



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TESIS PREVIA A OPTAR EL GRADO DE LICENCIADA EN JURISPRUDENCIA Y TÍTULO DE

TÍTULO:

“AUTONOMÍA Y LIBERTAD SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES Y LA
PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO VIOLACIÓN”

AUTORA:

AYNEE SOLANGE ROJAS VÉLEZ

DIRECTORA DE TESIS:

Dra. PAULINA MONCAYO CUENCA .MG.SC.

LOJA – ECUADOR

2020

CERTIFICACIÓN

Dra. Mgs.

Paulina Moncayo C.

DIRECTORA DE TESIS

CERTIFICA:

Que, he revisado en forma prolija la tesis titulada “Autonomía y libertad sexual de los adolescentes y la proporcionalidad de la pena en el delito violación” de autoría de la investigadora Aynee Solange Rojas Vélez, y por cumplir los requerimientos académicos, metodológicos y reglamentarios, autorizo su presentación y disertación pública.

La responsabilidad sobre las ideas vertidas en la investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Es todo cuanto puedo certificar en honor a la verdad.

Loja, 27 de julio de 2020

Dra. Paulina Moncayo Cuenca .Mg. Sc.

DIRECTORA DE TESIS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, Aynee Solange Rojas Vélez, declaro ser autora de la tesis titulada **“AUTONOMÍA Y LIBERTAD SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES Y LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO VIOLACIÓN”**; como requisito para optar por el grado de **ABOGADA**; 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 por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 27 días del mes de julio de dos mil veinte, firma la autora.

Firma:

Autora: Aynee Solange Rojas Vélez

Cédula: 110424200-1

Correo electrónico: sol-s_lg@hotmail.com

Teléfono celular: 0969361909

Datos complementarios:

Directora de tesis: Dra. Paulina Moncayo C.

Tribunal de grado: Presidente: Dr. José Dositeo Loayza Moreno, Mg.Sc.,

Miembros del H. Tribunal de Grado: Dr. Ángel Medardo Hoyos Escaleras,

Mg.Sc. Dr. Mauricio Paúl Quito Ramón, Mg.Sc.

DEDICATORIA

Dedico la presente tesis primero a Dios, por la vida y por la fortaleza que me ha brindado cada día en el camino de mis estudios, así mismo a mi madre por las enseñanzas que me ha cultivado desde pequeña en diferentes aspectos y por ser el apoyo fundamental en mi diario vivir, a mi padre por el apoyo brindado en mis estudios, a mi hermanita menor por las sonrisas que me alegran cada día, a mis abuelitos por siempre estar a mi lado cuidándome y aconsejándome para ser una mejor persona, y a mis familiares por el cariño brindado.

Aynee Solange Rojas Vélez

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Nacional de Loja por permitirme realizar mis estudios y formarme como profesional, a los docentes de la carrera de Derecho que me han transmitido sus sabios conocimientos y me han brindado las bases para el progreso en mi carrera, a mi madre por ser el apoyo incondicional en mi vida, por la paciencia que me tiene y por el cariño que siempre me da, a mi padre por el apoyo brindado para continuar con mis estudios, de igual manera mi mayor agradecimiento al Dr. César Guerrero primeramente por haberme abierto las puertas de su Estudio Jurídico en el cual me he ido formando para ser una gran profesional gracias a los conocimientos que sin egoísmo me ha sabido transmitir y por todo el apoyo que de él he recibido para salir adelante con mi carrera, así mismo al equipo de LexConsult Dres. José Luis Silverio y Richard Núñez, y, Mario Santiago, quienes me han ayudado con sus conocimientos para mis estudios.

TABLA DE CONTENIDOS

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN	i
DECLARACIÓN DE AUTORÍA.....	ii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
TABLA DE CONTENIDOS	vi
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT:	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	8
4.1. MARCO CONCEPTUAL	8
4.1.1 DERECHO PENAL	8
4.1.2 DELITO.....	10
4.1.3 EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL.....	12
4.1.4 LA ADOLESCENCIA	14
4.1.5 PROPORCIONALIDAD DE LA PENA	18
4.2 MARCO DOCTRINARIO.....	21
4.2.1 Antecedentes históricos del delito de violación.....	21
4.2.2 Lesividad.....	26

4.2.3 Libertad e indemnidad sexual	28
4.2.4 Asimetría de edad.....	30
4.2.5 Resultado.....	35
4.2.6 Penalización en el delito de violación	36
4.2.7 Víctimas en delitos sexuales.....	52
4.2.8 Abordaje bio-psicosocial del adolescente	57
4.3 MARCO JURÍDICO	67
4.3.1 LA LIBERTAD SEXUAL Y LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.....	67
4.3.2 LA LIBERTAD SEXUAL EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	70
4.3.3 EL DELITO DE VIOLACIÓN Y ESTUPRO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.....	74
4.3.4 LOS ADOLESCENTES FRENTE AL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR.....	80
4.3.5 ANÁLISIS DE RANGO DE EDAD DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	83
4.3.6 DERECHO COMPARADO	86
5. MATERIALES Y MÉTODOS	94
6. RESULTADOS	97
6.1 RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENCUESTA	97
6.2 RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENTREVISTA	109

6.2.1 ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS:	118
6.3 ESTUDIO DE CASOS.....	121
6.3.1 CASO 1.....	121
SENTENCIA N° 003-18-PJO-CC, CASO N.º 0075-11-JP, DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR	121
6.3.2 CASO 2.....	125
7. DISCUSIÓN.....	129
7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.....	130
7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPOTÉSIS	133
7.3 FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE SUSTENTAN LA PROPUESTA DE REFORMA	134
8. CONCLUSIONES.....	135
9. RECOMENDACIONES	137
9.1 Propuesta de Reforma Jurídica.....	138
10. BIBLIOGRAFÍA	141

1. TÍTULO

“AUTONOMÍA Y LIBERTAD SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES Y LA
PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO VIOLACIÓN”

2. RESUMEN

La presente investigación 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 en el Código Orgánico Integral Penal cuando en su Art. 171, al tipificar el delito de violación, sanciona con una pena de 19 a 22 años de privación de la libertad a quien mantiene relaciones sexuales con una persona menor de 14 años, sin conceder ninguna relevancia al hecho de que el adolescente haya querido, voluntariamente, mantener la relación sexual, en el marco de una relación amorosa, ya sea que ésta sea una relación ya establecida o casual. La sanción en este caso, es igual a la prevista para la violación cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pueda resistirse, o cuando la violación se haya cometido mediante el uso de la violencia, amenaza o intimidación. Si reparamos en que el Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia define al Adolescente como: “la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”; si nuestra Constitución en su Art. 66.9 consagra como uno de los derechos fundamentales de todas las personas, incluidos los adolescentes el “tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual...”, norma que ha merecido una interpretación erga omnes por parte de la Corte Constitucional; y, si la misma Constitución en su Art. 76.6 ordena que “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”; es evidente que el precitado Art. 171.3 del Código Orgánico Integral Penal se contradice con la

Constitución y con el Código de la Niñez y Adolescencia, que vulnera el derecho de los adolescentes comprendidos entre 13 y 14 años a ejercer su vida sexual, en aquellos casos en que la relación sexual es producto de su consentimiento, y vulnera también el derecho del sujeto comisor a que la pena que le corresponde sea proporcional a la conducta penalmente relevante ejecutada.

ABSTRACT:

The present investigation that is presented under the thesis modality refers to a legal problem that deserves to be transformed to solve and overcome the socio-legal problem that is identified in the Organic Integral Criminal Code when in its Article 171, when typifying the crime of violation , punishes with a penalty of 19 to 22 years of deprivation of liberty to those who have sexual relations with a person under 14 years of age, without giving any relevance to the fact that the adolescent has voluntarily wanted to maintain the sexual relationship, in the framework of a love relationship, whether it is an already established or casual relationship. The sanction in this case is equal to that provided for the violation when the victim is deprived of reason or sense, or when due to illness or disability he cannot resist, or when the violation has been committed through the use of the violence, threat or intimidation. If we notice that Article 4 of the Childhood and Adolescence Code defines the Adolescent as: “the person of both sexes between twelve and eighteen years of age”; if our Constitution in its Article 66.9 enshrines as one of the fundamental rights of all persons, including adolescents, “making free, informed, voluntary and responsible decisions about their sexuality, and their life and sexual orientation...”, a norm that has deserved an erga omnes interpretation by the Constitutional Court; and, if the same Constitution in its Art. 76.6 orders that “the law shall establish the proper proportionality between the infractions and the penal, administrative or other sanctions”; It is evident that the aforementioned Art. 171.3 of the Organic Integral Criminal Code contradicts the Constitution and the Code of Children and Adolescents, which violates the right of adolescents between 13 and 14

years to exercise their sexual life, in those cases in which the sexual relationship is the product of his consent, and also violates the right of the commissioner subject to the punishment that corresponds to it is proportional to the criminally relevant conduct executed.

3. INTRODUCCIÓN

La investigación ha sido elaborada y sustentada en base a 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 este sentido, en el apartado denominado “Revisión de literatura”, se presenta conceptos de diferentes autores sobre Derecho Penal, delito, delito de violación sexual, adolescencia y proporcionalidad de las penas.

Al conceptualizar los diversos componentes del problema investigado se hizo necesario hacer referencia a sus aspectos doctrinales por ello se presentan categorías tales como antecedentes históricos del delito de violación, lesividad, libertad e indemnidad sexual, asimetría de edad, resultado, penalización en el delito de violación, finalidad, pena privativa de libertad en el delito de violación, proporcionalidad de la pena, individualización de la pena, atenuación de la pena, la víctima en el delito de violación, el adolescente frente al delito de violación, abordaje bio-psicosocial del adolescente, desarrollo biológico, desarrollo psicológico y desarrollo social.

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, el 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 presentan 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.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

Para conceptualizar la problemática que se investiga, es preciso hacer referencia a la rama del Derecho pertinente:

4.1.1 DERECHO PENAL

El poder de castigar del Estado juega un papel muy importante, ya que este nace para garantizar la convivencia pacífica entre sus ciudadanos, quienes han otorgado parte de sus libertades para obtener protección de sus derechos.

Hablar de Derecho Penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho Penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). El mundo está preñado de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También del Derecho Penal. (Muñoz & García, Fundamentos del Derecho Penal, Parte General 8va Edición, 2015, pág. 29)

La violencia rodea al Derecho Penal, ya que el mismo se encarga de castigar a quienes han usurpado los derechos de las personas, derechos que se encuentran protegidos por la Ley, y que son coartados a través de actos impetuosos tipificados en un cuerpo legal, dichos actos son sancionados con diferentes penas, ya sean estas pecuniarias, privativas de libertad o con trabajo comunitario, estas penas a su vez coartan también derechos de las personas, entonces, se podría decir que se castiga violencia con violencia.

Se conoce como Derecho Penal a las normas jurídicas a las que se sujetan los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas de una conducta que el legislador prohíbe realizar o, en su caso, ordena hacerlo. (Torres, 2011, pág. s/n)

Hablar de normas jurídicas es referirse a aquellos preceptos que buscan mantener el orden y la convivencia pacífica entre los ciudadanos; aquí radica la importancia de la tipificación de normas en el Derecho Penal que buscan esta finalidad, se indica en las mismas cuales son las conductas que se pretende regular, es decir, que conductas serían antijurídicas, se debe abarcar un amplio espectro de situaciones regulables ya que las mismas podrían ser posiblemente aplicadas a un amplio número de personas; y, de igual manera, se acompaña a las mismas la sanción que sería impuesta en caso de contravenir a la ley; estas normas incluso pueden ser impuestas de manera coercitiva, a través de la facultad que tiene Estado.

El Derecho Penal tiene sentido racional en la medida que constituya un mecanismo idóneo de protección de bienes jurídicos. La prevención del delito constituye así la meta fundamental del Derecho Penal. El

cumplimiento de esta misión, sin embargo, se ve dificultada por la cada vez mayor complejidad que viene cobrando la dinámica social de nuestras sociedades de riesgos. (Reyna Alfaro & Caro Coria, 2016, pág. 7)

El Derecho Penal busca proteger a los bienes jurídicos evitando que se cometan delitos en la sociedad, a través de la tipificación de delitos con sus respectivas penas, lo cual, supuestamente debería provocar algún temor en las personas para que las mismas eviten cometer este tipo de conductas antijurídicas, las cuales lo único que provocarían, es privarlos de un derecho fundamental, como lo es la libertad; empero, debido a las diferentes circunstancias en las que se encuentran en su diario vivir las personas, se siguen cometiendo diariamente delitos, por lo que la misión que tiene el Derecho Penal, se ve obstruida.

4.1.2 DELITO

Es importante tener una idea de lo que es el delito, y para ello debemos considerar las concepciones del mismo dadas por diferentes concedores del Derecho, mismas que nos ayudaran en nuestra investigación.

Delito es la afectación injusta y culpable de los mayores bienes jurídicos –los que reposan, soberanos, en el ara de la Constitución- pero no cualquier afectación: solo la más grave. (Beccaria, 2019, pág. s/n)

En la Constitución se encuentran establecidos los derechos y obligaciones de todas las personas, el Estado otorga mecanismos de protección de estos derechos, los mismos que en materia penal son bienes jurídicos que se encuentran tutelados bajo la tipificación de una norma penal que castiga con una pena a quien coarte bienes jurídicos; al momento en que una persona adecúa su conducta a lo que tipifica la norma penal, afectando de esta manera dichos bienes jurídicos, la persona estaría cometiendo un delito.

Acerca del delito, Enrique Roldán Cañizares, cita a Beling (1906), quien lo definió como:

La acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad” (Roldán, 2019, pág. 173)

Se hace referencia a una conducta humana, aquel acto que debe ser ejecutado necesariamente por una persona; dicha conducta debe encontrarse descrita con antelación en la norma, es decir, debe estar considerada como un delito; debe ser contraria a la norma establecida, en sí, ésta conducta está prohibida por la legislación; y, finalmente, la persona se debe encontrar en la capacidad de comprender que no actuó conforme Ley, que tiene conocimiento de la antijuridicidad del acto cometido.

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. (Muñoz & García, Fundamentos del Derecho Penal, Parte General 8va Edición, 2015, pág. 41)

Esta conducta humana típica, antijurídica y culpable, será sancionada con una pena, la misma que se encuentra establecida con anterioridad en cada tipo

penal; el legislador es el encargado de normar estas conductas y establecer la sanción correspondiente, al final, será el Juez quien en la Audiencia respectiva imponga la pena correspondiente, luego del debido análisis crítico a la infracción que se pretende sancionar.

4.1.3 EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL

Resulta necesario para la comprensión del delito en el que se centra la investigación, analizar su conceptualización.

Respecto a la violación, se puede decir que la misma es aquella relación sexual forzada, en donde la víctima no da su consentimiento, Guillermo Cabanellas la define como:

Tener acceso carnal con una mujer privada de sentido, empleando fuerza o grave intimidación o, en todo caso, si es menor de doce años, en que carece de discernimiento para consentir un acto de tal trascendencia para ella. (Cabanellas de Torres, 2014, pág. 388)

Al momento en el que la persona no decide ni consiente en el acto sexual, existiendo diferentes motivos, ya sea porque simplemente no desea, o, debido a alguna enfermedad mental que le impide discernir con raciocinio respecto a la situación en la que se encuentra, ya sea porque la misma es amenazada, intimidada o se ha hecho uso de la fuerza o agresiones para llevar a cabo un acto sexual, se atenta contra la libertad que la persona tiene para decidir sobre su sexualidad; se hace referencia a otro punto importante, siendo este la edad,

cuando la persona es menor de doce años, ya que su mentalidad no se encuentra muy desarrollada respecto de su sexualidad y el manejo libre de la misma, adicionalmente, a esa edad se considera que una persona se encuentra aún en el periodo de niñez, y, el bien protegido en este caso es la indemnidad sexual debido a que se afectaría la formación normal respecto de su propia sexualidad.

En el delito de violación se atenta contra la libertad sexual, es decir aquella facultad que tiene el ser humano de disponer de su cuerpo como a bien tuviere en materia sexual, siempre y cuando no atente contra la moral o las buenas costumbres. En la violación no existe consentimiento, el sujeto activo ejecuta el acto sexual sin la aquiescencia del ofendido.
(Egas, 1991, págs. 26,27)

La conducta ilícita implica el acceso carnal a una persona de cualquier sexo, sin la voluntad de esta, acto en cual media la fuerza o violencia para llevar a cabo la actividad sexual no deseada por la víctima; este delito atenta contra la libertad sexual ya que se le ha coartado a la persona la libertad para decidir sobre su cuerpo en lo referente a su sexualidad.

El Dr. Xavier Zavala Egas, en una de sus publicaciones referentes al delito de violación, cita a Fontan Balestra, quien comenta el Código Penal Argentino, "Derecho Penal", parte especial" y nos dice que:

"El delito de violación se configura en todos los casos con el acceso carnal. Por acceso carnal se entiende la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona, sea por vía normal o

anormal, de modo que dé lugar al coito o a un equivalente anormal de él.
..". (Egas, 1991, pág. 28)

Uno de los elementos principales es la penetración del miembro viril masculino o de objetos dentro de las partes íntimas de otra persona, acto sexual que se lleva a cabo a través de la fuerza o violencia, es decir, sin el consentimiento de la otra persona; en este caso, no es necesario que en el acto sexual se produzca la eyaculación, ni que la penetración sea completa; el bien jurídico protegido es la libertad sexual, ya que se obliga a un individuo a mantener una relación carnal involuntaria.

4.1.4 LA ADOLESCENCIA

Es importante iniciar precisando la definición de adolescencia, según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, la define como:

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, aun cuando no es ésta 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)

Una de las etapas más importantes de la vida del ser humano es la adolescencia, la cual es posterior a la niñez, y es notoria debido a los diferentes cambios que se presentan, tanto físicos como psicológicos, en esta etapa la persona se va desarrollando de cierta manera debido a los diferentes factores de los ámbitos que le rodean, ya sean familiares, educativos o sociales que influyen en este proceso; es importante tener diferenciado a este grupo, así como desde que momento inicia esta etapa, es decir, indicar la edad de su inicio, ya que la misma toma relevancia jurídica dentro de nuestra normativa; dentro del ámbito penal es importante, para tener claro cuando un delito se comete contra un niño o un adolescente, y así poder diferenciar el bien jurídico protegido en cada uno y que se aplique una debida proporcionalidad de las penas, nuestra normativa sanciona a los adolescentes con medidas socioeducativas.

Etimológicamente, adolescencia proviene del latín *ad*: a, hacia, y *olescere*, de *olere*: crecer. Significa la condición y el proceso de crecimiento.

La Organización Mundial de la Salud define la adolescencia como el periodo de crecimiento y desarrollo humano que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y los 19 años. Esta fase de crecimiento y desarrollo viene condicionada por diversos procesos biológicos. El comienzo de la pubertad marca el pasaje de la niñez a la adolescencia. (Organización Mundial de la Salud, 2019)

Adolescente es aquella persona que se encuentra en un periodo de crecimiento y desarrollo, posterior a la niñez, a éste periodo le acompañan distintos procesos biológicos propios de esta etapa, tales como cambios emocionales y

psicológicos, así como también corporales, este proceso es gradual y se ve afectado por los diferentes factores tanto positivos como negativos provenientes de la sociedad y todos quienes les rodean.

El período de la pubertad y de la adolescencia se inicia con la combinación del crecimiento rápido del cuerpo y de la madurez psicosexual, que despierta intereses por la sexualidad y formación de la identidad sexual. (Bordignon, 2005, pág. 56)

Cuando termina la niñez, empieza la adolescencia, la cual es una etapa de desarrollo del ser humano, esta etapa se ve marcada por las diferencias que se presentan en la persona, se evidencian cambios biológicos, mismos que son apreciables en el cuerpo del adolescente, así como cambios psicológicos evidenciados en la forma de pensar, estos cambios se ven influenciados por diferentes factores; como se hace mención, el interés por la sexualidad se empieza a evidenciar ya en esta etapa, lo cual le permite que su identidad sexual se vaya formando en base a diferentes aspectos; esta formación ayuda a la persona en su desarrollo y a que alcance la madurez que le permita aceptar y por ende asumir su rol en la sociedad como un adulto estableciendo relaciones en la sociedad; a partir de éste punto, se puede establecer que la adolescencia ha terminado.

Es importante tener conocimiento de cuáles son los derechos sexuales de los adolescentes, y, proveerlos de los mecanismos de información adecuados para orientar a este grupo a que tomen decisiones libres, voluntarias, informadas y responsables; el Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES) de México, menciona al respecto que:

“Las y los adolescentes tienen derecho a la sexualidad y a la reproducción, por ello es importante orientarlos para que puedan ejercer sus derechos de manera libre e informada.” (INMUJERES, 2019)

Los adolescentes son personas, esto los convierte en sujetos de derechos, Tratados Internacionales y nuestra propia Constitución otorgan derechos a las personas incluidos los adolescentes para que estos puedan ejercerlos libre y voluntariamente dentro del marco de la responsabilidad, para esto, tanto sus padres como el Estado, se encuentran en la obligación de otorgar los mecanismos de información correspondientes, a efecto de que estos derechos no les sean coartados, sino que los ejerzan responsablemente.

La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia Nro. 003-18-PJO-CC, ha manifestado que: *“En efecto, esta Corte considera que el derecho a disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de decidir libre, responsable e informadamente procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, es un derecho que corresponde ejercer directamente a las y los adolescentes, como sujetos plenos de derechos y en virtud del principio de autonomía.”* ; y, *“ 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.”* (Sentencia, 2018, págs. 25,34)

Nuestro máximo órgano de interpretación de normativa constitucional, ha establecido que, el derecho a decidir sobre su vida sexual les corresponde únicamente a los adolescentes, ya que ellos son sujetos de derechos, este

derecho lo deberán ejercer con plena responsabilidad, guiados por sus padres y con la ayuda de las herramientas que el Estado les otorgará a través de los diferentes medios informativos, a efectos de que no por su vulnerabilidad, se coarten derechos de los adolescentes.

