiento será irrelevante, porque la normativa es clara en estos casos, en cambio, en los adolescente mayores de catorce años el consentimiento al tener relaciones sexuales tiene validez, y es el propio Código Orgánico Integral Penal y la Constitución que ratifican el presente criterio, por lo cual, dejar como irrelevante el consentimiento en menores de 18 años de edad, sería contraria al propio cuerpo normativo y la Constitución en sí.

También respecto al capítulo octavo, derechos de protección establecido en la Constitución en su art. 82 se refiere a la seguridad jurídica, que reza así:

Art. 82. El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras públicas y aplicadas por las autoridades competentes. (Constitución de la República del Ecuador, pág. 41).

Discernir La esencia de la seguridad jurídica es hacer valer sobre todo a la Constitución, por lo tanto, una norma que sea infra legal y sea contraria a la Constitución debe ser reformada, para no perder armonía con el ordenamiento jurídico y llegar al fin ideal del derecho que es la justicia, ahora bien, una norma que no está clara, no puede ser utilizada, y menos aún que vaya en contra de derecho fundamentales establecidos en la Constitución, por lo cual al haber explicado respecto de la supremacía de la constitución, por jerarquía el Art 175, numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal no puede ir contraria a la norma ibídem. Estamos claros que en las leyes infra legales hay varios vacíos por rellenar que muchas veces lo podemos tomar por desapercibido,

pero cuando esas normativas al ser contrarias a nuestro ordenamiento jurídico afectan a nuestros intereses, es ahí cuando tenemos la necesidad de reformar dichos vacíos.

Por todo lo expuesto mi propuesta de investigación se limita a reformar la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales, por la validez del consentimiento cuando la víctima sea mayor de catorce años de edad, esto con el fin de estar en armonía con la normativa del mismo cuerpo legal, y respetando la progresión de derechos que establece nuestra Constitución respecto de los derechos de los adolescentes.

7. METODOLOGIA

La investigación que pretendo desarrollar se construirá basada en los lineamientos generales que ofrece la investigación científica, particularizando su alcance en el nivel jurídico, todo trabajo investigativo requiere planificación, por ello en este proyecto me permito identificar los métodos, técnicas y procedimientos que efectuare.

Una vez que mi proyecto de tesis cuente con el informe de pertinencia, estructura y coherencia, otorgado por el Docente nombrado por la autoridad académica, iniciaré a seleccionar los referentes bibliográficos que nos permiten conceptualizar las categorías identificadas al redactar y seleccionar mi problema jurídico.

En la prenombrada selección de informe utilizaré fichas mnemotécnicas de transcripción, todas las que se analizarán mediante fichas mnemotécnicas de comentario, es decir, que cada ficha de transcripción permitirá una o más fichas de comentario.

Para la presentación del marco jurídico abordaré mi problemática desde el punto de vista constitucional, en Tratados o demás Instrumentos Internacionales, Leyes Orgánicas, conexas a la Constitución de la República del Ecuador y, al Código Orgánico Integral Penal.

No puedo dejar de referirme a sentencias de la Corte Constitucional y Corte Nacional de Justicia que constituyen precedentes jurisprudenciales.

Al ser mi problema jurídico de relevancia internacional ejecutaré también un estudio en la legislación de otros países, con la finalidad de cumplir uno de los fines del Derecho Comparado, el cual es unificar la legislación de los países con el mismo origen cultural.

7.1. Métodos

Para desarrollar lo antes señalado es evidente que me valdré de varios métodos siendo los principales los siguientes.

Método Científico: sirve en la observación sistemática, medición, experimentación y la formulación, análisis y modificaciones de hipótesis. Este método me servirá para obtener nuevos conocimientos respecto de mi tema, al estudiar el consentimiento de los adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales.

Método Inductivo: procede a partir de premisas particulares para generar conclusiones generales. Este método me ayudará para involucrarme de lleno en mi problema a tratar para obtener al final una respuesta de carácter general de todo lo planteado, obviamente partiendo siempre de premisas conceptuales para poder obtener una conclusión final.

Deductivo: sirve para utilizar principios generales para llegar a una conclusión específica. Este método lo utilizaré para partir desde las leyes y llegar a concluir si es o no correcto lo que estoy tratando en el ámbito del consentimiento de los adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales.

Método comparativo: procedimiento a realizar para encontrar semejanzas y diferencias entre dos o más problemas que se presentan al analizarlos. Este método me permitirá realizar comparaciones de las mismas características presentes en otros países de América y Europa donde existen problemas de la misma índole.