4.1.5 PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

El concepto de proporcionalidad de las penas es producto de una evolución histórica, introducido para limitar al ius puniendi; Hernán Fuentes Cubillos, citando a Alfredo Etcheberry en su obra Derecho Penal, Parte general, menciona que:

Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi. (Fuentes, 2008, pág. 19)

Este principio prohíbe el exceso en la actuación del ius puniendi, y busca que la imposición de las penas por el cometimiento de un delito sean razonables o proporcionales, basadas en los derechos fundamentales que consideran que este principio debe actuar como un límite de límites, para que contribuya a que

la proporcionalidad de las penas mantenga una íntima relación con el principio de Estado de Derecho, y finalmente, con el valor de la justicia. Básicamente, este principio es el equilibrio que debe mantenerse entre el derecho a castigar que tiene el Estado y los derechos de las personas.

Respecto al principio de proporcionalidad de las penas y frente al alcance de este principio dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Corte Constitucional ha precisado diversos matices, entre ellos, el que compete, el siguiente:

En el caso del principio de proporcionalidad en el derecho penal, se ha señalado que el mismo posee una serie de subprincipios, como el de idoneidad de la norma de conducta y el de idoneidad de la norma de sanción; orientado el primero a identificar si la norma jurídica constituye un mecanismo adecuado y pertinente al logro del fin perseguido; y, el segundo, exige verificar que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida. (Ruiz, Aguirre, & Avila, 2017, pág. 32)

El ordenamiento jurídico busca ser efectivo para que exista una convivencia pacífica en la sociedad a través de la implantación de diferentes mecanismos que son necesarios para dar cumplimiento con su finalidad; a las personas les son impuestos deberes y a su vez, se les otorga derechos, la sanción es un efecto derivado de la norma, la misma que es impuesta al momento en el que no se cumple con el deber jurídico y se va en su contra; lo importante a tener en cuenta es que si la norma jurídica que impone la sanción es la adecuada para dar cumplimiento con el fin que persigue; y, segundo, si el requerimiento

impuesto en la norma penal para que la persona se abstenga de delinquir y cometer conductas antijurídicas es el medio idóneo para llegar a su objetivo.

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de que manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de la mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible.

(Carbonell, pág. 3)

De esta manera, se entiende que una de las finalidades es tutelar de la mejor manera los derechos de las personas, brindarles la protección necesaria, pero sin que esto limite o coarte derechos de un tercero; de igual manera busca asegurar que los objetivos que buscan las penas se cumplan, pero, que las mismas se encuentren establecidas de manera racional en la ley; y, adicionalmente que estas penas se vuelvan necesarias para lograr los fines legítimos en la sociedad, a través del respeto de los derechos de todas las personas y de un control del poder punitivo del Estado.

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 Antecedentes históricos del delito de violación

El delito de violación sexual ha existido siempre, pero su regulación en el ordenamiento jurídico ha ido variando conforme el avance de la sociedad y sus normas, al respecto, se hará un breve análisis de la evolución de este delito dentro del Derecho Romano en algunos de sus periodos; respecto al periodo de la Monarquía:

La violación consistiría en el yacimiento obtenido contra la voluntad de la víctima, utilizando para ello fuerza física o moral. Aunque, en una sociedad primitiva se diese más la primera causa que la segunda... Al mismo tiempo, las violaciones afectaban a la honra y no sólo a la de la víctima sino a la honra de los familiares o maridos, en caso de tratarse de mujeres casadas.... el Derecho de esta época no admitía el poder de decisión de la mujer en el mantenimiento de relaciones sexuales.
(Rodríguez, 1997, págs. 45,51)

Respecto a este periodo de la historia, se toman en consideración diferentes casos de agresiones sexuales que se dieron y en base a los cuales se puede hacer un análisis del delito de violación en aquel periodo; la agresión sexual se daba en contra de la voluntad de la persona, haciendo uso de la fuerza física para someterla o de la fuerza moral, es decir, se amenazaba a la persona y especialmente a las mujeres con afectar su honra, acusándolas, en caso de ser casadas, de adulterio, debido a que en esta época, la castidad de la mujer, era

muy valorada y considerada signo de honorabilidad de la misma, y a su vez, era el bien jurídico protegido; estas situaciones permiten evidenciar la época machista en la que se vivía y el grado de inferioridad que se le daba a la mujer, puesto que, la castidad en el hombre, se debía mantener hasta cierto punto, además, la mujer cuando se casaba, quedaba a órdenes de su marido, quien podía disponer de la misma en el aspecto sexual cuando él quisiera, sin que la misma se pudiese negar, a las mujeres no se les permitía la libertad de tomar decisiones respecto a si mantener o no relaciones sexuales; así mismo, hay que tener en consideración que la deshonra de una mujer, le afectaba no solo a ella, sino a su círculo familiar. De igual manera, cabe hacer hincapié en que los esclavos en esa época eran considerados objetos, y que no se consideraba violación cuando sus amos abusaban sexualmente de ellos.

El delito de violación en la República:

La acción de injurias fue otorgada a la mujer o a la doncella libres seducidas sin su consentimiento. También podían utilizarla los parientes de la mujer ofendidos por el hecho, es decir, el padre o el marido. Es, por tanto, el delito de violación en la República una injuria que no sólo afecta a la persona injuriada, sino también a los parientes, cuyo honor se siente del mismo modo ultrajado. (Rodríguez, 1997, págs. 57,58)

El elemento que se sigue considerando y es relevante, es la ejecución del acto sexual obtenido a través de la fuerza ya sea física o moral llevado en contra de la voluntad de la persona; en este periodo, se reconoce la acción de injurias a aquellas mujeres que eran víctimas de una agresión sexual en contra de su voluntad, ya que se afectaba el honor de esta, pero dicha acción se extiende

inclusive a los familiares más cercanos, especialmente a los varones, quienes también llegarían a ofenderse por el ultraje llevado a cabo en contra de la voluntad de la mujer, ya que este tipo de actos eran contrarios a lo que establecía el ordenamiento jurídico; en este periodo la mujer debía llegar casta al matrimonio y después solo podía mantener relaciones sexuales con su marido; por el contrario, se reconocía la libertad sexual únicamente al hombre, este podía mantener contacto sexual con otras mujeres, aparte de su esposa, siempre y cuando dichos actos no atentan la honorabilidad u honestidad de la mujer; pero, el hombre podía mantener relaciones sexuales con su mujer legítima o con sus esclavos, así sea en contra de la voluntad de ellos, ya que socialmente esto se encontraba reconocido; en este periodo, el bien jurídico protegido continúa siendo la castidad y honestidad de la mujer, pero, en este caso, la afectación de dicho bien jurídico, afectaba la honorabilidad tanto de la mujer como de su familia.

El Delito de Violación en el Principado:

El paterfamilias podía tener relaciones con sus esclavos, hombres y mujeres; con sus libertos, hombres y mujeres, incluso aunque sus libertas fuesen casadas o concubinas de un liberto, y, por supuesto, con su mujer legítima... Por tanto, la violación suponía, en muchas ocasiones, un acto de prepotencia de unas personas más poderosas sobre otras....La conducta antijurídica concretamente, consistiría en realizar el acto sexual por la fuerza con una mujer o con un hombre, con los que no se podía mantener relaciones sexuales...el bien jurídico tutelado en el delito de violación no era único, sino que, con su

persecución y castigo, se estaba protegiendo tanto el pudor como el honor. (Rodríguez, 1997, págs. 93,103,104)

La violación en este periodo se funda básicamente en quienes tenían derecho para negarse o no a mantener un acto de naturaleza sexual, el paterfamilis era quien tenía libertad sexual para elegir con quien quería tener relaciones sexuales, incluso en contra de la voluntad de estos, sin que esto se sea considerado una acción delictiva, aquí sigue incluida su mujer, quien no podía negarse a los deseos de su marido, de igual manera, los libertos no podían irse en contra de su antiguo amo, social y jurídicamente se los sigue considerando inferiores respecto de los hombres libres; en este periodo , continúa prevaleciendo el machismo así como el uso de la fuerza para llevar a cabo un acto de naturaleza sexual en contra de la voluntad de una persona ya sea esta hombre o mujer; se protege tanto el pudor como el honor de la persona, aunque prevalecía el segundo cuando la víctima era una mujer; y, si era casada, se veía afectada no solo la honorabilidad de ella, sino también la de los familiares hombres más cercanos; respecto de la pena para quien cometía este delito, cuando se llevaba en contra de una persona libre, se establecía la pena capital o, caso contrario, se podía ejercitar la acción privada de injurias, que básicamente consistía en un resarcimiento pecuniario.

El delito de violación en el Dominado:

En el Dominado se mantenía el concepto del delito que ya hemos visto en épocas anteriores: la violación era una injuria que se infería cuando un individuo yacía por medio del empleo de fuerza y contra la voluntad de la víctima. Esta voluntad contraria del sujeto que sufría la violación

era, precisamente, la que lo convertía en víctima y no en coautor de un delito contra la honestidad...con el castigo del delito de violación se estaría protegiendo tanto el pudor como el honor. (Rodríguez, 1997, págs. 123, 132)

Se sigue manteniendo la idea de quienes pueden negarse o no a mantener un acto de naturaleza sexual, así como el elemento fundamental dentro del delito de violación que es el uso de la fuerza en contra de la voluntad de una persona, durante esta época el Cristianismo se constituye en la religión oficial del Imperio, la misma que influyó bastante para el tratamiento que se daba al delito de violación, así como también influyó en la creación una imagen de la mujer, como aquella que necesita estar estrictamente controlada bajo determinadas normas de conducta; con la implementación del Cristianismo, su influencia hizo que ciertas situaciones se suavizaran, tales como la prohibición de relaciones sexuales con niños, prohibición de sexo anal, y se logró mejorar la relación del amo con sus esclavos, puesto que estos ya no seguían siendo considerados objetos sexuales, por ende, los hombres libres se concentraban más en mantener relaciones con sus propias mujeres manteniendo una esfera de respecto con las mismas; sin embargo, la honestidad de la mujer seguía siendo considerado un factor muy importante, y muchos hombres se aprovechaban de aquellas mujeres que habían sido deshonradas ya, puesto que la credibilidad de las mismas sería nula; el bien jurídico protegido continúa siendo la honra de la persona libre, y su vulneración afectaría también a sus familiares más cercanos, sin embargo, pese a que el cristianismo influyó de alguna manera permitiendo que las relaciones entre amos y esclavos mejorasen, y sean considerados como personas, no es lo mismo para estos,

puesto que, cuando un esclavo era raptado, su amo podía ejercer una acción de robo, que se relaciona con la sustracción de objetos, por lo que, no se protegía la honra o el honor de los esclavos, sino que se daba protección al patrimonio del amo; en este periodo el castigo para quien comete el delito de violación continúa siendo la pena capital.

4.2.2 Lesividad

Cuando los actos de una persona afectan los derechos de un tercero, se habla de lesividad, la misma que exige la existencia de un bien jurídico lesionado para que de esta manera en lo posterior se haga efectivo el *ius punendi* del Estado; una de la clasificación doctrinaria de los delitos es por sus efectos, pudiendo ser de resultado: daño o lesión; y de peligro, al respecto Ernesto Albán, manifiesta:

Cuando el delito produce un daño material efectivo que afecta a un bien jurídico concreto, cuyo titular es así mismo una persona determinada, natural o jurídica: homicidio, violación, estafa, peculado, calumnia. (Albán, 2018, pág. 126)

Al hacer referencia a la lesividad queda establecido que se ha causado un daño o lesión al bien jurídico protegido determinado de un tercero, por la ejecución de determinados actos contrarios a la ley penal llevados a cabo por cualquier persona; afectando al titular del bien jurídico protegido, hay que tener en consideración que de la idea de la afectación de bienes jurídicos, se establece la esencia del Derecho penal, que es en sí, la criminalización de

conductas para la protección de bienes jurídicos, reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador.

La libertad sexual se podrá poner en peligro cuando exista riesgo para una toma de decisión basada en un consentimiento eficaz. En el caso de los menores cuando el proceso que le permite poder llegar a ejercer esa libertad en madurez quiebra entiendo que no podemos hablar de peligro sino de lesión. (Mata, 2017, pág. 19)

Se debe tener en cuenta las diferentes situaciones para considerar un delito de resultado, como se hace mención, referente al bien jurídico de la libertad sexual, en la misma se debe tomar en consideración si el consentimiento es válido o ineficaz, si la persona voluntariamente consintió, caso en el cual no se podría hablar de la existencia de una afectación al bien jurídico y mucho menos lesión alguna; referente a los menores de edad, de manera general, el bien jurídico tanto de libertad como de indemnidad sexual se ve estrictamente protegido por la legislación penal al tipificar el delito de violación, en el caso de menores de 14 años, limitándose únicamente a la existencia del acceso carnal con el mismo para determinar que ha existido una afectación al bien jurídico protegido, pero, se debería dar relevancia también a la existencia o no de una afectación psicológica o traumas que se puedan acarrear producto de un acto de naturaleza sexual que no ha sido consentido, que de alguna manera podrían afectar el futuro de la persona que es víctima de un delito sexual; en nuestra legislación, es irrelevante el consentimiento de menores de 18 años en delitos sexuales, por lo que en el caso del delito de violación, se considera la edad para que se configure este delito y sancionar al mismo con la pena prevista por el resultado.

4.2.3 Libertad e indemnidad sexual

Al referirnos a delitos sexuales, es importante hacer hincapié al bien jurídico que la legislación protege, respecto de todas las personas se habla de la libertad sexual, pero, además, en los menores de edad se protege también la indemnidad sexual, es decir, la protección a un pleno desarrollo sin interferencias en su sexualidad, para ello es importante referirnos a ambos bienes jurídicos, y la relación entre los mismos.

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 derecho de las personas a decidir libremente sobre su conducta y sus relaciones sexuales, respetando por supuesto el mismo derecho de los demás...La doctrina señala adicionalmente que el Derecho Penal protege la **indemnidad sexual**, en el caso de personas que por sufrir alguna limitación o incapacidad mental no comprenden el sentido y los efectos de los actos sexuales, para consentir libremente en su ejecución. (Albán, 2018, pág. 139)

La Constitución otorga a las personas el derecho a decidir libremente sobre su sexualidad y vida sexual; dentro del capítulo II, título IV, libro I de delitos sexuales, el Código Orgánico Integral Penal protege estos derechos, mas no ideas morales o las buenas costumbres de las personas, situación que ha ido cambiando con el paso del tiempo y la evolución de la sociedad como tal, el bien jurídico protegido es la libertad sexual de la persona, es decir, el derecho que tiene a consentir como a negarse a un acto sexual, pero, adicionalmente,

cuando nos referimos a menores de edad, se protege también la indemnidad sexual de los mismos, para que su desarrollo en el ámbito de la sexualidad no se vea perturbado y se lleve a cabo con normalidad, ya que debido a su edad, pueden ser víctimas fáciles de terceros que pretendan aprovecharse de su situación, por tal motivo, las sanciones incluso varían y llegan a ser más estrictas.

La indemnidad sexual hace referencia al derecho que tienen las personas que poseen determinadas cualidades o que se encuentran en determinadas situaciones a quedar exentas de cualquier daño de orden sexual. Este daño sexual no se entiende en términos de afectación a la moralidad del menor sino de afectación a su adecuado proceso de desarrollo en el ámbito sexual. (Cabrera, 2019, pág. 43)

En este caso, al hacer referencia a determinadas cualidades o situaciones, se habla de los menores de edad o de los incapaces, de quienes se pretende proteger su adecuado desarrollo no solo referente a su sexualidad, sino evitar que cualquier situación, específicamente una agresión sexual, pueda interferir en su desarrollo psíquico o distorsionar su personalidad o mentalidad respecto a actos que puedan llegar a considerarse como normales cuando no lo son, y con ello se provoquen huellas indelebles el resto de su vida. Con la protección de este bien jurídico respecto de los menores de edad, se pretende proteger el correcto desarrollo de los mismos, evitando la participación inadecuada en actos de naturaleza sexual, y que de esta manera no se generen traumas que puedan impedir el correcto proceso de evolución de la persona.

En definitiva, lo que se protege << no es la facultad subjetiva de la persona a ejercer la actividad sexual que ya posee, sino el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad...La libertad sexual de la persona se protege, en primer lugar, prohibiendo todo tipo de conductas sexuales respecto a personas que desde un principio se sabe que van a quedar insertas en una situación carente de libertad; en segundo lugar, prohibiendo conductas sexuales que crean situaciones de imposible ejercicio de la libertad sexual. (Tamarit, 2002, pág. 59)

Se puede hacer referencia a la libertad sexual como el derecho que tienen todas las personas, dentro del ámbito de su desarrollo mental a decidir libremente sobre su sexualidad, siendo conscientes de las consecuencias que pueden acarrear las decisiones que tomen al respecto; es decir, se hace referencia al derecho o la libertad que tiene la persona a decidir si quiere o no mantener relaciones sexuales o, más ampliamente, si decide o no, participar o tolerar cualquier acto de naturaleza sexual, sin que el mismo sea llevado a cabo en contra de su voluntad, es decir, la persona debe expresamente consentir.

4.2.4 Asimetría de edad

En lo que respecta a la asimetría de edad, se considera a la misma como la desigualdad existente respecto al grado de madurez entre las personas; es muy importante tener en consideración este elemento en la valoración del consentimiento en lo que respecta a delitos sexuales.

Existen numerosas definiciones de abuso sexual. En la mayoría de ellas se establecen dos criterios para hablar de abuso: 1. Coerción. El agresor utiliza la situación de poder que tiene para interactuar sexualmente con el menor. 2. Asimetría de edad. El agresor es significativamente mayor que la víctima, no necesariamente mayor de edad. (Horno, Santos, & del Molino , 2001, pág. 17)

Para determinar la existencia del abuso sexual, se toma en consideración la coerción ejercida por parte del agresor, que es la situación de poder de la que se prevalece el mismo para relacionarse con el menor y de esta manera ejecutar un acto de naturaleza sexual; y, en segundo lugar, se observa la asimetría de edad, ya que la diferencia cronológica que exista entre la víctima y el agresor permite tener en consideración el grado de desarrollo o madurez existente, es decir, que el sujeto comisor sea una persona con una diferencia de edad marcada en relación a la víctima, para de esta manera poder analizar si este factor influyó al momento de tomar una decisión en el ámbito sexual, ya que se tiene una idea muy generalizada respecto a la diferencia de edad entre dos personas para que medie entre las dos una relación amorosa.

En todo caso, debe precisarse que no basta con la mera superioridad inherente a la diferencia de edad, como revela el hecho de que la jurisprudencia, pese a mostrar una cierta tendencia a subrayar el dato de la superioridad física y psíquica en los casos en que la diferencia cronológica es importante, suele complementar tales afirmaciones con referencias a otros elementos que derivaría tal superioridad. (Tamarit, 2002, pág. 68)

El tema de la diferencia de edad entre un adolescente de entre 13 y 14 años con una persona mayor de edad, se debe complementar y relacionar con otros elementos a considerar, tales como el poder real o la superioridad moral que posee el sujeto comisor respecto de la víctima, y establecer la diferencia de edad así como el grado de madurez y desarrollo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, para determinar si estos factores influyen en la toma de una decisión, pues, haciendo relación a los delitos sexuales entre personas mayores de edad, si en estos casos se llegara a establecer que la desigualdad de edad va a vigorizar determinadas relaciones, entonces se podría pensar que cuando la víctima es menor de edad, el simple hecho de la diferencia cronológica va a ser determinante para una sanción.

Por lo que se refiere a la situación de superioridad, consiste en una situación de desequilibrio de poder entre la víctima y el sujeto activo, en la que la víctima se encuentra en inferioridad de condiciones....Lo que sí es necesario, por requerirlo el tipo, es que la situación de superioridad sea manifiesta, lo cual implica que ha de ser evidente, objetivamente apreciable y no solo percibida subjetivamente por una de las partes; además ha de ser lo suficientemente relevante y eficaz como para condicionar la capacidad de decisión de la persona sobre la que se ejerce la superioridad. (Cabrera, 2019, pág. 132)

Como se ha mencionado, referente a la asimetría de edad, es un elemento que se debe valorar también a efectos de determinar si ha existido o no una situación de superioridad especialmente cuando la víctima es un menor de edad, la misma puede ser física, moral o por razón de autoridad, es decir, el sujeto activo posee una ventaja de cualquier índole frente a la víctima, de lo

cual se valdrá para cometer un acto ilícito; pero, es muy importante la valoración de dicha situación de superioridad, la misma debe ostentarse de manera objetiva y demostrar que ha influido de tal manera para viciar el consentimiento respecto de la decisión que tome una persona, para ello, es importante que los auxiliares de la justicia, dentro de sus peritajes incluyan cuales son las medidas respecto de la situación de superioridad.

Pepa Horno, Ana Santos y Carmen del Molino, en su publicación referente al Abuso Sexual Infantil, citan a Félix López y Amaia del Campo, quienes manifiestan que:

“Igualmente importante es entender que el “poder” no siempre viene dado por la diferencia de edad, sino por otro tipo de factores. El abuso sexual entre iguales es una realidad a la que no debemos cerrar los ojos. En este caso, la coerción se produce por la existencia de amenazas o porque hay seducción, pero la diferencia de edad puede ser mínima o inexistente.” (Horno, Santos, & del Molino , 2001, pág. 17)

Se hace hincapié nuevamente, a la valoración de otros factores para penalizar determinadas conductas prevaleciéndose únicamente en la edad, ya que este es uno de los factores que puede influir dentro de la ejecución de actos de naturaleza sexual, el simple hecho de la diferencia de edad entre dos sujetos, no significa que ya exista una situación de poder del uno respecto del otro, ya que, existe poder al momento en que una persona, valiéndose de uno u otro mecanismo, obliga a otra persona a hacer algo que no quiere, viciando su consentimiento, en dicho caso, se podría hablar del poder existente en determinada situación.

Por todo ello resulta más adecuado a la realidad legislativa y a los principios propios de una sociedad tolerante la solución que proponemos, que se sustenta en la constatación que la ley penal no viene a prohibir de modo absoluto la sexualidad de los menores, sino que se limita a reprimir ciertos comportamientos de intrusión de un adulto en la sexualidad de un menor con la exigencia implícita de una cierta asimetría de edad o una asimetría de poder legalmente prefijada (tal acontece en el abuso de prevalimiento o de engaño). (Tamarit, 2002, pág. 61)

En el caso que se investiga concerniente a la autonomía y libertad sexual de los adolescentes y la proporcionalidad de la pena en el delito de violación, la norma suprema reconoce el derecho a todas las personas incluidos los adolescentes al libre ejercicio de su sexualidad y vida sexual, por esta razón, se debe proteger el bien jurídico de los mismos, pero sin vulnerar su ejercicio; consiguientemente, al momento de sancionar determinadas conductas sexuales, se debe tomar en consideración diferentes factores que puedan influir, tales como la dosimetría de edad, una situación de poder, grado y desarrollo de madurez del adolescente, para que de esta manera se proteja tanto la libertad como la indemnidad sexual sin que se vean criminalizados los actos respecto al ejercicio de la sexualidad de este sector.

4.2.5 Resultado

Dentro de la clasificación de los delitos se encuentra aquella en relación al resultado que producen, según este criterio de clasificación se dividen en formales y materiales, en el delito de violación el resultado es material; y, al respecto, Ernesto Albán manifiesta:

Cuando la tipificación del delito exige que el acto humano produzca un resultado simultaneo o posterior, perfectamente distinguible porque se trata de un cambio material que experimentan las personas o las cosas...La naturaleza de los delitos materiales produce situaciones de especial complejidad, como pueden darse en los casos de tentativa, en que ejecutado el acto, sin embargo no se produce el resultado; o cuando realizado el acto, se suman a él otras causas para generar un resultado que no buscaba el autor. (Albán, 2018, pág. 124)

Este tipo de delitos son conocidos también como delitos de resultado, debido a que en el momento en el que su consumación produce el daño que el autor se ha propuesto, este resultado configura la realización del tipo penal, en estos casos la ley no establece la manera en que ha de realizarse el hecho delictivo, pero la relevancia que da es al resultado del mismo, el cual se encuentra tipificado; referente al delito de violación, se produce un resultado material en el cual conforme nuestra legislación penal, se configura con la penetración del miembro viril o con la introducción de objetos a través de las vías establecidas en la ley a través de la fuerza, violencia, intimidación u otros de los medios que establece el tipo penal, exteriorizándose de esta manera la vulneración al bien

jurídico protegido que es la libertad sexual; pero, hay que tener en cuenta que en los delitos de resultado material, dentro del desarrollo del delito en la fase externa se encuentra la tentativa, dándose en este caso cuando se separan los actos iniciales o anteriores de la cópula, es decir, como ejemplo el forcejeo, la violencia o intimidación de manera directa o indirecta en contra de la víctima, pero, sin que se llegue a la consumación del mismo, es decir, al acceso carnal pero que igualmente es punible.

4.2.6 Penalización en el delito de violación

4.2.6.1 Finalidad

El Derecho Penal procura salvaguardar los bienes jurídicos y que por ende las personas puedan gozar de manera plena de sus derechos, pero, al momento que dichos bienes jurídicos se ven afectados, se establece una sanción para quien o quienes los han coartado, por tal motivo es importante hacer un análisis respecto a las teorías que estudian la finalidad de la pena enmarcadas en lo que establece el Código Orgánico Integral Penal.

El Derecho Penal puede ser visto, y conceptualizado, desde una doble perspectiva. Fuera del ámbito estrictamente jurídico, la sociedad considera al Derecho Penal, más exactamente a las leyes penales, como un mecanismo de control social y de represión, conjuntamente con la policía y los jueces. (Albán, 2018, pág. 5)

La sociedad en general, tiene una concepción muy corriente del papel que desempeña el Derecho Penal, se tiene la idea de que es un instrumento más junto con la policía y los jueces, que tienen el poder para controlar el orden social y sancionar a quienes han contravenido la ley y coartado los derechos de terceros, esta idea se da por el paso del tiempo, ya que en diferentes épocas se ha observado el desconocimiento del ordenamiento legal por muchas personas y producto de ello se ha ocasionado la vulneración de derechos que afectan a los ciudadanos, lo cual impide una convivencia armoniosa, no obstante, dichos actos han sido condenados con la severidad establecida en cada periodo tanto por el Estado como por parte de la sociedad, la cual ha reclamado justicia; en respuesta a los requerimientos sociales, se crearon las normas penales, que establecen las conductas contrarias a la ley con su respectiva sanción, pero, para salvaguardar los derechos por igual de todos los ciudadanos y a su vez controlar y limitar el poder punitivo del Estado, se ha regulado y controlado los mecanismos de represión dentro de un ordenado sistema de normas conocido como Derecho Penal.

Según nuestro ordenamiento penal, la finalidad de la pena es la prevención general para la consumación de delitos y también la prevención especial positiva, al momento de permitir el desarrollo progresivo de los derechos de las personas privadas de la libertad.

Respecto a la prevención general positiva se establece que:

En su versión más difundida, considera que las penas sirven para mantener a las normas como modelo de orientación para las relaciones sociales. Su desobediencia acarrea la imposición de una pena, lo que

significa en último término la vigencia y estabilización de las normas. Esto es lo que pretenden las penas y no evitar que se lesionen bienes jurídicos. (Albán, 2018, pág. 13)

Generalmente esta teoría busca la prevención en la comisión de delitos y específicamente lo hace a través de la intimidación con la imposición de una pena, es decir, se funda una idea moral en la sociedad para reafirmar los valores que permiten el desarrollo, mantenimiento y la buena convivencia entre todos, la pena es impuesta al condenado pero no actúa directamente sobre él, sino que su efecto actúa indirectamente como un temor en la colectividad para no cometer delitos; en el ordenamiento jurídico se encuentran tipificadas algunas conductas que son contrarias a la ley, la ejecución de las mismas vulnerarían los bienes jurídicos protegidos y es ahí donde el Estado ejerce su poder punitivo, para proteger a los ciudadanos y procurar un ambiente de armonía, a través de la imposición de una sanción; las leyes son de conocimiento de todos los ciudadanos ya que estas son promulgadas por el Estado, por tal motivo, al conocer de las sanciones que acarrearía el quebrantamiento de la ley, se ejercería una “coacción psicológica” sobre las personas, que de alguna manera las persuadiría a no cometer delitos, es decir, a no cometer actos contrarios a la ley; por otro lado también se generaría en la sociedad un ambiente de confianza hacia el sistema de justicia respecto a la actuación y ejecución por parte de la justicia penal.

Concerniente a la prevención especial positiva o rehabilitación:

Sus defensores sostienen que hay que aprovechar el tiempo de permanencia de los condenados en las cárceles para producir una

transformación de su personalidad, tanto en el orden moral y psicológico, como en el educativo y laboral. (Albán, 2018, pág. 13)

La finalidad de la pena es evitar que se cometan nuevos delitos, pero, el papel más importante se ejerce en los centros de rehabilitación social, en los cuales el sistema penitenciario establecido, a través de diferentes mecanismos debe influir de tal manera en la mentalidad del delincuente para mejorar su actuar; se debe resocializar a quienes están cumpliendo una pena, imbuyendo en su fuero interno el acatamiento a la ley así como alejando las ideas o necesidades que lo puedan inducir a cometer nuevos delitos, a través de la reeducación y la motivación para evitar que vuelvan a quebrantar la ley; la pena va dirigida no para la sociedad en general, sino para el delincuente específicamente ya que es el quien debe corregir su proceder, siendo el medio para su cambio la ejecución de la pena en un centro de rehabilitación, dentro del cual se debe llevar a cabo un trabajo interdisciplinario, a través de la colaboración de profesionales de diferentes especialidades a efectos de que se pueda trabajar desde otros puntos de vista en la rehabilitación de las personas privadas de la libertad; básicamente según esta teoría la pena sería como un llamado de atención al delincuente para que este no vuelva a cometer delitos en el futuro.

La pena tiene la finalidad de prevenir que se cometan delitos y de resocializar a quienes los han cometido, respecto a los delitos sexuales:

Hay una tendencia, que se advierte sobre todo en los países latinoamericanos de sancionar con especial severidad los delitos sexuales, dentro de un panorama general de dureza penal. En buena parte esta tendencia se debe a una innegable presión, social, justamente

alarmada por delitos cuyas víctimas son en alto porcentaje niños y adolescentes. (Albán, 2018, pág. 149)

La penalización de delitos sexuales es muy rigurosa, al tratarse de la vulneración que se da a la libertad sexual de una persona, lo cual puede marcar huellas provocando grandes daños en el desarrollo físico como psicológico de la víctima, muchas veces la determinación de una pena en este tipo de delitos, obedece a la presión que se presenta por diferentes grupos sociales que exigen mayor protección para la ciudadanía, especialmente cuando las víctimas son seres vulnerables principalmente por su edad o por alguna discapacidad; no obstante, ello no implica que la pena no deba ser proporcional, por el contrario, se deben respetar los derechos de todas las personas, ello implica tanto al sujeto comisor como a la víctima.

Cuando se dice que la pena restablece el equilibrio perturbador por el delito, entendemos que lo que realmente se quiere decir, es que la sociedad queda relativamente compensada con la pena, considerando que a quien delinquirió y a quienes pudieran tener intención de hacerlo, les servirá de escarmiento y que el perjudicado encontrará una cierta satisfacción moral y siendo posible económica con la condena. (Ruiz E. , 2019, pág. 361)

De alguna manera se puede decir que la imposición de una pena en contra del sujeto comisor de un delito, emana tranquilidad a la ciudadanía en general y específicamente a la persona a quien le han sido vulnerados sus derechos, ya que la misma será desagraviada inclusive con una compensación económica, se puede decir que de una u otra manera la pena compensa el hecho delictivo cometido sancionando al sujeto activo, en la mayoría de casos con la

restricción de su libertad, es decir, con la imposición de una pena privativa de libertad; y, a su vez ésta servirá como advertencia en un futuro a quienes tengan la intención de delinquir.

4.2.6.2 Pena privativa de libertad en el delito de violación

En el Ecuador, las penas privativas de libertad para los delitos sobrepasan los 30 días pudiéndose acumularse hasta los 40 años, en los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, la pena más baja va desde un año hasta 26 años, pudiendo aumentar las mismas en caso de la existencia de circunstancias agravantes de la infracción, las penas varían dependiendo el delito que se cometa y la afectación al bien jurídico protegido; en los delitos sexuales las penas responden a la grave afectación que se produce a la libertad sexual de la víctima y a los traumas que se generan dejando una huella indeleble para el desarrollo de la persona.

Lo que, obviamente, caracteriza a las penas privativas de libertad es la obligación del condenado de permanecer durante el tiempo de la condena en el interior de un establecimiento, sometiéndose al régimen interno establecido. (Muñoz & García, Derecho Penal, Parte General, 9na edición, 2015, pág. 539)

En la última etapa del proceso penal, cuando se dicta una sentencia condenatoria en contra del autor o cómplice de un delito, la pena supone la privación de la libertad, es decir, al momento en el que la actuación antijurídica de una persona coarta el derecho de un tercero, el sistema judicial luego del proceso de ley, en el cual se deben respetar las garantías básicas del debido

proceso, ha determinado la culpabilidad de una persona, impondrá una sanción para evitar que siga delinquiriendo y que sea reformada a través del sistema penitenciario dentro de un centro de rehabilitación autorizado, en el cual es sometido a un diagnóstico y tratamiento conforme sus necesidades para reeducarlo, rehabilitarlo y posterior a ello reinsertarlo nuevamente a la sociedad, en estos centros la educación es uno de los componentes principales, así como las fuentes de trabajo y principalmente la prevención de futuros delitos para evitar una sanción y que de esta manera en la sociedad lo principal sea buscar la justicia social.

Estas penas limitan en varios grados la libertad del condenado, especialmente la libertad ambulatoria, es decir la libertad para desplazarse a voluntad. La forma actualmente más común consiste en recluirlo en edificios especiales destinados a este objetivo y someterlo a un régimen especial de vida. (Albán, 2018, pág. 271)

Con la imposición de una pena privativa de la libertad, se ve directamente restringido el derecho a transitar libremente, la persona condenada no posee esa autonomía para movilizarse dentro del territorio o fuera de él durante el tiempo al que ha sido sentenciado, comúnmente la pena se la cumple en los centros de rehabilitación o cárceles legalmente autorizados por el Estado, en los cuales se encuentra establecido un sistema que ayudará a las personas que ingresen a llevar su vida en las circunstancias presentes, permitiendo, como lo establece el Código Orgánico Integral Penal “el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena”, esto a través de los ejes rectores de los centros que permiten el acceso a la educación, trabajo

y recreación, así como la rehabilitación y tratamiento de la persona para que posterior al cumplimiento de la sentencia, no vuelva a transgredir la ley.

Las penas privativas de libertad constituyen la piedra angular de los actuales sistemas penales. Aún en aquellos países que conservan la pena de muerte, ésta tiene un carácter excepcional, por lo cual la mayor parte de las infracciones de cierta gravedad son sancionadas con este tipo de penas. De la misma forma en la legislación ecuatoriana, las penas privativas de libertad son, en casi todos los casos, las penas principales, mientras las demás penas son básicamente accesorias. (Albán, 2018, pág. 272)

En todos los delitos por lo general se encuentra establecida como sanción la pena privativa de libertad, siendo la sanción más fuerte que limita la libertad la cual es uno de los bienes más preciados de las personas, con este tipo de sanción se busca rehabilitar al infractor a través de un sistema penitenciario y luego reinsertarlo a la sociedad, esta es la mayor sanción que se puede imponer a quien ha cometido un delito, y más aún cuando se trata de delitos sexuales, donde la afectación al bien jurídico de la víctima produce grandes daños y deja fuertes secuelas en la misma, por lo general en este tipo de delitos las sanciones son altas; en algunos países, que no es el caso en el nuestro, se castiga a quienes cometen delitos muy graves con la pena de muerte, pero esta sanción es excepcional, considerando el grado de afectación que se ha producido al bien jurídico; de igual manera nuestra legislación establece otros tipos de pena, tales como remuneraciones pecuniarias, trabajo comunitario, en materia de tránsito reducción de puntos en la licencia, entre otras, este tipo de penas son accesorias en los diferentes tipos penales, es decir, no siempre van acompañadas a la pena privativa de libertad.

4.2.6.3 Principio de proporcionalidad de las penas

Al Estado le es otorgado el poder de castigar a quienes han contravenido la normativa legal, pero se debe establecer un límite al *ius punendi* para que no se exceda en la imposición de sanciones y que estas sean acordes al ilícito cometido, para que así se respeten los derechos de todos los ciudadanos.

El principio de proporcionalidad de las penas, al prescribir la gravedad de la pena no debe superar la del delito conminado en abstracto o sancionado en concreto, suministra el límite máximo a la coacción que el Estado está autorizado a emplear para conseguir el fin de prevenir determinada conducta. En este orden de ideas, el principio se edifica como límite de contención al ejercicio del *ius punendi*. (Pérez, 2013, pág. 178)

Se dice que este principio es un límite de límites, es decir, limita el poder punitivo del Estado para que de esta manera se respeten los derechos de las personas y no sean agraviados por un exceso del poder estatal, la pena que acarrea un delito debe guardar relación al acto ejecutado y al bien jurídico que se ha vulnerado, se debe enlazar la correspondiente sanción y la aplicación de las adecuadas sanciones jurídicas conforme la gravedad del ilícito cometido.

Efectivamente, si los marcos penales genéricos deben ser proporcionados a la gravedad del delito en abstracto, también debe serlo la pena concreta que se imponga dentro de dicho marco. Y si tal decisión se adopta en base a las circunstancias atenuantes y agravantes es porque éstas contemplan situaciones que modifican la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor,

obteniéndose con ello la proporcionalidad en concreto. (Muñoz & García, Derecho Penal, Parte General, 9na edición, 2015, pág. 510)

Es claro que debe existir una relación proporcional entre la gravedad del hecho cometido y la pena a imponer, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido en cada tipo penal, así mismo se deben considerar las situaciones específicas en cada caso tales como el grado de participación, el resultado que se produce, las necesidades especiales de la víctima, entre otros aspectos, ya que estas circunstancias rodean al delito, y debido a la existencia de las circunstancias modificatorias de la pena, se puede producir una atenuación o agravación de la pena contemplada en el Código Orgánico Integral Penal; solo de esta manera, considerando individualmente las diferentes situaciones en cada delito, el Juzgador podrá de manera razonable establecer una pena proporcional.

El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de la mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. (Carbonell, 2007, pág. s/n)

Lo que se pretende con la aplicación del principio de proporcionalidad es guardar un equilibrio entre el poder punitivo del Estado y los derechos de las personas, respetando y tutelándolos para que ambas partes queden en igualdad de condiciones; y, específicamente dentro de un proceso, respetar también los derechos del procesado, ya que por mandato legal debe ser

tratada con las garantías del debido proceso haciendo valer su dignidad humana, y finalmente en caso de dictarse una sentencia condenatoria, se debe establecer una pena proporcional al hecho cometido, analizando la antijuricidad, culpabilidad y declarando la responsabilidad penal en el hecho cometido.

Si bien es cierto que el Código penal dispensa una tutela particular a los menores de edad, algunas veces sancionando conductas o creando figuras en las que la condición de menor funciona como elemento agravatorio del delito incrementando su penalidad y otras veces son protegidos en forma específica, en las que el legislador incrimina una figura en forma autónoma porque el sujeto pasivo es un menor de edad, inclusive de determinada edad, la cual varía según la legislación de que se trate, no lo es menos que, si es que existe una tutela específica y diferenciada, hiper reforzada, con respecto a los menores de edad es, precisamente, en el ámbito de los delitos sexuales. (Buompadre, 2017, pág. 54)

Por mandato constitucional la legislación penal tiende a dar mayor protección a los menores de edad puesto que niños, niñas y adolescentes son parte del grupo de atención prioritaria y por ende el Estado proporciona diferentes mecanismos tendientes a la protección de sus derechos, especialmente en lo referente a los delitos sexuales en los que se vean inmiscuidas personas menores de edad en donde el bien jurídico protegido es la libertad e indemnidad sexual, las penas establecidas para cada tipo penal suelen ser altas, en nuestro país con la acumulación de penas se puede llegar a un máximo de 40 años, de alguna manera se puede decir que la edad sirve como agravante dentro del establecimiento de una pena y que se ve muy reforzada la

protección a los derechos de las personas que se encuentran en este grupo, debido a la alarma social que producen ya que afectan de manera grave en el desarrollo de la vida de la víctima, y no solo a ella, sino que indirectamente a su círculo familiar y social, pero se debería tener en consideración no solo la edad de la víctima sino otros factores que rodeen las diferentes circunstancias dentro del cometimiento de un delito, para de esta manera también hacer efectivo el principio de proporcionalidad de las penas y que se respeten los derechos de todas las personas, configurándose de esta manera una correcta dosimetría penal la cual está estrechamente ligada al principio de proporcionalidad de las penas, para que el legislador a través de la potestad que posee establezca las penas correspondientes en cada tipo penal de manera proporcional y a su vez los Jueces puedan imponer la pena tomando en consideración las situaciones presentes en cada caso específico.

Este principio no puede derivarse de la idea de posibilidad de evitar la sanción penal, porque concierne a la medida de la sanción que le será impuesta a una persona que, a través de su decisión de contravenir el derecho, ha aceptado libremente las consecuencias de la responsabilidad penal. (Arroyo, Neumann, & Nieto, 2003, pág. 129)

Como el nombre de este principio lo menciona, lo que se busca es que la pena impuesta a un delito guarde proporción al hecho delictivo cometido, a través del estudio y análisis de las situaciones presentes en cada caso particular, así como de los elementos objetivos y subjetivos del delito; teniendo en consideración de que todas las personas conocemos de la existencia de leyes que buscan proteger el pleno goce de los derechos humanos así como de aquellos actos contrarios al ordenamiento jurídico, y que, al momento de que

nuestra conducta sea contraria a la ley, se nos impondrá una sanción penal; errada es la idea que pretenda que con la aplicación de este principio se deje en la impunidad el cometimiento de ilícitos.

4.2.6.4 Individualización de la pena

El Código Orgánico Integral Penal establece diferentes penas según el delito, por tal motivo se debe examinar de qué manera el Juzgador las debe aplicar en cada caso, para ello se debe tomar en cuenta las diferentes circunstancias en las que se comete un delito, así como el grado de participación del sujeto comisor a efectos de que se imponga una pena conforme los hechos y autor concretos; conforme lo establece el Código Orgánico Integral Penal la individualización de las penas se debe hacer conforme lo establece el Art. 54, considerando atenuantes y agravantes, necesidades y condiciones de la víctima así como la gravedad de la lesión a sus derechos; y, el grado de participación y “todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal”.

En definitiva, el juez o tribunal deberá hacer las siguientes consideraciones, o si se quiere, dar los siguientes pasos, para determinar con qué pena concreta sancionará al responsable de un delito: **1.-** Escoger entre un máximo y el mínimo, **2.-** Modificar las penas cuando encuentre una situación relativa al íter criminis, **3.-** Aplicar la pena que corresponda a cada uno de los partícipes, **4.-** Modificar la pena según se hayan comprobado circunstancias atenuantes y agravantes, **5.-** Modificar la pena si encuentra

algún caso de reincidencia, **6.-** Considerar si hay concurso o concurrencia de infracciones. (Albán, 2018, pág. 284)

El Juez o Tribunal penal examinará el agravio causado al bien jurídico protegido de la víctima, los daños que le han causado dichas acciones contrarias a la ley, de qué manera han afectado sus derechos y el grado de afectación a la víctima, para de esa manera ir ponderando la pena a imponer entre la mínima y la máxima establecida, así mismo se deberá considerar alguna situación presente en el *íter criminis*, el código establece la punición según sea el caso tales como tentativa, desistimiento o arrepentimiento por parte del infractor, es decir, antes de la consumación de un delito, se valorarán solo los actos previos y se determinará si lo ejecutado hasta el momento es punible o no, por otra parte, se debe determinar el grado de participación de cada persona para lo cual se determinará el grado de responsabilidad de cada una de ellas para de esta manera imponer la pena según el rol que cada uno haya desempeñado para la consumación del ilícito, adicionalmente, se debe verificar la existencia de atenuantes y agravantes, ya que son circunstancias modificatorias de la pena, las mismas que permiten que la pena aumente o disminuya según si la conducta de la persona se adecúa a alguna de ellas, la pena también se modificará cuando la persona es reincidente; y por último, se debe considerar la existencia de un concurso de infracciones, ya que las penas se irán sumando, lo cual también conlleva a una individualización de la pena, debido a que la persona responderá por la gravedad de los hechos cometidos.