Método Exegético: basándome en la hermenéutica jurídica de los textos normativos; esto es disposiciones jurídicas que en mi caso aplicaré el presente método para interpretar de manera adecuada el artículo de la ley donde se centra mi problemática y darle un sentido armónico con los demás cuerpos legales.

Método Dogmático: se atiende a los principios doctrinales como medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica. Este método me servirá para argumentar mi tesis, a través, de los conocedores del derecho,

quienes en sus libros brindan soluciones a mi problemática desde sus puntos de vista.

Método Estadístico: consiste en una secuencia de procedimientos para el manejo de los datos cualitativos y cuantitativos de la investigación. Este método lo utilizaré, a través, de las respectivas encuestas que me servirán para demostrar la importancia de mi problema a tratar y la solución que se pretende fundamentar.

7.2. Procedimientos y Técnicas.

Técnicas de acopio teórico documental: Que sirven para la recolección bibliográfica, fichas bibliográficas, fichas nemotécnicas.

Técnicas de acopio empírico: También conocidas como técnicas de campo.

Observación documental: Estudio de documentos que aportaran a la investigación.

Es necesario contar con los sectores involucrados en mi investigación, por ello dividiré en dos sectores la población a investigar.

Encuestas: El primer sector corresponde al Abogado que conoce y se desenvuelve a diario con la aplicación de la Constitución y las Leyes de la República, conocedor de que existen más de tres mil Abogados en la ciudad de Loja por la costumbre didáctica académica en la Universidad Nacional de Loja se ha establecido, el numero de 30 Abogados como un número importante a investigar. A los miembros de este sector les aplicaré, una encuesta que será diseñada en base a mi problema, objetivos e hipótesis.

Entrevistas: El otro sector que está comprendido por expertos en la materia o rama del Derecho que investigaré y por personas que tienen íntima relación con las problemáticas determinadas, tales como:

Un Docente con maestría en Derecho Penal, un Juez de Garantías Penales, y, un Fiscal especialista en delitos sexuales.

Otra de las temáticas que aplicaré, es la observación de campo, al lugar donde se presenta la problemática, esto con la finalidad de determinar la relevancia de mi investigación permita la trascendencia de esta realidad.

Herramientas: Grabadora, cuaderno de apuntes, retroproyector, fichas.

Materiales: Libros, diccionarios jurídicos, manuales, leyes.

Los resultados de la investigación se presentarán en tablas, barras o gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirven para la construcción del marco teórico, verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, y para arribar a conclusiones y recomendaciones encaminadas a la solución del problema planteado.

7.3 Esquema Provisional del Informe Final.

El informe final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento del Régimen Académico, en actual vigencia que señala: Resumen en Castellano y Traducido al inglés; Introducción, Revisión de literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Discusión; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía; y, Anexos.

Sin perjuicio de dicho esquema, es necesario que en éste acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el informe final de la investigación socio-jurídica propuesta, conforme la siguiente lógica:

Acopio teórico:

- a) **Marco conceptual:** Derecho Penal, Teoría del Delito, Delitos Sexuales, Víctima, Adolescente, Consentimiento.
- b) **Marco Jurídico:** Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal.
- c) **Criterios Doctrinarios:** Consulta de autores nacionales y extranjeros referentes a la problemática propuesta.

Acopio empírico;

- a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas.
- b) Presentación y análisis de los resultados de las entrevistas.

Síntesis de la investigación jurídica;

- a) Indicadores de verificación de los objetivos.
- b) Contrastación de las hipótesis.
- c) Concreción de los fundamentos jurídicos para la propuesta de reforma.
- d) Deducción de conclusiones.

e) El planteamiento de las recomendaciones o sugerencias, entre las que estará la propuesta de la reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1. RECURSOS HUMANOS

Director de Tesis: Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Mg. Sc.

Poblacion investigada:

- Abogados en libre ejercicio de la profesion (30)
- Entrevistados (5)

Autor: Michael David Massa Pacheco.

9.2. RECURSOS MATERIALES

Material de Escritorio	\$ 300
Libros	\$ 180
Copias	\$ 40
Transporte y Movilización	\$ 100
Reproducción del proyecto	\$ 210
Asuntos Varios	\$ 200
TOTAL	\$ 1030.00

9.3. FINANCIAMIENTO

Los gastos que ascienden a **MIL TREINTA DÓLARES AMERICANOS (\$ 1030.00)**, serán financiados de recursos propios sin perjuicio de requerir un crédito educativo o ayuda económica de un centro de investigaciones u otra entidad.