Los delitos no se establecen, en los distintos preceptos, con una cantidad fija sino mediante lo que se denominan marcos penales, esto es, periodos o cantidades de pena más o menos amplios y limitados en su máximo y su

mínimo, dentro de los cuales los tribunales deberán individualizar la pena concreta que corresponde al responsable del hecho. (Muñoz & García, Derecho Penal, Parte General, 9na edición, 2015, pág. 509)

El Código Orgánico Integral Penal contempla circunstancias modificatorias de la pena, entre las cuales se encuentran las atenuantes y agravantes; respecto a las primeras, si existen por lo menos dos atenuantes se aplicará el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, pero para ello no debe existir ninguna agravante; por el contrario, si existe por lo menos una agravante, a la pena máxima establecida en cada tipo penal se le aumentará un tercio de esta, estas circunstancias de la infracción permiten que dentro del marco legal abstracto, se consideren diferentes situaciones de mayor o menor gravedad que rodean el cometimiento del hecho delictivo, así como de la persona que lo comete, para que de esta manera se individualice la pena a imponer dentro de los límites máximos y mínimos, y demás reglas determinadas en la legislación penal.

4.2.6.4.1 Atenuación de la pena

Las atenuantes son circunstancias modificatorias de la infracción, que inciden en el elemento de la culpabilidad, lo que da lugar a que disminuya la pena establecida en cada tipo penal.

Las circunstancias modificativas son, pues, situaciones que rodean (<<circum.stare>>: estar alrededor) a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de

la pena aplicable. Por tanto, su toma en consideración exige, obviamente, la previa comprobación de la existencia del delito con todos sus elementos. (Muñoz & García, Derecho Penal, Parte General, 9na edición, 2015, pág. 510)

No todos los delitos se cometen de la misma manera o en las mismas circunstancias, es decir, existen diferentes situaciones que rodean el entorno en los que se llevaron a cabo los hechos así como al autor, por tal motivo el legislador ha establecido determinadas circunstancias a tomar en cuenta, que permitirían que la pena se modifique dentro de los rangos permitidos, en este tema, considerando las atenuantes de cada caso específico, su verificación permitiría tener en consideración la culpabilidad del sujeto activo y que por ende la pena disminuya sin que se exima en su totalidad.

En principio, por tanto, la falta de cualquier elemento, objetivo o subjetivo, impide la apreciación de la causa de justificación. Sin embargo, la presencia de alguno de los elementos puede incidir atenuando el juicio global sobre el merecimiento de pena del hecho, bien porque disminuye el *desvalor de acción*, bien porque disminuye el *desvalor de resultado*, que constituyen la base del juicio de antijuricidad. (Muñoz & García, Derecho Penal, Parte General, 9na edición, 2015, pág. 340)

En el cometimiento de un delito se deben analizar todos los elementos del mismo a fin de poder establecer las causas de exclusión de la antijuricidad, tanto los elementos objetivos como los subjetivos, ya que solo en ese caso la conducta se adecuará al tipo y será contraria a Derecho. De excluirse la antijuricidad, no será necesario analizar la culpabilidad al no existir causa de

justificación que permita el análisis y la valoración de alguna atenuante de la pena.

4.2.7 Víctimas en delitos sexuales

4.2.7.1 La víctima en el delito de violación

La víctima de un delito puede ser cualquier persona sin importar edad, sexo, nacionalidad o cualquier otro elemento, no existen factores determinantes para a ciencia cierta poder establecer quien será víctima de algún acontecimiento, pero si existen estudios que en base a datos obtenidos a través del estudio del perfil de víctimas de diferentes delitos, han agrupado y establecido ciertas características existentes, siendo uno de esos grupos las víctimas de delitos sexuales, al respecto Lenin Arroyo cita a Henry Pratt Farchild, quien define a la víctima como:

La persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción. (Arroyo L. , 2006, pág. 121)

Cualquier persona puede ser víctima de un delito, no existe un factor determinante para establecer quien podría serlo, no obstante, víctima llega a ser aquella persona, ya sea individualmente o como parte de una asociación, sobre quien recae la acción delictiva o inclusive por la omisión de un deber o responsabilidad la cual le afecta ya sea en su integridad personal, salud

mental, en su economía, o de alguna manera vulnera sus derechos, es decir, se ve perturbada directamente por el resultado de dicho acto que es contrario a la ley, mismo que puede ser ejecutado por un tercero, por el Estado, o por otros Estados internacionales inclusive.

Para el Derecho penal, la víctima es el titular del bien jurídico penalmente protegido que ha sido dañado o puesto en peligro, es decir, el sujeto pasivo. (Arroyo L. , 2006, pág. 117)

Se puede considerar como víctima a aquella persona a quien se le han afectado sus derechos con el cometimiento de un acto ilícito y que haya producido en ella una lesión física o psicológica, alguna pérdida material, cualquier perjuicio social o menoscabo en sus derechos, que sean resultado del cometimiento de actos contrarios a la ley, para lo cual se debe tener en consideración la relevancia del bien jurídico protegido así como el que la conducta efectuada se encuentre tipificada en la ley.

En el supuesto de los delitos contra la libertad sexual las consecuencias son aún más graves, ya que las víctimas sufren una alteración brusca e imprevista en su vida habitual. El acaecimiento de estos delitos lleva aparejado sucesos negativos que pueden generar pánico e indefensión en la víctima, poner en peligro la integridad física y/o psicológica de la misma y dejarla en una situación de tal desamparo emocional que la misma no es capaz de afrontar con sus propios recursos. (Soletto & Grané, 2019, pág. 345)

Dentro de las situaciones más traumáticas que puede vivir una persona en cualquier momento de su vida, están las agresiones sexuales, que sin duda

alguna afectan de manera grave tanto física como psicológica a la víctima, dejando huellas profundas que marcarán su vida y que afectaran el desarrollo normal de la misma, debido a que se omite por completo el consentimiento de la persona coartándose directamente la libertad de decisión que tiene respecto a su vida sexual. Por ello es que la intervención estatal debe ser efectiva al momento de tratar este tipo de delitos, de manera tal que se busque resarcir y reparar a la víctima procurando que su situación vuelva a ser como era antes de haber sufrido alguna agresión sexual; este tipo de delitos deja grandes secuelas en las víctimas, por lo que el Estado debe con cuidado procurar combatir contra el problema social que origina el conflicto delictivo y valerse de diferentes mecanismos que ayuden a superar las consecuencias que se producen en la víctima.

De forma más precisa podemos afirmar que cualquier persona puede sufrir una agresión sexual, pero especialmente aquellas de sexo femenino. Todo ello nos obliga a partir de la población general y a observar a la víctima dentro de la esfera de la <<normalidad>>. (Soria & Hernández, 1994, pág. 52)

Dentro de las diferentes teorías de victimología, se establecen diferentes colectivos sociales con más riesgo a ser víctimas de delitos de agresión sexual; desde la propia definición de lo que es una agresión sexual se puede establecer claramente que la víctima en estos casos puede ser cualquier persona sin discriminar sexo, edad u otras características, pero, se suele sostener, en base a diferentes estereotipos presentes en la sociedad que las mujeres son más proclives a ser víctimas de delitos sexuales, ya sean mujeres adultas, de la tercera edad, menores de edad, inclusive las prostitutas,

estereotipos que se basan en creencias o argumentos tales como el estilo de vida de la persona, la rutina que maneja, se suele decir que las mujeres mayores debido al mayor número de contactos sexuales o salidas nocturnas, pueden ser proclives a ver víctimas de delitos sexuales, pero en la actualidad, estos estereotipos no tienen mayor argumento ni validez determinante; aunque, generalmente las mujeres son parte de los grupos más vulnerables en estos ámbitos, debido a diferentes factores, por lo general físicos que las diferencia de su agresor, o debido a que este suele terminar siendo alguien conocido por la víctima o formaba parte de su círculo íntimo.

4.2.7.2 El adolescente frente al delito de violación

Hans von Hentig divide a las víctimas tomando en consideración algunos criterios, siendo un grupo el de las víctimas con resistencia reducida, dentro del cual encontramos la víctima voluntaria, al respecto el autor señala que:

Es aquella que permite que se cometa el ilícito o que por lo menos no ofrezca resistencia alguna. Se dan ejemplos principalmente en materia sexual. (Arroyo L. , 2006, pág. 161)

Se presentan casos en los que la supuesta víctima ha prestado colaboración o no se ha resistido al cometimiento del ilícito, que por lo general suele ser por desconocimiento de la norma respecto a que dicha conducta no está tipificada como un delito, como se establece, se suele dar en el ámbito sexual, y especialmente con los adolescentes, ya que en la actualidad este grupo inicia su vida sexual a temprana edad, inclusive menores de catorce años,

consintiendo voluntariamente en el acto, sin tener en consideración de que es una conducta penada por la ley, suelen tener la idea de que como han prestado su consentimiento no existe problema alguno, y también convencidos de que tienen derecho a decidir respecto de su sexualidad; idea errónea ya que nuestra legislación penal sanciona las relaciones sexuales mantenidas con un menor de catorce años, y mucho menos se da relevancia alguna a si ha prestado o no consentimiento, en estos casos nos encontramos con una víctima voluntaria, quien ha permitido se cometa un acto ilícito.

Por otra parte, dentro de la tipología victimológica desde la perspectiva represiva según Beniamin Mendelsohn, clasifica a las víctimas desde el punto de vista represivo y el segundo de esos grupos es la denominada víctima provocadora, por imprudencia, voluntaria y por ignorancia, estableciendo que:

Dichas víctimas han colaborado en la acción contraria a derecho y existe una culpabilidad recíproca, por lo cual la pena debe ser menor para el victimario. Es decir, que en subsidio preferente la víctima contribuye el cometimiento del injusto punible. (Arroyo L. , 2006, pág. 153)

Se habla en este caso de una víctima que de alguna manera ha cooperado al cometimiento de un hecho que se encuentra tipificado en la ley, y que por ende, se debería tomar en cuenta dicha “cooperación” para de alguna manera atenuar la pena que le sería impuesta al sujeto activo, es decir aplicar el principio de proporcionalidad analizando los hechos que rodean el cometimiento de un hecho delictivo específico; hay casos en los que los adolescentes suelen consentir el mantener relaciones, sin embargo, el ordenamiento jurídico no da mayor o ninguna relevancia al hecho de que el

adolescente, en pleno uso y goce de sus facultades haya consentido en mantener relaciones sexuales; en materia de delitos sexuales, cuando no se da mayor relevancia al consentimiento del adolescente, se podría decir que de alguna manera se criminalizan las relaciones sexuales de este grupo social; en este caso específico, se podría hablar de una víctima provocadora, como lo llama la doctrina, ya que el sujeto pasivo, quizás sin tener conocimiento de que dicha conducta se encuentra tipificada en la ley como delito, consiente en la realización del mismo.

4.2.8 Abordaje bio-psicosocial del adolescente

Referente a esta categoría, Cristóbal Cornieles y María Morais citan a José Guillermo Fouce, quien respecto al desarrollo de los adolescentes en sus diferentes ámbitos menciona que:

La literatura psiquiátrica y psicológica apunta por igual al concepto de adolescencia como una etapa del desarrollo humano que se caracteriza por ser un periodo de cambio biológicos, psicológicos y sociales que en términos generales, interactúan en la preparación del adolescente al tránsito de la niñez a la adultez; el cual lo coloca frente al proceso de tomar posición ante el mundo, la vida, la sociedad y de hacerse un proyecto de vida constructivo, todo lo cual, ocurre entre desequilibrios y dificultades variables. (Cornieles & Morais, 2006, pág. 314)

La psiquiatría y psicológica se encargan del estudio de la conducta humana en general, centrándonos en la esfera de la adolescencia, se puede referir a ésta

como una etapa de desarrollo humano, fundamental, ya que la persona se va volviendo más consciente de sí misma y va formando su perfil, el cual se ve influenciado por diferentes factores de orden social, familiar, de amistad, entre otros; así mismo, se van presentando cambios biológicos, apreciables en el aspecto físico de la persona, cambios psicológicos que se evidencian en el desarrollo del pensamiento, la manera en cómo reacciona y resuelve las diferentes situaciones que se presentan en el diario vivir, así como en el grado de desarrollo o madurez mental; y, cambios sociales, ya que esta etapa de transición que inicia posterior a la pubertad, está llena de desequilibrios y algunas dificultades que se presentan, la persona va evolucionando y se va preparando para mostrarse como un adulto ante la sociedad de la cual va a ser parte.

4.2.8.1 Desarrollo biológico

Uno de los factores que caracterizan la adolescencia es el biológico, es decir el desarrollo físico de la persona que debe ser considerado en diferentes aspectos, siendo uno de ellos la pubertad, al respecto de ésta se dice que:

La primera señal de que estás llegando a la adolescencia, es la pubertad. En esta fase comienza a presentarse una serie de alteraciones en todo tu ser físico. Es el periodo de desarrollo humano en que las características sexuales secundarias, aparecen en forma gradual; aquí se alcanzan los rasgos definitivos, propios de cada sexo. (Parolari, 2005, pág. 18)

La primera fase de cambio de la etapa de la niñez a la adolescencia es la pubertad, en este periodo de vida de la persona se empiezan a presentar cambios de manera progresiva referente a las características sexuales secundarias, siendo la principal el alcance en la capacidad de reproducción, se alcanza la madurez de los testículos y ovarios mismos que empiezan a producir espermatozoides y óvulos; y, respecto a la parte física, el desarrollo de los órganos sexuales se ve más marcado con sus respectivas características definidas; conforme el ser humano va creciendo, se presencian cambios en su aspecto físico que van siendo notorios, y que evidencian las características propias del sexo masculino como femenino, estas características se presentan de diferente manera en cada persona, influenciados por factores como genética, raza, alimentación, clima, entre otros, se suele establecer que la edad de inicio de esta etapa inicia a los 12 años.

La adolescencia emerge con la aparición de los primeros signos de la transformación puberal. Desde el comienzo de este periodo van a ocurrir cambios hormonales que generan el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios, con la acentuación del dimorfismo sexual, crecimiento en longitud, cambios en la composición corporal y una transformación gradual en el desarrollo psicosocial. Todos estos cambios tienen una cronología que no coincide en todos los individuos y es más tardía en los hombres que en las mujeres. (Desarrollo del adolescente: aspectos físicos, psicológicos y sociales, 2013, pág. 89)

El paso a la adolescencia se evidencia con los cambios físicos que son los más visibles, tales como ensanchamiento de caderas, presencia de vello púbico, crecimiento de las mamas en las mujeres, y en los hombres de igual manera se

presencia el vello púbico, crecimiento del órgano sexual masculino, aumenta el diámetro biacromial, entre otros; pero estas características físicas son posibles gracias a los cambios hormonales que se van dando en el interior de la persona, mismos que permiten que las variaciones en la fisonomía externa se presencien en mayor o menor grado en el hombre o en la mujer; y, a su vez influyen en los cambios psicológicos del adolescente lo cual le permitirá cambiar su pensamiento, ir madurando y que su comportamiento social se vaya desarrollando lo que le permitirá en lo posterior adentrarse a la sociedad como un adulto; los cambios físicos en los adolescentes causa cierta preocupación en ellos especialmente en los primeros años, razón por la cual se presencia un rechazo pero también la búsqueda de su propia aceptación, pero a la vez crece el interés por la sexualidad, por efecto de las hormonas; es importante recalcar que los cambios físicos se van presentando de manera evolutiva y gradual en cada persona, y que se evidencian de diferente manera en cada una, por lo general en las mujeres el cambio es más temprano a diferencia de los hombres.

4.2.8.2 Desarrollo psicológico

El aspecto interior se va formando de acuerdo a las diferentes circunstancias que se presentan en el diario vivir, incluyendo situaciones de crisis que ayudan al crecimiento personal ya que afrontadas y superadas permiten la maduración y progreso de la persona.

El desarrollo psicológico en la adolescencia puede caracterizarse, global y primordialmente, como un proceso de apertura de muchas y muy variadas potencialidades en los distintos ámbitos del desarrollo, que posibilitan el acceso progresivo al ejercicio pleno de la propia autonomía personal y social. (Parcerisa, 2007, pág. 124)

La adolescencia se caracteriza por el desarrollo de la persona en diferentes ámbitos y aspectos, uno de ellos muy fundamental es el desarrollo psicológico, que es el que le permite desenvolverse de determinada manera dentro de la sociedad tomando en cuenta sus pensamientos e ideas que ido formando de acuerdo a las diferentes situaciones que se han presentado en su vida, las que le permiten irse conociendo y por ende ir formando su carácter y personalidad

La maduración interior es un <<crecimiento>> subjetivo verdadero y propio, es el despertar gradual de la conciencia. Tal crecimiento sucede en forma independiente del desarrollo biológico; sin embargo, éste también tiene sus crisis de carácter general, por ejemplo, la crisis de la adolescencia. La crisis es benéfica, pues indica que fuera y dentro de ti se está produciendo madurez y progreso. (Parolari, 2005, pág. 35)

El crecimiento interior de la persona es personal e individual, este se va formando de acuerdo a diferentes factores influyentes; la maduración va precedida de diferentes situaciones, especialmente de las de crisis, en las cuales la separación de valores y pensamientos que se producen, son necesarias en la vida del adolescente para que se forme como individuo; se puede considerar que las etapas de crisis al ser debatidas en la parte interna de la persona, y, toda vez que sean superadas, ayudan al progreso y

maduración del adolescente, así como de la formación de su personalidad; este crecimiento interno es muy aparte del crecimiento o desarrollo biológico.

El adolescente de 12 a 14 años generalmente ha sustituido el pensamiento concreto por una mayor capacidad de abstracción que lo va capacitando cognitiva, ética y conductualmente para saber distinguir con claridad los riesgos que puede correr al tomar algunas decisiones arriesgadas, otra cuestión es que el deseo y la posibilidad de experimentar supere a la prudencia. (Desarrollo del adolescente: aspectos físicos, psicológicos y sociales, 2013, pág. 92)

Durante el desarrollo de la vida el ámbito psicológico va evolucionando conjuntamente, y de todo lo que observamos y concebimos se van adquiriendo conocimientos a través de los pensamientos, entre los cuales tenemos el pensamiento abstracto y el concreto; el primero, que es el inicial, ayuda al desarrollo cognitivo de la persona desde la infancia y le ayuda a aprender a través de un proceso conocido que permite identificar los objetos físicos que son visibles y tangibles para posterior generar conceptos generales e irlos clasificando, es decir, este pensamiento ayuda a identificar y describir los objetos del exterior; posterior se presenta el pensamiento abstracto, al cual el psicólogo suizo Jean Piaget determinó que ocurre en la etapa de las “operaciones formales”, y está presente en los adolescentes de 12 y 16 años, el pensamiento se da a través de ejercicios mentales, permite examinar diferentes aspectos de una misma realidad a la misma vez; así entonces, el pensamiento abstracto permite a la persona poder discernir frente a diferentes situaciones para actuar de manera voluntaria y responsable, teniendo pleno conocimiento de las consecuencias que se derivarían de su actuar; claramente,

el adolescente tiene pleno desarrollo mental y capacidad de discernimiento para la toma de decisiones, por ello es importante también la información brindada al adolescente para que este la pueda analizar y comprender, a fin de que pueda tomar decisiones que no afecten el desarrollo normal de su vida.

En esta etapa aparece pudor o inquietud de ser visto desnudo y aumenta el interés en la anatomía y fisiología sexual, lo que incluye dudas y ansiedades acerca de la menstruación, las poluciones nocturnas, la masturbación, el tamaño de las mamas o el pene, entre otras cosas. La menarquia representa un hito para las mujeres, que puede acompañarse de confusión o vergüenza si no ha existido una preparación adecuada para enfrentarla. Por otra parte, se intensifican los impulsos de naturaleza sexual (que se alivian frecuentemente a través de la masturbación) y aparecen las fantasías sexuales y los «sueños húmedos» (poluciones nocturnas). Hombres y mujeres exploran roles de género más diferenciados. (Desarrollo psicosocial del adolescente, 2015, pág. 440)

Frente a los cambios físicos que se presentan, es evidente cierta extrañeza por parte del adolescente frente a los mismos, ya que inicia una etapa nueva en su vida a la cual debe saber entenderla y manejarla; en la fase temprana de la adolescencia que se da entre los 10 y 13 años se produce una reestructuración de la imagen corporal, el adolescente se vuelve más reservado en sus temas, y con respecto a su cuerpo empieza a sentir la necesidad de privacidad debido al descubrimiento y exploración que está haciendo respecto a este por los cambios evidentes, se interesa en conocer más acerca de su aspecto físico para ir comprendiéndolo y aceptándose; las reacciones frente a ciertos cambios

sexuales externos son diferentes en cada persona, por lo general en la mujer, la presencia de la menarquía o la primera menstruación, la cual es un señal de gran importancia que marca el inicio de un cambio sexual interno en la mujer, puede generarle confusión o vergüenza si por parte de sus progenitores no ha existido la educación correspondiente a este tema, así mismo las reacciones parentales se pueden tornar directo al tema de sexualidad y reproducción, motivo por el cual el rol de los padres es muy importante en temas de educación de la sexualidad, esto a fin de evitar por parte de sus hijos toma de decisiones que no sean informadas ni responsables; por otra parte, en los hombres se inicia la construcción de la masculinidad, la tracción sexual es más evidente y se presentan las poluciones nocturnas (sueños húmedos), que de igual manera causan un poco de angustia y preocupación, pero que son la pauta para el inicio de la interacción con el sexo opuesto, lo cual por lo general es la idea tradicional de la sociedad que demandan al rol sexual del hombre. Los cambios físicos en adolescentes terminan cuando ya no se evidencia ningún desarrollo o cambio en la persona, y en cada sexo es diferente, pero es evidente que la sexualidad los acompaña directamente en esta etapa de desarrollo.

4.2.8.3 Desarrollo social

El medio en el que se desarrolla el adolescente es determinante para su formación, puesto que es de la sociedad de donde se adquieren diferentes normas de convivencia que influyen en la formación de la personalidad.

En el ámbito del desarrollo social, se inicia la movilización hacia afuera de la familia. Aumenta el deseo de independencia del joven y disminuye su interés por las actividades familiares. El adolescente empieza a poner a prueba la autoridad, evidencia más resistencia a los límites, a la supervisión y a aceptar consejos o tolerar críticas de parte de los padres. Sin embargo, el joven continúa dependiendo de la familia como fuente de estructura y apoyo, entre otras cosas. El grupo de pares adquiere mayor importancia y el adolescente se hace más dependiente de las amistades como fuente de bienestar. El involucramiento con los pares se caracteriza por el contacto principalmente con aquellos del mismo sexo y la aparición de la necesidad de amistades exclusivas, con quienes divertirse y compartir secretos. Estas son idealizadas con frecuencia y pueden volverse intensas, generándose fuertes sentimientos de cariño hacia determinados pares, que pueden incluso llevar a dudas, temores, exploración y/o relaciones homosexuales. (Desarrollo psicosocial del adolescente, 2015, págs. 439, 440)

En la etapa de transición a la adolescencia, con la presencia de cambios tanto biológicos como psicológicos, el actuar de la persona va cambiando, el adolescente busca tener un espacio personal, se va apartando del seno familiar para experimentar por su propia cuenta e ir aprendiendo de cada experiencia, su pensamiento está en desarrollo lo cual le permite ejercer una buena toma de decisiones, el adolescente busca irse independizando de sus padres y familia en general pero no de una manera absoluta, pues en parte sigue dependiendo de ellos porque su desarrollo no le permite totalmente valerse aún por su propia cuenta y necesita de su familia como un núcleo de apoyo para su progreso, sin embargo, busca mayor fortaleza en el grupo de amistades, iniciando a

relacionarse con personas del mismo sexo, lo que le permite que se vaya identificando y conociendo más de manera personal e individual, lo que conlleva a un desarrollo y adaptación social, de esta manera también llega a conocer los roles que socialmente les son asignados a las personas para así poder defenderse y actuar por su cuenta en un futuro; los adolescentes inician su vida social a través de la relación entre ellos mismos, en cierto punto van buscando independencia de su familia para abrirse paso al mundo por su cuenta e ir experimentando y aprendiendo de cada situación que se les presente.

No obstante, todos los psicólogos que trabajan sobre la adolescencia afirman que el origen de los cambios adolescentes es, fundamentalmente, imputable a determinaciones externas, es decir, a interacciones sociales y a la necesidad de adaptarse a los nuevos roles. En este sentido, se pone de manifiesto que el propio adolescente tiene que desempeñar roles contradictorios (vg.: de chico rebelde para con sus compañeros y de hijo sumiso para con su padre), lo que repercute notablemente en la vivencia de su identidad. (Aguirre, 1994, pág. 23)

Es importante tomar en consideración los diferentes factores que influyen durante la etapa de desarrollo del adolescente, en este caso los factores que son aportados por terceros que forman parte de los diferentes círculos sociales en la vida de la persona, que son diferentes en cada cultura y que dependiendo de ésta, la personalidad del adolescente se va formando de determinada manera ya que se puede considerar que uno de los objetivos es la adaptación e incorporación del adolescente como una persona adulta dentro de la sociedad en la que se está desarrollando; se debe considerar también que esto

se vuelve una necesidad de adaptación individual por parte de la persona en la sociedad, así como una exigencia por parte de esta para su adaptación dentro de la misma.

4.3 MARCO JURÍDICO

4.3.1 LA LIBERTAD SEXUAL Y LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Dentro de nuestra Constitución se encuentran establecidos los derechos y obligaciones que les son otorgados a los ciudadanos que les permiten y garantizan a la persona la consecución del Sumak Kawsay. El Estado es garantista de su cumplimiento y protección a través de garantías constitucionales, el derecho a la libertad es un derecho humano fundamental y de amplia aplicación, al respecto la Constitución de la República del Ecuador en el capítulo sexto, artículo 66 numeral 9, reconoce y garantiza a las personas:

“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, 2008, pág. 32)

Luego del análisis de un tema planteado a una persona, esta llega a obtener el resultado mental del mismo, convirtiéndose así en el producto de un proceso valorativo interno que se representa a través de una decisión, es decir, en la ejecución de la idea selecta, en el caso específico del ámbito de la sexualidad, esta decisión es reconocida como un derecho de libertad de la persona, que la misma decida sobre el manejo de su sexualidad y que goce de protección respecto de cualquier tipo de coacción o abuso sexual durante el desarrollo de su vida, de igual manera, el decidir personalmente sobre lo que considere favorable o satisfactorio para el disfrute de su cuerpo, libre de cualquier tipo de agresión. La toma de decisiones respecto a su salud reproductiva, como el hecho de querer tener o no hijos; respecto al derecho a la sexualidad de las personas, el Estado juega un papel muy importante, ya que es el encargado de velar por el pleno goce de este derecho, valiéndose de diferentes mecanismos que se lo permitan, a través de los cuales debe brindar información a toda la población, la cual debe encontrarse avalada científicamente para que pueda ser verídica, parte del ejercicio de este derecho forman las diferentes campañas de sexualidad que realiza el Estado a través del Ministerio de Salud y de Educación, brindando charlas educativas a estudiantes y poniendo a disposición de la ciudadanía asesoría en el ámbito de salud sexual; respecto de los menores de edad, aparte del Estado, quienes también cumplen un rol muy importante para el ejercicio de este derecho, referente a los menores de edad, son sus padres, quienes se encuentran en la obligación de velar por el cuidado de sus hijos y de brindarles información para que estos puedan de manera, libre, responsable e informada, ejercer sus derechos, se debe tener en consideración que la protección por parte de los progenitores por el hecho de la

vulnerabilidad de ellos, no puede restringirles o coartarles sus derechos; finalmente, considerando la diversidad de culturas existentes en nuestro país, y teniendo en consideración que existen diferentes factores que influyen en las personas, es importante el respeto sobre la elección a la orientación sexual de una persona, en base estrictamente al derecho de libertad y de no discriminación.

Encontrándonos en un Estado de derechos y justicia, es de suma importancia el cumplimiento de las garantías mínimas que conlleven el respeto de derechos de las partes dentro de un proceso legal, siendo una de esas garantías la proporcionalidad de las penas; se debe analizar con determinación la conducta penalmente relevante a efectos de que la sanción, como efecto de dicha conducta, sea proporcional a las circunstancias y la gravedad del hecho cometido; la Constitución de la República del Ecuador establece en su Art. 76 numeral sexto que:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

(Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 37)

La Constitución establece el derecho al debido proceso, que consiste en determinar garantías básicas que se deben respetar y obligatoriamente hacer valer dentro de la sustanciación de un juicio, ya que estas reglas permiten que en el desarrollo de todos los procesos se respeten igualitariamente los

derechos de las partes procesales, y que de igual manera, no por el hecho de que una persona esté acusada, se vulneren sus derechos, por lo tanto, esta garantía le pone un alto a las actuaciones abusivas por parte de los funcionarios públicos que sustancian estos procesos; en el numeral sexto del presente artículo, se establece el principio de proporcionalidad, que debe presidir y ser considerado al momento de determinar la pena a una persona que ha sido declarada culpable, es decir, se debe mantener un equilibrio entre el acto ilícito cometido con la pena a imponer, para lo cual se deberán valorar de manera sucinta los diferentes aspectos que rodeen el hecho delictivo para así sancionar a la persona en relación a sus actos, porque pese a que se halla determinado la culpabilidad de una persona en el cometimiento de un ilícito, sigue siendo una persona sujeta de derechos, los cuales deben ser respetados.

4.3.2 LA LIBERTAD SEXUAL EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

4.3.2.1 CONVENCIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHOS DE LOS JOVENES

A nivel mundial se considera a los jóvenes como un sector vulnerable que merece protección por parte de los Estados, pero también se los reconoce como sujetos y titulares de derechos, por tal motivo se les reconoce el goce efectivo de todos los Derechos Humanos y se ha establecido un compromiso para respetar y garantizar el ejercicio de todos sus derechos, ya que no por su

vulnerabilidad se les puede restringir el goce de los mismo; en el ámbito de la sexualidad se reconocen algunos derechos tales como:

Art. 23.- Derecho a la educación sexual:

1. Los Estados Parte reconocen que el derecho a la educación también comprende el derecho a la educación sexual como fuente de desarrollo personal, afectividad y expresión comunicativa, así como la información relativa la reproducción y sus consecuencias.

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.

3. Los Estados Parte reconocen la importante función y responsabilidad que corresponde a la familia en la educación sexual de los jóvenes.

(CONVENCION IBEROAMERICANA DE DERECHOS DE LOS JOVENES, 2007, pág. 7)

Uno de los derechos fundamentales de las personas, es el derecho a la educación en todos los ámbitos de aprendizaje, es fundamental para el desarrollo y progreso de las personas, porque a través de los conocimientos adquiridos, la persona va creciendo como ser humano y también como profesional, prácticamente la educación es la base de casi todo, porque incluso ayuda al avance del país, con ciudadanos que sean conscientes y entiendan lo que sucede a su alrededor, se podrán tomar decisiones que permitan el progreso del país; pero como se ha mencionado, la educación debe estar

presente en todos los ámbitos, y en el presente caso, el ámbito sexual; siendo la libertad sexual un derecho reconocido constitucionalmente en nuestro país, las personas para poder ejercerlo de manera plena, deben tener conocimiento del tema, lo cual se obtiene a través de la educación, siendo el Estado garantista de los derechos fundamentales, éste será el encargado de implementar diferentes mecanismos para el ejercicio de los mismos. La - Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, establece como un derecho la educación sexual, el cual deberá ser respetado por todos los Estados parte, este derecho hace referencia a la información que se debe brindar a los jóvenes durante los diferentes niveles de estudio para que puedan gozar de su sexualidad a través de la toma de decisiones libres, responsables y previamente informadas, se busca normalizar este tema ya que la sexualidad es parte del ser humano y se debe ser consciente de ello así como de las consecuencias que se pueden dar provenientes del ejercicio de esta tales como enfermedades de transmisión sexual, o en el ámbito reproductivo un embarazo que muchas de las veces puede ser no deseado por falta de prevención o de información; adicional a ello, es importante dar a conocer sobre la violencia sexual de la que puede ser víctima no solo los jóvenes, sino en general cualquier persona, las Autoridades procuran enseñar cual debe ser la actuación cuando se presenta alguna situación de agresión sexual, es importante que se tenga conocimiento de que mecanismos se pueden activar para buscar protección en este tipo de situaciones, y todo ello se obtiene a través de la enseñanza, de la cual tienen obligación de brindarla tanto el Estado como los padres de familia.

Art. 25.- Derecho a la salud:

1. Los Estados Parte reconocen el derecho de los jóvenes a una salud integral y de calidad.
2. Este derecho incluye la atención primaria gratuita, la educación preventiva, la nutrición, la atención y cuidado especializado de la salud juvenil, la promoción de la salud sexual y reproductiva, la investigación de los problemas de salud que se presentan en la edad juvenil, la información y prevención contra el alcoholismo, el tabaquismo y el uso indebido de drogas.
4. Los Estados Parte adoptarán e implementarán políticas de educación sexual, estableciendo planes y programas que aseguren la información y el pleno y responsable ejercicio de este derecho. (CONVENCION IBEROAMERICANA DE DERECHOS DE LOS JOVENES, 2007, pág. 7)

El goce de una vida plena parte de un buen estado de salud, este es otro derecho fundamental de las personas que les permite un desarrollo integral en su diario vivir, el cual abarca el acceso a centros de salud, seguridad laboral, acceso a alimentos nutritivos entre otros, guarda igualmente estrecha relación con otros derechos como el de libertad, acceso a la información, educación, trabajo y no discriminación, los Estados deben garantizar el acceso a centros de atención médica a las personas, en los cuales se debe brindar una atención integral, como la enseñanza para un cuidado personal así como la prevención de enfermedades; se deben brindar espacios de enseñanza respecto a este derecho a la salud y que abarca el mismo, en la parte pertinente, el derecho a la salud comprende también el derecho a la sexualidad de las personas

incluidos los adolescentes a quienes se debe inculcar información respecto a su sexualidad y vida reproductiva, para evitar consecuencias no deseadas en un futuro, se debe crear un ambiente de confidencialidad con este grupo para lograr el objetivo que se busca que es el entendimiento de que la sexualidad está presente en la vida del ser humano pero se la debe ejercer con responsabilidad, toda la información recabada será privada, se debe mencionar que los funcionarios del sector de salud no deberán discriminar a nadie por ninguna razón y deberán brindar los servicios necesarios que sean requeridos; será obligación por parte del Estado la creación de políticas públicas que permita a las personas el acceso a la información, que se dé un trabajo conjunto interinstitucional para que de esta manera todos los ciudadanos puedan de manera plena tener conocimiento del como ejercer y hacer valer de manera plena sus derechos.

4.3.3 EL DELITO DE VIOLACIÓN Y ESTUPRO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

En la legislación penal se tipifican determinados actos de las personas que se consideran vulneran los derechos de terceros, y estableciéndose a su vez una pena para quien adecue su conducta a esta tipificación, un derecho protegido es la libertad sexual, por tal motivo existe un capítulo referente a delitos sexuales, uno de ellos es el delito de violación sexual que puede afectar a cualquier persona sin discriminación alguna, el Código Orgánico Integral Penal respecto a este delito establece que:

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, 2014, pág. 62)

El delito de violación se configura en todos los casos con el acceso carnal, por el cual se entiende la penetración del órgano genital masculino en un orificio natural de otra persona de cualquier sexo, sea por vía normal o anormal llegando a zonas de la víctima que normalmente no están en contacto con el exterior. El elemento principal es la penetración del miembro viril masculino u de objetos dentro de las partes íntimas de otra persona, acto sexual que se lleva a cabo a través de la fuerza o violencia, es decir, sin el consentimiento de la otra persona; en este caso, no es necesario que en el acto sexual se produzca la eyaculación, ni que la penetración sea completa, ya que la norma establece claramente que la penetración puede ser total o parcial; el bien jurídico protegido es la libertad sexual, debido a que se obliga a un individuo a mantener una relación carnal involuntaria, coartándole su derecho a la libertad para decidir sobre su sexualidad. En nuestra legislación penal, se ha establecido una pena privativa de libertad de 19 a 22 años para quien cometiese este ilícito, pero en los casos establecidos, tales como cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse, cuando se use violencia, amenaza o

intimidación y por último cuando la víctima sea menor de catorce años, se puede determinar que en los dos primeros numerales, se toma en consideración alguna discapacidad mental presente en la persona, la misma no tiene conciencia plena respecto a la situación en la que se encuentra, no podría discernir respecto si lo que va a consentir es favorable o no hacia su integridad personal, de igual manera, también se consideran las discapacidades físicas, las cuales no permitirían o inclusive impedirían que una persona se pueda resistir a un acto que se va a ejecutar en su contra debido a la falta de movilidad en su cuerpo, por otra parte se establece el uso de la violencia, intimidación o fuerza, para coaccionar a un individuo a realizar determinado acto o para permitir que lo ejecuten en su contra evitando que este se pueda resistir, por último, la misma pena se establece cuando la víctima es una persona menor de 14 años, directamente sin tomar en consideración ningún otro factor, simplemente que se cumpla el requisito de que la víctima sea un adolescente que se encuentre por debajo de este rango de edad ya que son parte de los grupos de protección debido a diferentes factores propios de la edad; si se repara en que nuestra Constitución establece como un derecho de libertad de todas las personas incluidos los adolescentes el ejercicio pleno de su sexualidad, por otra parte la norma ibídem establece que se deben establecer sanciones proporcionales a las diferentes faltas penales, administrativas o de cualquier naturaleza que sean cometidas, adicionalmente se debe tomar en consideración que el Código de la Niñez y Adolescencia define al adolescente como aquella persona de ambos sexos mayor de 12 y menor de 18 años, tomando en consideración las normas antes mencionadas y relacionándolas, se puede establecer que los adolescentes son personas

sujetas de derechos, uno de los derechos que tienen es el de la libertad sexual que se debe ejercer de manera libre, voluntaria, informada y responsable, sin embargo, cuando los adolescentes ejercen este derecho, son reprimidos por la ley Penal, la misma que sanciona con una pena muy elevada actos de esta naturaleza cuando el sujeto activo es una persona mayor de edad, sin dar ninguna relevancia al hecho de que el adolescente consiente y en uso de sus facultades mentales haya consentido dentro del marco de una relación previamente establecida o casual; sin duda alguna la pena establecida no respeta el principio de proporcionalidad de las penas, vulnerando de esta manera el derecho del sujeto comisor a recibir una sanción proporcional, que guarde relación con su actuar, ya que como se ha hecho mención el único determinante para la sanción es la edad, se vulnera también el derecho constitucional de los adolescentes comprendidos en este rango de edad al libre ejercicio de su sexualidad, se debe hacer hincapié también que si se aplica alguna de las agravantes previstas, la pena aumenta de manera desmedida, sin tomar en cuenta los derechos que se pudiesen vulnerar en un futuro, tales como el interés superior del niño en caso de que la supuesta víctima adolescente haya quedado embarazada, el niño que va a nacer quedaría privado de la compañía de su padre y de crecer bajo la protección de su familia; si tomamos en consideración el avance de la sociedad, el hecho de que la información es de libre acceso y está al alcance de las personas, que es obligación por parte del Estado y de los padres de familia el brindar la información respectiva para que los adolescentes puedan ejercer su sexualidad de manera responsable, ya que, en la actualidad los adolescentes son actores sexuales y es una verdad que no se puede ocultar, por estas consideraciones,

no se deberían criminalizar las relaciones sexuales que mantienen los adolescentes, no por su vulnerabilidad se les puede coartar sus derechos; en el ámbito penal, se debería dar adicionalmente relevancia a otros factores para poder establecer una pena privativa de libertad, tales como el grado de desarrollo o madurez del adolescente y la asimetría de edad entre esta y el sujeto activo, para que así, exista un equilibrio entre la protección que se brinda a este grupo y el ejercicio de sus derechos.

Es importante analizar el delito de Estupro a efectos de llevar a cabo una comparación entre la tipificación de este delito con el de violación sexual, el cual tiene alguna relación respecto al sujeto pasivo que es un adolescente.

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, 2014, pág. 61)

Es importante diferenciar los elementos que configuran el delito de estupro, siendo muy importante a tener en cuenta la edad de la víctima y el sujeto comisor, y el consentimiento otorgado a través del engaño. El estupro es la cópula con una persona mediante el consentimiento obtenido a base de engaño o seducción. Debe existir el acceso carnal ya sea a un hombre o una mujer para que se configure éste delito, es decir la existencia de cópula admitida tanto por el sujeto pasivo y confirmado por el sujeto activo, pudiendo o no existir eyaculación durante el acto sexual, la comprobación se la puede dar también respecto de la integridad del himen, pero lo importante es que se lleve a cabo el acto sexual, ya que esto lo diferencia de otros delitos sexuales; el

menor de edad debe haber dado su consentimiento a través de falacias, mentiras o engaño proferido por el actor, y, el acto se debe llevar a cabo sin que medie violencia o fuerza de ninguna naturaleza que es lo que lo diferencia de la violación. Este delito ataca directamente la libertad sexual de la persona, consistente en el acto sexual mantenido, conforme lo establece nuestra legislación penal, entre una persona mayor de edad con otra mayor de 14 y menor de 18 años pero recurriendo al engaño, seducción o haciendo valer una situación de subordinación o dependencia, debe mediar una conducta maliciosa a fin de conseguir el consentimiento del o de la menor de edad para llegar a la cópula; el rango de edad es diferente según la legislación de cada país, así como otros países, por ende queda establecido claramente que el elemento principal de este delito es el engaño para obtener consentimiento, esto lo diferencia del delito de la violación, así como la ausencia de fuerza o intimidación. Este es un delito de acción privada, es decir, no existe intervención por parte de la Fiscalía y por lo general quienes presentan una querrela son los progenitores del adolescente, quienes consideran que han engañado a sus hijos menores de edad y por ende se han vulnerado sus derechos; en relación a lo manifestado, se debe tener en consideración dos aspectos fundamentales dentro de la tipificación de este delito, primeramente, el sujeto pasivo es una persona mayor de 14 años y menor de 18 años, es decir es un adolescente, quien ha consentido en mantener una relación sexual, y segundo, la pena establecida es de 1 a 3 años, una pena moderada, no muy elevada y que guarda relación con el acto cometido, por ello, en base a estos dos aspectos fundamentales se puede llegar a concluir que de cierta manera en el delito de estupro, se reconoce el derecho de los adolescentes a ejercer su

vida sexual y que la pena establecida respeta sin duda el principio de proporcionalidad de las penas, el Código de la Niñez y Adolescencia establece que adolescentes son aquellas personas entre 12 a 18 años, por tal motivo, no se debería discriminar a cierta parte de este grupo al momento de otorgarles derechos, pero sancionándolos cuando los ejercen.

4.3.4 LOS ADOLESCENTES FRENTE AL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR

Es conveniente realizar un análisis sobre la institución del matrimonio en el Código Civil del Ecuador, específicamente enfocado hacia la prohibición expresa del mismo para los adolescentes y la contradicción que se presenta en relación al ejercicio de sus derechos concretamente con el ejercicio de su derecho a la libertad sexual.

Art. 95.- Es nulo el matrimonio contraído por:

2. La persona menor de 18 años de edad. (Código Civil, 2019, pág. 28)

El Art. 81 del Código Civil, reformado por la Sentencia 10-18-CN/19, **R.O. E.C. 96, 8-VII-2019**, define al matrimonio como **“un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente”**.

Como se puede apreciar claramente, el matrimonio que, en el Derecho Canónico era considerado una Institución de Derecho Natural y de carácter sagrado, ha experimentado con el pasar del tiempo profundos cambios. La Ley de Matrimonio Civil de 1903 traía la siguiente definición: “Matrimonio es un

contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente”. Luego, con la introducción del divorcio, se eliminó la indisolubilidad del matrimonio, hasta que, en la actualidad, con el reconocimiento del matrimonio igualitario, el matrimonio ya no es exclusivo de hombre y mujer, sino que pueden casarse parejas del mismo sexo, y por último, ya no es necesario procrear, quedando tan sólo como un contrato que permite a la pareja vivir juntos y auxiliarse mutuamente.