10. BIBLIOGRAFÍA

- Albán, E. (2018). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte Especial Tomo I*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales EDLE S.A.
- Brito, M. A. (2010). *Sexo Violento*. Loja - Ecuador: Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja.
- Cabanellas de Torres, G. (1998). *Diccionario Jurídico Elemental* (1998 ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Código Orgánico Integral Penal. (02 de 07 de 2019). *Registro Oficial*, 175.5. Quito, Ecuador: LEXISFINDER.
- Constitución de la República del Ecuador. (30 de Abril de 2019). *Registro Oficial*, art. 408. Quito, Ecuador: LEXISFINDER.
- Muñoz, F. (2018). *Teoría General Del Delito*. Bogotá - Colombia: Temis S.A.
- Muñoz, F., & García, M. (2015). *Derecho Penal Parte Especial*. México D.F.: Tirant Lo blanch México.
- Rodríguez, F. (2019). *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo I Introducción al Derecho Penal*. Quito, Ecuador: Cevallos.
- Rodríguez, F. (2019). *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II Teoría del Delito*. Quito, Ecuador: Cevallos.
- Ruíz, A., Aguirre, P. J., & Avila, D. F. (2017). *Desarrollo Jurisprudencial de la primera Corte Constitucional*. Quito, Ecuador: Secretaría Técnica Jurisdiccional.
- Sentencia de la Corte Constitucional N.º 003-18-P.TO-CC, 0775-11-TP (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR 27 de 06 de 2018)
- Tenca, A. M. (2009). *Delitos Sexuales*. Buenos Aires: Astrea.

MICHAEL DAVID MASSA PACHECO

AUTOR

11.2. Encuesta



Universidad Nacional de Loja
Facultad Jurídica, Social y Administrativa
Carrera de Derecho
Encuesta para abogados en libre ejercicio

Apreciado abogado: me encuentro desarrollando una investigación jurídica titulada: "La validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales en el Código Orgánico Integral Penal"; conoedor/a de su probidad y conocimiento se sirva contestar las siguientes interrogantes:

1. ¿Conoce usted sobre el régimen legal aplicable respecto de la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales en el Código Orgánico Integral Penal?

Si () No()

2. ¿Considera usted que existe limitación de derechos fundamentales que genera el numeral 5 del Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal al no considerar la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales??

Si () No()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

3. ¿Cree usted que existe contradicción sobre la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos

sexuales con el ordenamiento jurídico penal vigente?

Si () No()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

4. ¿Considera usted que la disposición establecida en el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, al establecer la irrelevancia del consentimiento en la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales, vulnera el derecho del adolescente en decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva?

Si () No()

¿Fundamente?

.....
.....
.....
.....

5. ¿Cree usted que la disposición referida en el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, se encuentra contradiciendo lo establecido en la doctrina de protección integral de los adolescentes, conjuntamente con los principios progresividad de derechos constitucionales, y del interés superior de la niñez y adolescencia?

Si () No()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....

6. ¿Está de acuerdo en reformar al Código Orgánico Integral Penal, estableciendo la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales?

Si () No()

En caso de que su respuesta sea afirmativa, ¿Cuál sería su propuesta?

.....
.....
.....

.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

11.3. Entrevista

Entrevista.

1. La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 66, numeral 9 garantiza el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual, en base a esta disposición la Corte Constitucional en sentencia 003 – 2018 se pronunció que los adolescentes están en plena capacidad anatómica y fisiológica de ejercer su sexualidad. Al respecto, ¿qué opinión le merece que en delitos sexuales el consentimiento del adolescente mayor de catorce años de edad tenga validez?

2. El numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece la solución de antinomias, cuando exista contradicción entre normas jurídicas, se aplicará la jerárquicamente superior. Para usted, existe contradicción del artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, respecto de la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años

de edad en delitos sexuales con el ordenamiento constitucional del artículo 66 numeral 9.

3. ¿Considera usted que la irrelevancia del consentimiento en la víctima menor de dieciocho años de edad en delitos sexuales establecida en el numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, se está contradiciendo a lo establecido en la doctrina de protección integral de los adolescentes y principio de progresividad de derechos?

4. Podría indicar las limitaciones de derechos fundamentales que genera el numeral 5 del Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal al no considerar la validez del consentimiento en adolescentes mayores de catorce años de edad en delitos sexuales.

5. ¿Qué alternativa de solución sugiere?