Pero esta transformación legislativa de la institución del matrimonio encierra una evidente paradoja: Tradicionalmente se consideró al matrimonio como el escenario ideal para la formación de la familia, y a ésta, como la célula fundamental de la sociedad. No obstante, como podemos constatar con la evolución normativa, el divorcio primero, con sus múltiples y cada vez más flexibles causales, y la permisión del matrimonio igualitario y la eliminación de la procreación como uno de sus fines, después, han puesto finalmente, la lápida definitiva sobre el cadáver del matrimonio. Pero, al mismo tiempo,- y aquí radica la paradoja-, hoy se prohíbe el matrimonio de los menores de dieciocho años; así lo dispone el Art. 95 reformado (Sustituido por el Art. 4 de la Ley s/n, R.O. 526-2S, 19-VI-2015) “Es nulo el matrimonio contraído por: 2. La persona menor de 18 años de edad.”. Esta prohibición coincide con la derogatoria de los artículos que van del 82 al 90 del Código Civil, los cuales permitían el matrimonio de los menores que hubieren cumplido 16 años de edad, con la autorización de sus padres, o de quienes ejercieran su patria potestad o curadores. Inclusive, en el Código Civil de 1970, el Art. 95 que consignaba los impedimentos dirimentes, en el ordinal 3ro. declaraba que “es

nulo el matrimonio de los impúberes”. Es decir, dejaba abierta la posibilidad para que puedan contraer matrimonio las mujeres que hubieren cumplido doce años de edad, y los varones que hubieren cumplido 14 años. Esto se deduce del contenido del Art. 21 del Código Civil de 1970, que decía: “Art. 21.- Llámese infante o niño el que no ha cumplido siete años; **impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce**; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años, y menor de edad, o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos.” (las negrillas me pertenecen). El mismo contenido tiene el Art. 21 del actual Código Civil respecto a la definición de lo que se entiende por púber e impúber.

El Dr. Juan Larrea Holguín en su Obra “Derecho Civil del Ecuador” Tomo II, refiriéndose al impedimento dirimente que prohibía casarse a los impúberes, dice: “Siempre se ha puesto un límite mínimo de edad para el matrimonio. Ese límite se ha pretendido que coincida con el de la general capacidad fisiológica para los actos propios de la procreación, o sea con la edad de la pubertad”. (Holguín, 1985, pág. 98)

Vistas las cosas de esta manera, opino que la prohibición de contraer matrimonio para los menores de 18 años no sólo que es un anacronismo legal, sino que además, encierra una contradicción con las reformas legislativas referentes al matrimonio, que como dije antes, lo han convertido en una institución vapuleada, y casi en desuso, debido a la facilidad con que se puede terminar el matrimonio a través de las causales de divorcio, pero sobre todo con la incorporación del matrimonio igualitario, y el cercenamiento de uno de sus fines primordiales que era el de procrear. Pero lo más grave, es que haber

incorporado la referida prohibición – matrimonio de los menores de 18 años- contradice un hecho social y cultural evidente, cual es el de que, los adolescentes, que según la definición del Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia comprende a los jóvenes, hombres y mujeres, entre 12 y 18 años, cada vez con más frecuencia, forman pareja, y por ende son **actores sexuales**, según así lo ha recogido la Sentencia de la Corte Constitucional N° 003-18-PJO-CC, CASO N.º 0075-11-JP en la cual se declara paladinamente 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 la familia y el Estado, para la adopción de decisiones libres, informadas y responsables”**. Por tanto, la existencia de tales normas referentes al matrimonio, constantes en el Código Civil, de ninguna manera restan actualidad, sustento y justificación al problema que enfoco en el presente trabajo de tesis, y a las propuestas de reforma legislativa que propongo.

4.3.5 ANÁLISIS DE RANGO DE EDAD DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Se deben establecer los rangos de edades a efectos de tenerlos en consideración para efectos legales, tanto como para limitar el ejercicio de ciertos derechos como para la mayor protección que el Estado debe brindar dependiendo el grupo en el que se encuentre la persona; por tal motivo, el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 4 define a quienes se consideran niños, niñas y adolescentes, así:

“Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2019, pág. 1)

Los niños y niñas son aquellas personas que están en la etapa de niñez, que aún no han desarrollado plenamente sus capacidades motrices como psicológicas, por lo tanto requieren del cuidado completo de sus padres quienes son los encargados de brindarles las enseñanzas necesarias para su desarrollo, durante el crecimiento los niños van adquiriendo y asimilando los valores propios de sus culturas, así como por parte de centros educativos adquieren los conocimientos que son considerados por la sociedad como imprescindibles para el desarrollo y formación de su vida, conforme va pasando el tiempo, el niño con todos los acontecimientos que se han presentado en su vida va adquiriendo personalidad y se va despegando de a poco de sus padres debido a que ya puede realizar por su cuenta algunas actividades de las que antes dependía en su totalidad de sus padres, pero ello no quiere decir que la protección por parte de los progenitores deba cesar, ya que son un grupo de atención prioritaria debido a los factores propios de su edad que los limitan en varios aspectos, nuestra legislación ha establecido el rango de 0 a 12 años para considerar a una persona como niño o niña; posterior a los doce años, con el inicio de la pubertad se marca el inicio de la adolescencia, dejando atrás el periodo de niñez, esta etapa de transición de la vida del ser humano, se ve marcada por una variedad de cambios físicos, psicológicos, sexuales, emocionales y sociales, a primera vista los más notorios son los cambios biológicos, mientras que las características propias de esta etapa se ven condicionadas a factores culturales y sociales que la rodean; desde el punto de

vista biológico se presenta el crecimiento físico de la persona, la aparición de vellos en algunas zonas del cuerpo, los órganos sexuales externos se van desarrollando mostrándose como características propias de este periodo; en el ámbito emocional debido a los cambios hormonales se presentan estados de frustración o irritación, falta de motivación para cumplir con sus objetivos, el humor o estado emocional es irregular; respecto a la parte social, se pretende educar a la persona con los conocimientos que se consideran imprescindibles para el desarrollo personal y profesional, se otorgan herramientas intelectuales para que el adolescente se prepare y pueda valerse por sí mismo en la etapa de la adultez, es decir, durante su desarrollo el adolescente va formando su personalidad, se lo dota de conocimientos e información para que pueda ir tomando decisiones que considere le favorezcan, es una persona pensante y con plena capacidad de entendimiento y discernimiento; respecto al ámbito sexual, los órganos sexuales internos se van desarrollando lo cual permitiría incluso que las personas de esta edad ya sean fértiles para concebir, se presentan interrogantes respecto a su identidad sexual lo cual conlleva a una fase de autoexploración debido a los nuevos cambios tanto físicos como internos que se han dado, como una exploración con el sexo contrario, esto le permite ir formando su identidad sexual, conforme el adolescente se va conociendo y su desarrollo continúa, se presentan algunos deseos y estímulos que despiertan el interés sexual, y se suelen presentar en esta etapa las primeras relaciones sexuales; es muy relevante la edad establecida por el Código de la Niñez y Adolescencia para definir a quienes se debe considerar como adolescentes, ya que como se ha indicado es un derecho de ellos también el poder ejercer su sexualidad de manera libre y responsable, sin

embargo, con la tipificación del delito de violación, al determinar que las relaciones sexuales llevadas a cabo con un adolescente menor de 14 años serán sancionados con una pena extremadamente alta de 19 a 22 años, se estaría vulnerando este derecho y criminalizando las relaciones sexuales mantenidas por los adolescentes comprendidos en este rango de edad; se debe tener en consideración todos estos factores en conjunto, ya que influyen en el desarrollo de la vida de la persona, la sexualidad de los adolescentes es un tema que se suele estereotipar sin tomar en consideración que con el avance de la sociedad este grupo se han convertido en actores sexuales, ante ello es correcta la apreciación tanto de la sociedad como del Estado respecto a la protección que se les debe brindar, pero se deberían considerar estos elementos a efecto de que no se de una sobreprotección que conlleve a la restricción de sus derechos, por el contrario se debe realizar un trabajo conjunto entre el Estado y la familia para brindar la información adecuada para que ellos conscientes puedan ejecutar actos de manera responsable.

4.3.6 DERECHO COMPARADO

EL DELITO DE VIOLACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

Artículo 119.- Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de

dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. (Código Penal de la Nación Argentina, 1985, pág. s/n)

En la legislación penal Argentina se ha eliminado la palabra violación para y se la ha suplantado por “abuso sexual”, pero se ha ampliado este abuso a los casos en los que existiere un acceso carnal en la víctima. La tipificación establece los diferentes elementos a considerar para establecer una determinada pena que va aumentando según sea el caso, en el primer inciso se establece una pena de 6 meses a 4 años para la persona que valiéndose del uso de fuerza, intimidaciones o violencia, abusare sexualmente de un menor de 13 años, es decir que el sujeto activo abusa de su situación de poder para someter a la víctima a un acto no deseado, en el segundo inciso la pena aumenta hasta un máximo de 10 años cuando el abuso sexual sea cualitativamente más grave que el abuso sexual simple, lo cual conlleve a degradar en mayor grado la libertad e integridad sexual y reproductiva de la

persona; y, posteriormente en el inciso tercero, la pena llega a ser más alta, de 6 a 15 años, cuando ya se configure un acceso carnal en contra de la víctima ya sea por la vía vaginal o anal, ya sea a través del miembro viril masculino o de objetos, lo importante a tener en consideración en este inciso, es que se aumentan todos los elementos establecidos en el primer inciso, la víctima es un menor de 13 años, quien de manera libre y voluntaria no ha consentido en mantener un acto sexual; ya que su consentimiento ha sido obtenido a través del uso de fuerza, intimidación o valiéndose de una situación de poder, la pena establecida es proporcional, la misma podría variar en relación a las agravantes que pudiesen ser aplicadas en cada caso; la legislación Argentina para sancionar el delito de “violación” toma en consideración varios elementos incluida la edad, pero no únicamente a este último elemento como sucede en nuestra legislación penal, en la cual por el único hecho de que la víctima es una persona menor de 14 años se sanciona al sujeto comisor con una pena de 19 a 22 años, sin dar relevancia a la voluntad o consentimiento por parte del sujeto pasivo, por así determinarse en el Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal, el cual establece la irrelevancia del consentimiento de menores de 18 años en delitos sexuales; adicionalmente es importante resaltar que la edad mínima que se ha establecido en la legislación Argentina, inclusive para el delito de violación, es menor de 13 años, lo que significa que existe una variación en la edad de consentimiento entre esta legislación y la ecuatoriana.

ARTICULO 120 — Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de

edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado. (Código Penal de la Nación Argentina, 1985, págs/n)

En el presente artículo, la pena es menor cuando se ha dado un abuso sexual en el cual se ha ultrajado sexualmente de manera grave a la víctima y de igual manera cuando ha existido el acceso carnal en contra de esta, la diferencia es que en este caso la víctima es un menor de 16 años y se toma en consideración, adicional a los elementos establecidos en cada uno de los incisos segundo y tercero, la existencia de un aprovechamiento respecto a la inmadurez sexual de la víctima, o una existencia de superioridad de poder en su contra o alguna situación parecida; es importante recalcar nuevamente la aplicación de la dosimetría penal, ya que el tipo penal en el Código Penal Argentino establece la existencia de algunos elementos para aplicar las penas, y en ninguno de los casos se ha tomado en consideración únicamente el aspecto de la edad, mientras que en el Código Orgánico Integral Penal, el mantener relaciones sexuales con un menor de 14 años es violación.

EL DELITO DE VIOLACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA

Artículo 156.- Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

1) Cuando la víctima sea menor de trece años.

La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducirle a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal,

o en obligarla a que se los introduzca ella misma.

(https://iberred.org/sites/default/files/codigo_penal_13-2-13_cr_2.pdf)

En el Código Penal de Costa Rica se ha determinado la edad de 13 años para considerar un acto sexual como violación, la tipificación del delito es más explícita respecto a la conducta delictiva; se tipifica el acceso carnal en contra de una persona pero adicional también se ha establecido el hacerse acceder por cualquier vía, prácticamente el ámbito de la violación se extiende cuando se ha obligado a la víctima a que ella se introduzca algún objeto, dedos o animales; la pena establecida sigue siendo menor a la que se mantiene en la actualidad en nuestra legislación penal así como la edad de la víctima, aunque al igual que en nuestra legislación, se toma en cuenta únicamente el hecho de ser menor de 13 años para que se configure directamente el acto como violación.

EL DELITO DE VIOLACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA

De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

Artículo 183.

1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.
2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se

impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2. (Código Penal de España, 1995, págs. 75,76)

La legislación penal Española establece un capítulo para determinar los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, inicia desde las conductas más leves hasta las más agravadas, en el primer numeral tipifica los abusos sexuales con una pena de dos a seis años, posterior se eleva la pena cuando los ataques han sido cometidos mediante el empleo de violencia o intimidación o en su caso, cuando el adolescente menor de 16 años ha sido obligado a participar en actos de naturaleza sexual ya sea contra su persona o con un tercero; se han establecido en su orden los delitos de abuso y agresión sexual, diferenciándose por la pena que se ha establecido para cada conducta, por lo que se deberán tomar en consideración los elementos que componen cada delito a fin de evitar confusión con otros tipos penales; el delito de violación sexual se encuentra tipificado en el numeral 3, describiendo la existencia de un contacto corporal directo entre la víctima y el autor con la presencia del acceso carnal por cualquiera de las vías ya sea vaginal, anal o bucal, determinando que el acceso será a través de la introducción de miembros corporales o de objetos, estos últimos únicamente por vía vaginal o

anal estableciéndose dos penas según sea el caso, de 8 a 12 años cuando se ha llevado a cabo relaciones sexuales con un menor de 16 años y de 12 a 15 años cuando se ha empleado violencia o intimidación para llevar a cabo un acto de naturaleza sexual en contra del menor; comparando las penas establecidas en ambos casos con la que establece nuestro Código Orgánico Integral Penal, se puede evidenciar la alta diferencia entre las penas determinadas en ambas legislaciones lo que da como resultado que en nuestra legislación penal existe una desproporcionalidad de la pena para el delito de violación sexual en adolescentes menores de 14 años cuando no se toma en consideración ningún otro elemento más que el de la edad, se debe indicar así mismo que no existen atenuantes específicas que se puedan aplicar en delitos sexuales, caben algunas de las atenuantes generales establecidas en el Art. 45 del Código Orgánico Integral Penal; adicionalmente es importante indicar otra diferencia muy importante entre ambas legislaciones, se trata de un artículo en la legislación penal española, que podría ser considerado como una atenuante aplicable en todo el capítulo de delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, que establece lo siguiente:

Artículo 183 quater. El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. (Código Penal de España, 1995)

Este artículo incorporado en la legislación penal española puede ser entendido como un camino que de alguna manera atenuaría los posibles efectos negativos que se podrían suscitar con el establecimiento de una edad elevada para el consentimiento en materia sexual, como lo es la de 16 años, aquí se

produce una excepción a la presunción de irrelevancia del consentimiento, lo cual permite que por parte de los Juzgadores se puedan examinar otros elementos tales como el escenario y las condiciones en las que se ha dado el consentimiento, así como la relación existente entre ambos sujetos, tal como lo establece el presente artículo se debe analizar la asimetría de edad, que hace referencia a la diferencia cronológica entre dos personas lo cual impediría que la persona de menor edad pueda tomar una decisión entendida y netamente libre en el ámbito sexual debido a las vivencias y experiencias de una de las partes y las expectativas de la otra, por otro lado se valorará el grado de desarrollo o madurez, es decir el ámbito psicológico de ambos sujetos para poder establecer el grado de raciocinio y discernimiento lo cual permitiría obtener un análisis respecto a la existencia o no de una relación de poder para conseguir el consentimiento de un menor de 16 años; la relevancia de este artículo se da en el momento en que permite que no se criminalicen todos los actos sexuales llevados a cabo por adolescentes en los cuales ellos han consentido, debido a la valoración de los elementos indicados lo cual permite determinar si existe una conducta de abuso o aprovechamiento conforme se establece en cada delito sexual; así mismo como cuando no se ha demostrado la existencia de afectación a su libertad o indemnidad sexual debido a la presencia de una asimetría de edad entre ambos sujetos; en comparación al Código Orgánico Integral Penal, este no establece atenuante alguna que se pueda aplicar en delitos sexuales con menores de edad, por otra parte, expresamente en el Art. 175 se establece la no relevancia del consentimiento del menor de 18 años en delitos sexuales, lo cual impediría que en las relaciones sexuales con menores de 14 años se considere la voluntad o

consentimiento para mantenerlas, no importa si existe una asimetría de edad o el mismo grado de madurez o desarrollo entre sujeto activo y sujeto pasivo, se sanciona al infractor.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

Tal como se indicó en la metodología del proyecto de tesis aprobado mediante informe positivo de estructura y coherencia emitido por un Docente de la Carrera de Derecho, en la investigación se denunció aplicar diversos métodos y técnicas para ejecutar la investigación así planificada.

Se desarrolló la investigación se basó en los lineamientos generales que ofrece la investigación científica en el ámbito jurídico. Es así que en el proceso escudriñador se obtuvo información doctrinaria, jurídica y de opinión que sustenta la tesis que se presenta.

Se desarrolló una investigación científica de carácter jurídico, con el empleo de métodos, técnicas y procedimientos aplicables a esta rama del saber.

Toda vez que el proyecto de tesis cuenta con el informe de pertinencia, estructura y coherencia otorgado por el Docente nombrado por la autoridad académica, se seleccionó los referentes bibliográficos que permitieron conceptualizar las categorías.

Para la presentación de marco jurídico se abordó la problemática desde el punto de vista constitucional, en tratados o demás instrumentos internacionales, en las Leyes Orgánicas conexas al Código Orgánico Integral Penal y Código de la Niñez y Adolescencia.

No se puede dejar de hacer referencia a las resoluciones de la Corte Constitucional que constituyen precedentes jurisprudenciales, específicamente a la SENTENCIA N.º 003-18-P.TO-CC; y, los casos que fundamentaron la problemática a investigar. Al ser el problema jurídico de relevancia internacional, se ejecutó también un estudio de Derecho Comparado.

Para desarrollar lo antes señalado se utilizó de varios métodos, siendo los principales los siguientes:

Método científico: es el procedimiento planteado que se sigue en la investigación para descubrir las formas de existencia de los procesos objetivos, para desentrañar sus conexiones internas y externas, para generalizar y profundizar los conocimientos así adquiridos, para llegar a demostrarlos con rigor racional y para comprobarlos en el experimento y con las técnicas de su aplicación: éste método permitió comprobar la hipótesis planteada en el trabajo de investigación, puesto que el mismo parte del planteamiento de una problemática, la cual a través del desarrollo de la investigación y del trabajo de campo, la observación, el análisis y síntesis de la información recabada, permitió comprobar mi hipótesis afirmativamente.

Método comparativo: Es el procedimiento que se realiza con la intención de encontrar semejanzas y diferencias entre dos o más objetos que se realizan, este método sirvió para a través de la legislación internacional, específicamente la de Argentina, Costa Rica y España realizar un estudio sobre el derecho de los adolescentes a ejercer su vida sexual, y su relación con el tipo penal de violación.

Método bibliográfico: es el sistema que se sigue para obtener información contenida en documentos; es el conjunto de técnicas y estrategias que se emplean para localizar, identificar y acceder a aquellos documentos que contienen la información pertinente para la investigación: este método sirvió para revisar el tipo penal referido en la investigación, así como determinar categorías del delito de violación.

Método Estadístico: que nos permite demostrar la realidad objetiva a través de cuadros estadísticos; se aplicó este método en la investigación con la respectiva tabulación de la información obtenida a través de las encuestas y entrevistas que se realizó, resultados que permitieron comprobar la hipótesis positivamente.

Es necesario contar con informantes de calidad, por ello dividí en dos sectores la población a investigar.

El primer sector comprendió al Abogado en libre ejercicio que conoce y se desenvuelve a diario con la aplicación de la Constitución y Leyes de la República. A quienes se aplicó una encuesta que fue diseñada en base al problema, objetivos e hipótesis.

El otro sector estuvo comprendido por expertos en la materia o rama del Derecho, tales como: Juez del Tribunal de Garantías Penales de Loja, un Agente Fiscal y un Abogado con maestría en Derecho Penal.

6. RESULTADOS

6.1 RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENCUESTA

Al aplicar la encuesta que fue diseñada metodológicamente observando la problemática, objetivos, e hipótesis del proyecto de tesis, se obtuvieron los siguientes resultados:

PREGUNTA N° 1

¿Conoce usted sobre el régimen legal aplicado al delito de violación y las disposiciones generales aplicables a los delitos contra la libertad sexual y reproductiva?

CUADRO N° 1

INDICADORES	FRECUENCIA	POCENTAJE %
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados en libre ejercicio
AUTORA: Aynee Solange Rojas Vélez

GRÁFICO N° 1



INTERPRETACIÓN:

Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, la población investigada contesta afirmativamente, siendo 30 Abogados que constituyen el 100%.

ANÁLISIS:

Es indispensable advertir que la mayoría de la población investigada tiene conocimientos del régimen aplicado al delito de violación y las disposiciones generales aplicables a los delitos contra la libertad sexual y reproductiva y por cuanto están constantemente relacionados con la normativa jurídica a la que se refiere esta investigación.

El conocimiento de la población investigada sobre el Código Orgánico Integral Penal que se pretende reformar es del todo positivo ya que garantiza los resultados de la tesis que se propone y se materializará en la propuesta respectiva.

La totalidad de las personas encuestadas han referido conocer la rama del Derecho referente al tema que se está investigando, lo cual brinda total seguridad respecto a las respuestas que se obtendrán en el desarrollo de las encuestas.

PREGUNTA N°2

¿Considera usted que la sanción, descrita en el tipo penal para el delito de violación, con pena privativa de libertad de 19 a 22 años, cuando existe el consentimiento de la víctima de entre 13 y 14 años es desproporcional?

CUADRO Nº 2

INDICADORES	FRECUENCIA	POCENTAJE %
SI	25	83.33%
NO	5	16.7%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados en libre ejercicio
AUTORA: Aynee Solange Rojas Vélez

GRÁFICO Nº 2



INTERPRETACIÓN:

Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, la mayoría de la población investigada que son 25 Abogados los cuales constituyen el 83.33% contesta afirmativamente; mientras que un mínimo número de 5 Abogados que representan el 16.7%, responden negativamente.

Quienes contestaron positivamente fundamentan y justifican su respuesta en base a las siguientes consideraciones: que existen legislaciones como la española que sancionan este delito en función de la gradualidad del mismo y en función del consentimiento, existe una resolución de la Corte Constitucional

que habla sobre la libertad sexual y se establece que desde los 12 años ya puede decidir sobre su vida sexual, debiendo considerarse otros factores como nivel cultural, educación, desarrollo biológico, desarrollo psicológico ya que es una realidad social en algunos sectores del país, se trata de personas que ya tienen un nivel de conocimiento y poder en su decisión, su consentimiento ya valedero, no existe engaño por parte del procesado al momento de realizar el acto, más aún cuando existe el consentimiento por parte de la presunta víctima, lo que originaría que no exista estrés, angustia y no afectaría su desarrollo psico-emocional y social, el consentimiento del adolescente debería atenuar la pena, se debe considerar que no existe violencia por lo que no existiría afectación psicológica ni quedarían huellas indelebles en su psiquis, en otras normas de nuestro ordenamiento legal a la persona mayor de 12 años se le reconoce plena capacidad legal para decidir sobre sus derechos, no se deberían generalizar todos los casos, el consentimiento de la víctima pese a su corta edad, da un vuelco al tipo penal, no hay fuerza ni similares por lo tanto la pena de 19 a 22 años es muy elevada, porque no se configuran los elementos típicos de la violación propia, en este caso la conducta no tiene las mismas características que la violación sexual común, no produce el mismo daño grave en la integridad psicológica de la víctima por lo que no se puede sentenciar con la misma pena igual que en los casos que existe violencia y amenazas, se debería considerar la relación de edad entre víctima y agresor.

Por su parte, quienes contestaron negativamente fundamentan y justifican sus respuestas en las siguientes consideraciones: que una persona de 13 y 14 años no tiene un total discernimiento y conciencia de los actos. La Psicología de estas no permitiría relacionar el acto con la voluntad, en caso de carecer de

conciencia la persona de 13 a 14 años debería establecerse una pena media, en el caso del adolescente por su edad no tienen libertad sexual, en consecuencia su autonomía en la voluntad no está desarrollada, la legislación ecuatoriana y extranjera han considerado como bien jurídico la indemnidad sexual de los menores de 14 años porque aún no tienen un desarrollo bio-psico sexual, lo otro sería una relación inequitativa de la edad.

ANÁLISIS:

Considero que una persona entre 13 y 14 años, tiene pleno conocimiento respecto de su sexualidad y su pensamiento se encuentra desarrollado respecto a este tema lo cual le permitiría tomar una decisión libre, además, es importante tener en cuenta que en estos casos no se configuran los mismos elementos del tipo penal de violación sexual, la persona no ha sido coaccionada a llevar a cabo un acto de naturaleza sexual en su contra; por tal motivo no se afectaría el desarrollo de su vida en el ámbito de la sexualidad, consecuentemente se debería dar relevancia a este consentimiento no viciado por parte de la víctima, tomando en consideración diferentes factores que han influido en su desarrollo, para que así se pueda establecer una pena proporcional que garantice y respete los derechos de las partes.

PREGUNTA Nº 3

¿Cree usted que dado el desarrollo bio-psico-social de los adolescentes en la actualidad, es de considerar su consentimiento en la toma de decisiones en su vida sexual?

CUADRO N° 3

INDICADORES	FRECUENCIA	POCENTAJE %
SI	25	83.33%
NO	5	16.7%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados en libre ejercicio
AUTORA: Aynee Solange Rojas Vélez

GRÁFICO N° 3



INTERPRETACIÓN:

Conforme se advierte en el cuadro estadístico y representación gráfica que antecede, la mayoría de la población investigada contesta afirmativamente, siendo 25 Abogados que constituyen el 83.33 %; mientras que un mínimo número de 5 Abogados que representan el 16.7 %, responden negativamente.

Quienes contestaron de manera afirmativa, basan sus respuestas en los siguientes fundamentos y justificaciones: La Corte constitucional ya lo desarrolló en sentencia 003-18 y reconoció la capacidad a los adolescentes para decidir sobre su libertad sexual, el actual desarrollo de los jóvenes en varios niveles psicológicos, social, educativo, biológico, en forma conjunta con

educación han permitido que los jóvenes tengan un conocimiento explícito sobre su sexualidad, no se puede regular a través de una norma la edad para ejercer la sexualidad y que depende de otros factores físicos que no son considerados por el legislador, científicamente se puede probar que una víctima menor de 14 años puede tener capacidad intelectual para discernir, por lo tanto, se debe considerar su consentimiento según el grado de desarrollo de su personalidad sexual para que los Jueces dicten una resolución con una pena proporcional, la sociedad cada día va en desarrollo, así como también los adolescentes en la actualidad tienen mayor información sobre su sexualidad a través de la familia, instituciones educativas, la tecnología y redes sociales y a los 13 años podría existir una posición para diferenciar entre lo que le conviene en su vida, es una realidad que la vida sexual activa de empieza a temprana edad y que los adolescentes tienen una vida sexual activa con consentimiento por lo que es necesario informarlas sobre eso y luego tener en cuenta su opinión, para que sus decisiones estén acompañadas de madurez y con observancia de las consecuencias que puedan acarrear.

Por el contrario, quienes contestaron negativamente, se justifican en las siguientes consideraciones: La sociedad puede estar muy adelantada pero en nuestra sociedad no existe mayor madurez en los adolescentes en la vida sexual, la vida activa sexual de los adolescentes se enmarca en la realidad de lo que conocen, el consentimiento de los actos sexuales podría encaminar al no cometimiento del acto en realidad, ya que ellos no tienen la libertad sexual, por su inmadurez la cual influye en su conciencia y decisiones, y debido a que cada caso es único, y una persona con mucha mayor edad puede aprovecharse de su inmadurez.

ANÁLISIS:

Considero que es necesario tomar en cuenta los factores biológicos, psicológicos y sociales que influyen en el desarrollo de la vida de la persona, ya que estos le permiten irse formando e ir formando un criterio personal en base a los conocimientos que les son proporcionados desde todos estos ámbitos, con el progreso de la sociedad se han dado varios avances que determinan el cambio en el pensamiento de las personas, además, con el desarrollo de la tecnología se ha facilitado el acceso a la información, aparte de la información que es brindada por padres de familia y por parte del Estado, lo cual permite a los adolescentes tener pleno conocimiento de temas de sexualidad lo que les permite ser conscientes de las situaciones y poder tomar decisiones responsables.

PREGUNTA Nº 4

Marque con una x su respuesta a la siguiente pregunta. Considera usted que la disposición expresa de irrelevancia del consentimiento dado por la víctima adolescente de entre 13 y 14 años vulnera los siguientes derechos:

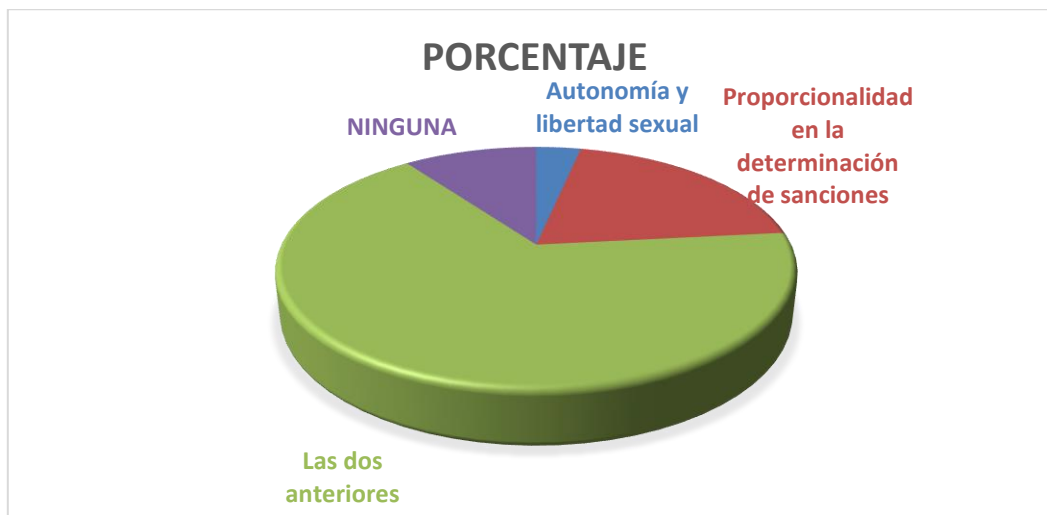
CUADRO Nº 4

INDICADORES	FRECUENCIA	POCENTAJE %
Autonomía y libertad sexual	1	3.3%
Proporcionalidad en la determinación de sanciones	6	20%

Las dos anteriores	20	66.7%
NINGUNA	3	10%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados en libre ejercicio
AUTORA: Aynee Solange Rojas Vélez

GRÁFICO Nº 4



INTERPRETACIÓN:

De las respuestas obtenidas por parte de la población investigada, solo un Abogado que constituye el 3.3%, indicó que el derecho que se estaría vulnerando al no dar relevancia al consentimiento dado por la víctima adolescente de entre 13 y 14 años, es el de autonomía y libertad sexual, seis Abogados que constituyen el 20%, indicaron que el derecho vulnerado es el de proporcionalidad de las penas; y, veinte Abogados, que son la mayoría constituyendo el 66.7% de la población encuestada, concuerdan en que la vulneración sería de ambos derechos, tanto la autonomía y libertad sexual como el de proporcionalidad de las penas; solo tres Abogados, quienes representan el 10%, señalan que no se vulnera ninguno de estos derechos.

ANÁLISIS:

Coincido con la respuesta de mayoría, debido a que al momento de sancionar el delito de violación cuando un adolescente de entre 13 y 14 años de edad que no ha sido forzado ni violentado, consciente de manera voluntaria en mantener relaciones sexuales, se vulnera el derecho a la autonomía y libertad sexual que constitucionalmente es otorgado a todas las personas incluidos los adolescentes, quienes pueden decidir de manera libre, voluntaria, responsable e informada sobre su vida sexual, decisiones que las tomará en base a la información y educación brindada por el Estado y los padres de familia, por ende debe ser respetada y no por la protección que se les da se puede vulnerar el libre ejercicio de sus derechos; y, por otro lado, se vulnera el derecho del sujeto comisor a que la pena que le es impuesta sea proporcional a los hechos, tal y como lo establece la Constitución de la República del Ecuador, de deben considerar diferentes situaciones respecto a la comisión del delito para en base a la misma establecer una pena que guarde relación con el acto cometido.

PREGUNTA Nº 5

¿Considera Usted que debería establecerse una punición menos rigurosa que la prevista actualmente en el Código Orgánico Integral Penal para el delito de violación cuando la relación sexual ha sido consentida por la víctima adolescente entre 13 y 14 años?

CUADRO Nº 5.1

INDICADORES	FRECUENCIA	POCENTAJE %
SI	26	86.7%
NO	4	13.3%
TOTAL	30	100%

GRÁFICO Nº 5.1



De ser positiva su respuesta, como debería darse la dosimetría:

CUADRO Nº 5.2

INDICADORES	FRECUENCIA	POCENTAJE %
3 a 5 años	15	57.7%
5 a 7 años	5	19.23%
7 a 10 años	4	15.38%
OTRA	2	7.69%
TOTAL	26	100%

GRÁFICO Nº 5.2



INTERPRETACIÓN:

Como se puede observar en el cuadro estadístico y en su representación gráfica, la mayoría de los encuestados que son 26 Abogados, quienes representan el 86.7%, ha respondido de manera afirmativa respecto a que se debería establecer una punición menos rigurosa que la prevista actualmente en el Código Orgánico Integral Penal para el delito de violación, cuando el adolescente entre 13 y 14 años de edad ha consentido en mantener una relación sexual; mientras que un mínimo de 4 Abogados que constituyen el 13.3% han respondido que no.

De los encuestados que respondieron de manera afirmativa a la pregunta anterior, 15 de ellos han considerado que la dosimetría penal que se debería aplicar es de 3 a 5 años; 5 Abogados respondieron que de 5 a 7 años; 4 respondieron que debería ser de 7 a 10 años; y, dos Abogados consideran que deberían aplicarse otras penas o incluso no penalizarse las relaciones sexuales de los adolescentes.

ANÁLISIS:

Estoy totalmente de acuerdo en que se debería establecer una sanción menos rigurosa que la prevista actualmente en el Código Orgánico Integral Penal para el delito de violación, siempre que la víctima sea un adolescente de entre 13 y 14 años y que de manera voluntaria haya consentido en mantener una relación sexual, para que de esta manera exista una protección para este grupo, pero que a la vez no se coarten sus derechos; por otra parte, concuerdo de igual manera en que la dosimetría penal debería ser en un rango de 3 a 5 años, una pena no muy elevada, con lo que se respetaría la proporcionalidad entre el acto

ejecutado y la sanción a imponer; respetándose y garantizándose los derechos de ambas partes.

6.2 RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENTREVISTA

ENTREVISTAS

1. ¿Cree Usted que es proporcional la sanción de 19 a 22 años de prisión establecida para el tipo penal de violación, cuando entre el sujeto comisor y la víctima comprendida entre 13 y 14 años existe una asimetría de edad no muy amplia y ha existido un acuerdo libre para la relación sexual?

1er entrevistado: Juez miembro del Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Loja

Yo creo que bajo el principio de proporcionalidad que rige en nuestra Constitución y sobre las cuales emanan las leyes, en mi criterio particular, considero que es excesiva esta pena en nuestra legislación, tomando en cuenta principalmente que por las edades que ya se manifiesta entre 13 y 14 años, evidentemente que ya existe un desarrollo físico que por naturaleza puede desembocar en este tipo de relaciones, entonces si se debería por parte del legislador con la asistencia de todas las entidades inmersas en este tipo de asuntos, llamémoslo así, a que se considere una reforma, porque si debería considerarse una disminución al menos de la sanción, ya que inclusive en otras legislaciones, con un análisis muy sesudo del estado de los actores, inclusive podría llegarse a una especie de sanción bien menor.

2do entrevistado: Agente Fiscal de la Fiscalía de Violencia de Género de Loja

Debo indicarle que nuestra legislación a partir del año 2014, agosto, se incrementó el COIP, donde se establecen algunos tipos penales, entre ellos la violación que está determinado en el Art. 171 y en ello contempla algunos parámetros para diferenciar el tipo de violación.

La pregunta es interesante en razón de que Ud. va encaminado cuando la víctima da el consentimiento, obviamente menos de 14 años, a criterio personal creo que si es desproporcional en virtud de que juega una pena de 19 a 22 años, incluso cuando la víctima da su consentimiento, dado que el Art. 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal determina que el consentimiento menos de 14 años del sujeto pasivo debe considerárselo como irrelevante, de tal manera que yo si considero que es desproporcional la pena.

3er entrevistado: Abogado en libre ejercicio con maestría en Derecho Penal

Considero que no es proporcional la pena establecida para este caso concreto de violación que Ud. manifiesta, y para responder porque quisiera primeramente partir de recordar un poco el concepto de lo que es el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, que viene a ser como un principio limitativo del Derecho Penal y lo que algunos denominan un muro de contención frente al poder punitivo del Estado; esto con el objeto de que las penas o las sanciones y la reacción que el Estado deba tener frente a un delito sea lo estrictamente necesario y además que guarde proporción con el daño o la lesividad al bien jurídico; ahora bien, si hablamos de que el art. 171 del COIP

contiene diferentes formas de violación y diferentes circunstancias contextuales entonces la pena de 19 a 22 años para la mayoría de los casos considero que está correcta, por ejemplo, como no podemos estar de acuerdo que una persona que a la fuerza o con violencia o con intimidación, vence la resistencia de la víctima, correcto, la pena es proporcional, o cuando la víctima es una persona privada de la razón o del sentido o cuando por enfermedad no puede resistirse, igual la pena es correcta y también una persona menor de trece años que está psicológicamente madura para dar consentimiento, me parece que la pena establecida actualmente está correcta, pero, en el caso que Ud. propone, es decir, una víctima de 13 a 14 años que además ha tenido una relación en un contexto a lo mejor sentimental o amoroso con una persona y la asimetría que Ud. menciona no es tan amplia, entiendo que el daño la lesión al bien jurídica no es tan grave como lo es en los otros casos y por lo tanto yo si considero de que mantener una pena alta de 19 a 22 años para este caso que Ud. propone, es desproporcional.

2. ¿Considera Usted que dado el grado actual de desarrollo bio-psico-social de los adolescentes, debe respetarse su derecho a decidir sobre su vida sexual?

1er entrevistado: Juez miembro del Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Loja

Eso es relativo, porque bien puede darse que se de los desarrollos como dice la pregunta y se tome decisiones equivocadas, entonces yo creo que más allá que debe respetarse ese derecho, si debe graduarse en relación esto inclusive a la pregunta anterior, debe graduarse una especie de reforma para que estas

relaciones que si bien son consentidas, no deberían ser sancionadas tan excesivamente.

2do entrevistado: Agente Fiscal de la Fiscalía de Violencia de Género de Loja

A criterio muy persona sí, porque el Art. 66 numeral 9 de nuestra norma suprema determina que a las personas se les garantiza el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad y su vida y orientación sexual, de tal manera que debe garantizársele este derecho, obviamente dado el caso particular a cada evento.

3er entrevistado: Abogado en libre ejercicio con maestría en Derecho Penal

El derecho de los adolescentes a ejercer su vida sexual y reproductiva, parece que se inscribe dentro del derecho que tienen todas las personas y que la Constitución lo reconoce como la libertad sexual, ahora naturalmente hay que tomar en consideración cuando una persona se encuentra en capacidad de tomar esas decisiones que sean libres, que sean responsables y que sean informadas, tenemos el fallo de la Corte Constitucional que viene a ser una jurisprudencia vinculante en donde este máximo organismo de interpretación constitucional hace un análisis muy pormenorizado justamente del derecho que tienen los adolescentes como sujetos pleno de derecho y en base a su autonomía personal de ejercer su vida sexual y reproductiva en calidad de adolescentes; si los adolescentes y de acuerdo al Código de la Niñez se considera que es de doce años y hasta los dieciocho, algunos hasta los diecinueve de acuerdo a la legislación, entonces entendemos que estas

personas realmente son actores sexuales, ahora bien es importante considerar que el desarrollo físico, psicológico, fisiológico del adolescente a raíz de la pubertad produce cambios, naturalmente cambios que son perfectamente comprensibles desde el plano biológico y también psicológico y por lo tanto son factores que deben hacernos entender porque los adolescentes están inmersos en esta actividad sexual, es más, el Derecho siempre ha sido considerado como el mejor instrumento para la convivencia humana, pero el derecho para que se transforme en norma y que sea obligatoria, tiene que ser necesariamente el producto reflexivo de una aprehensión intelectual correcta del hecho social o cultural y en este caso es absolutamente claro que el hecho social y cultural es que los adolescentes están siendo actores sexuales, de ahí que yo considero que esos tres factores que Ud. menciona si deben ser tenidos en cuenta.

3. Teniendo en cuenta que el Art. 175.5 del Código Orgánico Integral Penal establece que en los delitos sexuales el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante, ¿Considera Usted que el legislador debería incorporar una aclaración, en el sentido de que cuando exista una asimetría de edad no muy amplia entre el sujeto comisor y la víctima adolescente entre 13 y 14 años y ésta última haya consentido en la relación sexual, se atenúe la pena sin excluir la responsabilidad penal?

1er entrevistado: Juez miembro del Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Loja

Estoy totalmente de acuerdo con el contenido de la pregunta, debería el legislador como lo manifestaba hace un momento, tener una asesoría extremadamente minuciosa para que se establezca inclusive una reforma interesante que pudiese haber en el código ya es de que ese monto de catorce años por la situación de desarrollo biológico de la persona, debería disminuir a lo mejor a trece años, eso sería tentativo, porque si nos vamos a otra cuestión del desarrollo de la vida del ser humano, hace cuarenta, cincuenta años el promedio de vida era 65 años, hace unos diez, quince años 75, y oigo que en la actualidad el promedio de vida es 85 años, entonces de tal manera que esta madurez si debería analizarla el legislador, de que si consideran en catorce años, actualmente si debería, creo yo, con un análisis muy serio, reducirse ya a trece años, porque, hay culturas como la esmeraldeña, que le voy a poner el ejemplo, la relación que mantienen las personas hombre y mujer generalmente, comienza desde los once y doce años, y allá esa cultura aparentemente es aceptada y se desarrolla sin problema, con las excepciones de cualquier sociedad que cuando es contra la voluntad evidentemente constituye delito.

2do entrevistado: Agente Fiscal de la Fiscalía de Violencia de Género de Loja

Creo que el legislador debe implementar una reforma en estos casos, dado la naturaleza del evento en virtud que la víctima da su consentimiento por ello una pena debe ser proporcional al caso en particular.

3er entrevistado: Abogado en libre ejercicio con maestría en Derecho Penal

Considero que sí, que si debe el legislador dictar alguna norma aclaratoria al artículo que Ud. menciona, respecto al tema de la asimetría de edad, es un tema muy importante, porque yo considero que una asimetría de edad demasiado desproporcionada entre la víctima y el sujeto comisor es un factor preponderante que impide por completo una verdadera libertad de decisión, es entendible que las expectativas, las experiencias y el desarrollo biológico de una persona que tenga una diferencia muy grande de edad con la víctima, hace que haya una relación de poder que vicia cualquier relación igualitaria, entonces si hablamos en un rango, por ejemplo, me atrevería a decir, en un rango de diferencia de edad de 8 años hasta máximo de 8 años, podríamos decir que esa asimetría no es exagerada y consecuentemente esto podría disminuir el daño que se pueda provocar en la víctima y a lo mejor la relación o el acuerdo para mantener una relación sexual sea mutua.

4. ¿Considera Usted que debería establecerse una punición menos rigurosa que la prevista actualmente en el Código Orgánico Integral Penal para el delito de violación, cuando la relación sexual ha sido consentida por la víctima adolescente entre 13 y 14 años de edad y exista una asimetría de edad no muy amplia con el sujeto comisor?

De ser positiva su respuesta, sírvase sugerir cuál debería ser la pena proporcional para dichos casos.