ÍNDICE

AUTORIZACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
ESQUEMA DE CONTENIDOS	VII
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN.....	2
2.1. ABSTRACT	5
3. INTRODUCCIÓN.....	8
4. REVISIÓN LITERARIA.....	11
4.1. Marco Conceptual.....	12
4.1.1. Derecho Penal.....	12
4.1.2. Delito	16
4.1.3. Tipicidad	19
4.1.4. Bien Jurídico.....	25
4.1.5. Violación.....	29
4.1.6. Abuso Sexual	33
4.1.7. Estupro	37
4.1.8. El engaño	40
4.1.9. Pubertad.....	43

4.1.10. Discernimiento.....	46
4.1.11. La Adolescencia	49
4.1.12. El pudor	53
4.1.13. La Sexualidad.....	56
4.1.14. Acto Sexual	60
4.1.15. Libertad Sexual.....	62
4.1.17. Consentimiento.....	69
4.1.18. Validez.....	72
4.2. Marco Doctrinario	75
<u>4.2.1. Principios Constitucionales en el marco de tipificación del delito</u>	<u>75</u>
4.2.1.1. La Legalidad como principio constitucional	75
4.2.1.2. Seguridad Jurídica como estabilizador del orden jurídico	78
4.2.1.3. Principio del interés superior.....	81
4.2.1.4. Doctrina de protección integral	82
4.2.1.5. Principio de progresividad	83
4.2.2. Delitos sexuales de violación, abuso sexual y estupro.....	84
4.2.2.1. Bien jurídico en delitos contra la integridad sexual y reproductiva	85
4.2.2.2. Tipicidad del delito de violación	87
4.2.2.3. Elemento subjetivo del delito de violación.....	89
4.2.2.4. Manifestación de voluntad irrelevante en el delito de violación .	91
El adolescente menor de catorce años de edad, al manifestar su consentimiento, según las leyes ecuatorianas, será irrelevante, y or lo tanto no tendrá validez, para ser valorado por el tribunal penal	92
4.2.2.5. Sujeto activo del delito de violación	93
4.2.2.6. Sujeto pasivo en el delito de violación	94
4.2.2.7. El núcleo del delito de violación.....	96
4.2.2.8. Falta de consentimiento en el delito de violación	98
Delito de Abuso Sexual	101
4.2.2.9. Abuso sexual infantil.....	101
4.2.2.10. Bien jurídico en el delito de abuso sexual	103
4.2.2.11. Elemento subjetivo del delito de abuso sexual.....	105

4.2.2.12. Falta de consentimiento en abuso sexual	106
4.2.2.13. Sujeto activo y pasivo del delito de abuso sexual	110
4.2.2.14. La conducta típica en el delito de estupro	112
4.2.2.15. Elemento subjetivo del delito de estupro.....	114
4.2.2.16. El Consentimiento de la víctima en los delitos sexuales; delito de violación y delito de estupro	116
4.2.3. Etapas del desarrollo del adolescente	117
4.2.3 1. La pubertad y su impacto psicológico en las niñas y los niños	117
4.2.3.3. Las características sexuales en los adolescentes.....	120
4.2.4. El desarrollo de la sexualidad	122
4.2.4.1. Hormonales sexuales en la Pubertad	122
4.2.5. Estudio de la víctima en delitos sexuales.....	125
4.2.5.1. Víctima de delitos sexuales desde el criterio médico	125
4.2.5.2. Víctima en el ámbito de la criminología.....	128
4.3. Marco Jurídico	133
4.3.1. Ejercicio de los Derechos en la Constitución de la República del Ecuador.....	133
4.3.2. Derecho a la educación sexual en la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes.	145
4.3.3. Disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva en el Código Orgánico Integral Penal	147
4.4. Derecho comparado	158
4.4.1. Código Penal Colombiano	158
4.4.2. Código Penal Peruano.....	159
4.4.3. Código Penal de Costa Rica	162
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	164
5.1. Materiales utilizados.....	164
5.2. Métodos.....	164
5.3. Procedimiento y técnicas	166

6. RESULTADOS.....	169
6.1. Resultados obtenidos mediante la aplicación de las encuestas ...	169
6.2. Resultados obtenidos mediante la aplicación de las entrevistas.	183
6.3. Estudio de Casos.....	206
7. DISCUSIÓN.....	220
7.1. Verificación de Objetivos	220
7.2. Contrastación de Hipótesis.....	225
7.3. Fundamentos jurídicos que sustentan la propuesta de reforma ...	227
8. CONCLUSIONES.....	232
9. RECOMENDACIONES.....	235
9.1. Propuesta de Reforma Jurídica	236
10. BIBLIOGRAFÍA.....	239
DOCTRINARIO	239
11. ANEXOS	245
11.1. Proyecto de Tesis	245
11.2. Encuesta.....	282
11.3. Entrevista	284
ÍNDICE	286