1er entrevistado: Juez miembro del Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Loja

Es muy aventurado manifestar montos de años, pero se me ocurre, el consentimiento debería valorárselo como una atenuante graduable; yo le voy a

hablar de la experiencia de fiscal que tuve en algún sitio del Ecuador en donde un policía que tenía veinte veintiún años había logrado graduarse con el esfuerzo de su madre, una lavandera, y ya graduado tuvo relaciones con una chica que era bien desarrollada y finalmente era menor de catorce años y tuvieron un hijo, que sucedió con el policía, apoyaba con su profesión con un ingreso a su madre porque fue quien le dio la profesión atendía a su hijita sin necesidad de juicio, le daba de su sueldo que ya ganaba y así se desarrolló dos, tres años, hasta que se le ocurrió a la madre de la niña por alguna pelea que tuvo con el policía de denunciarlo que él tuvo su hija a la vez con la hija de la señora denunciante cuando era menor de edad y la ley tan cruel que lo hizo punitivo tan exageradamente al tema que para no alargarle el caso el tipo perdió el cargo, al madre se quedó sin quien la apoye, una criatura se quedó sin el alimento del padre, y él está entiendo yo hasta la fecha huido de la justicia; entonces yo creo que es inminente que inclusive un consentimiento debe, cuando sea el caso y hay reformas, debe ser analizado ese consentimiento por técnicos, se me ocurre, un psicólogo, un psiquiatra, un médico que establezcan que más allá que hay minoría de edad, si hay madurez para la concepción de esa decisión y evidentemente que sería tendiente a que se regulen las penas, que no sean tan drásticas, muchas parejas lo hacen más allá que sin ninguna intención de afectar ningún bien jurídico, lo hacen con la naturaleza de dos personas que biológicamente sienten la necesidad de estar, sin embargo la ley por la minoría de edad lo castiga.

Yo creo que viendo mínimo, sería la mitad de las penas pero si es posible menos, y en algunos casos justificados despenalizar.

2do entrevistado: Agente Fiscal de la Fiscalía de Violencia de Género de Loja

Creo que debería haber una punición menos rigurosa, menos que afecte a los derechos tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo, porque el evento, es cuando da el consentimiento la víctima, de tal manera que ha criterio personal una banda de una pena debe darse de entre 3 a 6 años, tal como establece el estupro determinado en el Art. 167 que allí determina una pena de 1 a 3 años, pero dado que es un tipo de violación de 3 a 6 años.

3er entrevistado: Abogado en libre ejercicio con maestría en Derecho Penal

Como consecuencia de las preguntas anteriores, yo considero que si se debería establecer una pena de un rango menor a la pena que actualmente existe, porque si recordamos el principio inicial de la proporcionalidad tiene que ver mucho con el hecho de sopesar, a tal acción dañosa tal sanción, si en este caso mis respuestas han sido afirmativas en el sentido de que la pena actual es desproporcional para el caso concreto que Ud. plantea, yo considero de que si, debería establecerse a lo mejor una figura de estupro agravado o una violación atenuada, pero que en todo caso establezca un rango de sanción penal que sea inferior al que actualmente existe. Ahora, Ud. pregunta una sugerencia de pena, yo pienso que es un poco difícil aventurarse a hablar de cantidades, de cuantificación de pena o de dosimetría penal como le llaman, pero yo pienso que podría ser posiblemente entre 7 a 10 años.

6.2.1 ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS:

PREGUNTA 1

La totalidad de los profesionales entrevistadas, que son 3 y tienen conocimientos especializados respecto a la materia que en la cual se ha realizado la investigación, concuerdan en que en base al principio de proporcionalidad establecido en nuestra Constitución, la pena de 19 a 22 años establecida para el delito de violación, cuando la víctima es un adolescente entre 13 y 14 años y existe una asimetría de edad no muy amplia con el sujeto comisor es completamente desproporcional y por ende vulnera este derecho, ya que al momento en que se vulnera algún bien jurídico se debe determinar la afectación al mismo y su reparación, para ello se ha previsto en la legislación penal la sanción a quien cometiere un acto contrario a la ley a través de la imposición de una pena, pero esta debe guardar proporción con el hecho cometido, para de esta manera garantizar el respeto de los derechos tanto de la víctima como del sujeto comisor; se debe realizar un trabajo interinstitucional con la asistencia de todas las entidades inmersas en este tipo de asuntos, para que se considere una disminución de la pena; adicionalmente una persona de 13 y 14 años se puede encontrar físicamente apta para mantener relaciones sexuales y está psicológicamente para dar su consentimiento.

PREGUNTA 2

Existe un acuerdo totalitario respecto a que se debe respetar el derecho constitucional de las personas a tomar decisiones libres, voluntarias, informadas y responsables respecto de su vida sexual, derecho en el cual

están inmersos sin discriminación alguna los adolescentes y por ende se les debe garantizar este derecho; teniendo en cuenta que, debido al avance de la sociedad, en la actualidad los adolescentes son actores sexuales, por tal motivo, se debe considerar el desarrollo biológico, psicológico y social del adolescente, ya que permiten determinar si la persona se encuentra inmersa en una actividad sexual y así comprobar si la persona se encuentra en la capacidad de tomar este tipo de decisiones libres, voluntarias e informadas, tomando en cuenta el caso particular de cada evento, con la finalidad de que este tipo de actos no sean sancionados tan estrictamente.

PREGUNTA 3

Las personas entrevistadas concuerdan en que se debe dictar una norma aclaratoria en el cual se tome en consideración el consentimiento por parte del adolescente y establecido el factor de la asimetría de edad entre ambos sujetos, indicando que esta diferencia de edad no debe ser muy amplia debido a que si existe una diferencia de edad muy grande se podría dar la existencia de una relación de poder que sin duda viciaría cualquier tipo de relación igualitaria y que impediría la libertad de decisión; por tal motivo, y debido a la existencia del desarrollo biológico del adolescente y al grado de madurez que presente, el legislador a través de una asesoría minuciosa debería hacer una reforma en la norma legal, dando relevancia al consentimiento otorgado por el adolescente y haciendo hincapié además en la asimetría de edad, ya que si esta no es muy distante, el daño provocado al bien jurídico puede ser no muy grave y dicha relación sexual puede ser resultado de un acuerdo entre los participantes.

PREGUNTA 4

Finalmente, al haber existido una respuesta afirmativa en las preguntas anteriores, se considera que se debería establecer una pena menos rigurosa, de un rango menor a la pena que existe actualmente en nuestra legislación, teniendo en consideración el principio de proporcionalidad que busca la existencia de un equilibrio entre el hecho cometido y la sanción a imponerse, para que no se afecten los derechos tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo, respecto al caso específico planteado, cuando el sujeto pasivo sea un adolescente entre 13 y 14 años que haya consentido en mantener relaciones sexuales y no exista una asimetría de edad muy amplia con el sujeto comisor debería establecerse a lo mejor una figura de estupro agravado o una violación atenuada, el consentimiento dado por el adolescente deber ser analizado por técnicos especialistas en el tema y posteriormente que sea considerado como una atenuante graduable que permita establecer un rango de sanción penal que sea inferior al que actualmente existe ya que si hay madurez para la concepción de esa decisión y evidentemente sería tendiente a que se regulen las penas y que no sean tan drásticas; respecto a la sugerencia de cuál debería ser el rango de la pena, se ha sugerido rangos entre 3 a 6 años, posiblemente entre 7 y 10 años, y dependiendo los casos específicos, incluso se debería despenalizar.

6.3 ESTUDIO DE CASOS

6.3.1 CASO 1

SENTENCIA Nº 003-18-PJO-CC, CASO N.º 0075-11-JP, DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Resolución: “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.**” (las negrillas y subrayado me pertenecen).

Análisis:

El 15 de marzo de 2011 el presidente de la Fundación Ciudadana “Papá por Siempre”, presenta una acción de protección en contra de la campaña para prevenir el embarazo adolescente elaborada por el Ministerio de Salud Pública, ya que en esta campaña se incluía la entrega de preservativos a los adolescentes, y especialmente a los comprendidos en el grupo de 12 a 14 años, considerando el demandante que el Ministerio de Salud está menoscabando el deber constitucional de los padres a educar a sus hijos; el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha resuelve rechazar la acción de protección, considerando que el Plan de Prevención del Embarazo

Adolescente no puede ser considerado ilegal ya que pretende cumplir con el derecho constitucional a la salud; tampoco se da determinado el daño real que esta campaña puede causar ya que se pretende entregar información adecuada a los jóvenes en forma planificada con el apoyo de los padres para garantizar el derecho a la salud sexual digna; y, que esta acción pretender impedir que la información sea difundida a los menores, y que es deber y obligación del estado el educar sexualmente a los jóvenes.

Al respecto, la Corte Constitucional procede a seleccionar este caso para su revisión, respecto del cual hace un análisis extensivo y profundo de cada componente a fin de emitir su veredicto.

Se inicia determinando que según la Organización Mundial de la Salud, adolescente es aquel grupo comprendido entre los 10 y 19 años de edad, biológicamente se caracteriza por los cambios fisiológicos como el desarrollo de caracteres sexuales secundarios y capacidad reproductiva, esta etapa incluye un proceso de maduración biológica, psicológica y social; desde un punto de vista jurídico se debe considerar al adolescente como un ciudadano de derechos y obligaciones, con capacidad de discernir, de tomar decisiones, de proponer con autonomía y autodeterminación.

Anteriormente se consideraba que las personas encargadas del cuidado de los adolescentes, ya sean sus padres o tutores, eran quienes debían decidir respecto de lo que les convenía o no, debido a que la legislación en ese entonces no los reconocía como sujetos de derechos por su vulnerabilidad y minoría de edad, sin embargo, en la actualidad tanto la Constitución como los Instrumentos Internacionales consideran a los adolescentes como sujetos de

derechos y por ende el ejercicio de estos les es atribuibles directamente a ellos sin tener que pasar por un filtro por parte de los adultos, por tal motivo, no debido a la vulnerabilidad de los adolescentes se les puede limitar el ejercicio de sus derechos por el hecho de considerarlos en una categoría inferior a los adultos, sin que esto signifique que no se les brindará la protección que merecen, esta continúa, pero de manera gradual conforme su desarrollo y la evolución de sus capacidades, por ello tampoco se crea una homogenización con las personas mayores de edad, ya que se supone que estas últimas han alcanzado su total desarrollo en los ámbitos físico, psicológico, cultural y social, lo cual diferencia estos dos grupos.

De manera conjunta el Estado, la sociedad y la familia, por mandato constitucional tienen la obligación de promover el desarrollo integral de los adolescente y garantizar el ejercicio de sus derechos, la potestad de los adultos para con ellos se debe dar tomando en cuenta el nivel de autonomía que tiene la persona ya que por lo contrario la intervención de los adultos sería considerada ilegítima en el ejercicio de sus derechos que afectaría gravemente su dignidad y libre desarrollo de su personalidad.

La Constitución de la república del Ecuador reconoce el derecho al ejercicio de la vida sexual a todas las personas incluidos los adolescentes; respecto a los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, los Estados están obligados a adoptar medidas para informar, educar, contribuir en su derecho a la salud, entre otras, para que de tal manera se puedan tomar decisiones informadas, responsables y libres respecto a su sexualidad, por ende existe una plena relación entre la información brindada o el acceso que se tenga a la misma para conocer cada aspecto relativo a su sexualidad lo que les permitirá

tomar decisiones libres y voluntarias que en lo posterior dará como resultado el saber cómo afrontar las consecuencias que de ellas devengan ya sean positivas o negativas; con el inicio de la adolescencia los órganos sexuales internos se desarrollan, se presencian cambios físicos y psicológicos lo que provoca que los adolescentes se conviertan en actores sexuales debido a los impulsos que se dan en diferentes aspectos, especialmente en el ámbito sexual, es por estas consideraciones que se brinda protección en la esfera de la sexualidad a los adolescentes dotándolos de las herramientas necesarias para el ejercicio de este derecho considerando que el disfrute de una vida sexual sin riesgos y de tomar decisiones libres, voluntarias, responsables e informadas es un derecho que directamente deben ejercer los adolescentes como sujetos de derechos y en base al principio de autonomía.

Si bien los padres son los encargados de la crianza y cuidado de sus hijos, en el ejercicio efectivo de los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes interviene también la perspectiva social y estatal, debido a que la salud sexual y reproductiva es una cuestión de salud pública y educativa que por mandato constitucional le es otorgada también al Estado como garante de estos derechos a quien se lo puede considerar como un “salvador externo” con plena potestad para intervenir en la familia para pro de la eficacia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; por ellos es que las medidas que el Estado, la sociedad o la familia adopten en relación a los derechos sexuales de los adolescentes, deben ir encaminadas a brindar la información necesaria y correspondiente a fin de evitar represiones en este ámbito y que por el contrario avalen una toma de decisiones adecuada respecto a la salud sexual.

En base a estas consideraciones, se puede establecer que los adolescentes son aquellas personas que se encuentran atravesando la etapa de transición de la infancia a la adultez lo cual incluye un proceso de maduración biológica, psicológica y social, son ciudadanos titulares de derechos y poseen suficiente capacidad para discrepar, tomar decisiones, proponer, con autonomía y autodeterminación, por tal motivo la Corte ha establecido que son los adolescentes quienes deben decidir sobre su vida sexual y que sus padres en conjunto con el Estado, les otorguen las herramientas necesarias para brindar información sobre su sexualidad y como ejercer este derecho constitucional de manera libre, voluntaria, informada y responsable; este grupo cuenta igualmente con la protección por parte del estado, pero esta es progresiva conforme su desarrollo, no se podría comparar la protección que necesita un niño de la que necesita un adolescente, pero ello no quiere decir que por su vulnerabilidad se puede coartar el ejercicio de sus derechos constitucionales.

6.3.2 CASO 2

JUICIO N° 11337201800096

“3.4.3. Manifestación de voluntad irrelevante En la tercera forma de violación (numeral tercero), la ley considera que la edad de la víctima impide darle valor legal a la eventual manifestación de voluntad que pudiera haber hecho. Por ello es suficiente, para probar la existencia de la violación, establecer su edad. Hasta las reformas de 1998, la edad límite era doce años; tales reformas la extendieron a catorce años, edad que se mantiene en el Código

Orgánico. De esta manera, el acceso carnal o la introducción de dedos u objetos, constituirá delito si el sujeto pasivo no ha cumplido catorce años, siendo irrelevante que haya habido o no alguna manifestación de voluntad, que se hayan empleado o no actos de violencia o aprovechamiento de un estado de indefensión. Es evidente que la ley quiere proteger a quienes, por su edad, carecen todavía de la capacidad y del conocimiento suficientes para tomar decisiones en una materia tan delicada como la sexual; tomando en cuenta además que el acto del cual son víctimas tendrá efectos seriamente negativos para una adecuada formación personal. Por cierto que cualquier edad que fije el legislador es convencional y, en casos concretos, podrá no corresponder al desarrollo físico, intelectual y emocional estándar. A nuestro parecer la edad de catorce años, que es el actual límite legal, resulta elevada. En primer lugar, si se toma en cuenta el conjunto de la población ecuatoriana, en especial en determinadas regiones en que la vida sexual comienza a edad muy temprana. Por otra parte, hay que recordar que hasta hace poco el Código Civil (Art. 95) consideraba válido el matrimonio celebrado por una mujer mayor de doce años, aunque ahora la norma ha sido sustituida. 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, sí 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 es violación. Es evidente que no pudo ser esa la intención del legislador, pues se

establecería una inaceptable contradicción legal, ya que del texto del Art. 171 queda claro que no hay violación si la víctima es mayor de catorce años y no se ha recurrido ni a violencia, amenazas o intimidación ni se ha aprovechado de su estado de indefensión, es decir si se ha consentido libre y válidamente.”

Análisis:

El tribunal de garantías penales hace un análisis respecto a la manifestación de voluntad irrelevante, específicamente respecto al numeral 3 en el delito de violación, en el cual se tipifica que el acceso carnal con una persona menor de 14 años, estableciéndose que legalmente el consentimiento que se hubiese podido dar por el sujeto pasivo en este rango de edad sería completamente irrelevante, motivo por el cual la edad es el elemento más importante para su configuración ya que no se considera si se ha ejercido violencia o se ha dado un aprovechamiento por alguna situación de vulnerabilidad; claramente se evidencia que el legislador, al momento de establecer este límite en la edad para la configuración del delito de violación busca proteger el desarrollo integral respecto a la formación sexual de niños y adolescentes, procurando que con ello se evite la intervención negativa en este ámbito respecto de aquellos que aún no poseen la capacidad necesaria para la toma de decisiones en la esfera sexual, es importante hacer hincapié en que la edad establecida por el legislador es convencional, y que no se pueden generalizar todos los casos ya que existen excepciones en las cuales esta edad no obedece a factores biológicos, psicológicos o sociales que son aquellos que influyen directamente en el desarrollo y formación del adolescente; posterior a las reformas de 1998 se aumentó la edad, pasando de ser de 12 a 14 años, edad que se mantiene hasta la actualidad, y que, a criterio del tribunal es una edad muy elevada,

fundamentando su criterio en tres puntos importantes, primero, si se analizara a la población ecuatoriana, se podría determinar que la cultura y por ende el estilo de vida en cada región es diferente, en determinadas provincias por el desarrollo de bio-psico-social de cada persona, la actividad sexual inicia a temprana edad y es considerada por esa sociedad como algo normal; segundo, hasta antes de las últimas reformas en el Código Civil, los menores de 18 años podían contraer matrimonio con la autorización de sus padres; y, por último, existe una contradicción apreciable con la tipificación del numeral 5 del Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal, en la cual se establece la prohibición de relevancia del consentimiento dada por los menores de 18 años en delitos sexuales, debido a que, guarda relación con el Art. 171 (delito de violación), sin embargo, es totalmente contradictoria respecto a los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años, ya que este grupo entra en el delito de estupro, que es un delito de acción privada y en el cual si es válido el consentimiento dado por la o el adolescente, se evidencia por lo tanto que el Art. 175.5 se aplicaría únicamente en el delito de violación cuando la víctima es un adolescente menor de 14 años y no para quienes pasen esta edad, siempre y cuando hayan consentido libre y voluntariamente y no haya existido violencia o fuerza para ejecutar el acto sexual.

Por tal motivo, si bien la ley quiere proteger a quienes por su falta de desarrollo mental no se encuentran en capacidad absoluta para tomar decisiones aún en el ámbito sexual, no obstante esta ley coarta de alguna manera los derechos de los adolescentes específicamente el derecho a la libertad sexual, por otro lado, la edad de 14 años establecida en el tipo penal de violación es una edad muy alta al momento de no considerar los diferentes factores que influyen en el

desarrollo de los adolescentes, así como la realidad social del país, ya que en determinadas regiones de este la actividad sexual inicia a temprana edad y no es mal visto por los habitantes del lugar; en relación a esto se debe considerar la contradicción existente entre el Art. 171 del Código orgánico Integral Penal y el Art. 175.5 ibídem, artículo en el cual se expresa la irrelevancia del consentimiento en delitos sexuales por parte de los menores de edad, sin embargo este artículo en el caso del delito de violación, aplicaría únicamente para menores de 14 años ya que si la persona mayor de 14 y menor de 18 años ha consentido en el acto sexual el delito cometido sería el estupro, que es un delito de acción privada, y que sin duda alguna sería contrario a lo establecido en el Art. 175.5, a su vez en el delito de estupro de alguna manera se reconoce el derecho a la libertad sexual de los adolescentes y se respeta sin duda la proporcionalidad de las penas.

7. DISCUSIÓN

En la forma que se ha ejecutado la investigación planificada permite que en este apartado se exprese la correspondiente verificación de objetivos y la contratación de la hipótesis que se formuló en el proyecto de investigación.

7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Se propuso como objetivo general el siguiente:

Realizar un estudio doctrinario y normativo del derecho a la autonomía y libertad sexual de los adolescentes entre 13 y 14 años y la proporcionalidad de las penas en el delito de violación.

El desarrollo de este 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.

En el ámbito conceptual se hace referencia al: Derecho penal, delito, delito de violación sexual, adolescencia y proporcionalidad de las penas.

Se indica también aspectos doctrinarios tales como: antecedentes históricos del delito de violación, lesividad, libertad e indemnidad sexual, asimetría de edad, dosimetría penal, penalización en el delito de violación, víctimas en delitos sexuales y abordaje bio-psicosocial del adolescente.

Apoyada en la información otorgada por los encuestados, se presenta también la opinión de los mismos y mi criterio 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.

Se propuso también diversos objetivos específicos que serán materia de esta discusión y se expresarán en forma particular su verificación:

Determinar la necesidad de la valoración del consentimiento de los adolescentes entre 13 a 14 años en el delito de violación y desde un enfoque bio-psicológico.

Con la respuesta mayoritaria a la pregunta número tres de la encuesta y con los criterios doctos de los entrevistados se verifico positivamente el objetivo indicado.

Constituye un referente empírico importante poder valorar el consentimiento de los adolescentes de entre 13 y 14 años de edad en el delito de violación desde un enfoque bio-psico-social, que al iniciar el proceso investigativo generaba ciertas dificultades dada la trascendencia socio jurídica del problema identificado.

El segundo objetivo específico se redactó de la siguiente forma:

Identificar casos de violación en los cuales la víctima tenga una edad entre 13 a 14 años para determinar la desproporcionalidad de la pena.

Con la respuesta mayoritaria de la población investigada, esto es encuestados y entrevistados y su respuesta a la segunda pregunta que se 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 en la proporcionalidad de la pena en el delito de violación cuando la víctima es un adolescente de entre 13 y 14 años.

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:

Presentar una propuesta de reforma al Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal.

Al final de esta investigación se presenta la propuesta jurídica de reforma al Código Orgánico Integral Penal.

La población investigada mayoritariamente estuvo de acuerdo con mi propuesta de reformar el Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal estableciendo una punición menos rigurosa a la actualmente contemplada para el delito de violación cuando la relación sexual ha sido consentida por el adolescente de entre 13 y 14 años.

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 a las diferentes generaciones que lo revisarán y podrán notar la progresividad de derechos, la transformación de los mismos y el fenómeno dialéctico de la ciencia del Derecho.

7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPOTÉISIS

Al planificar la investigación se propuso un supuesto científico social que podría o no verificarse y se lo redactó así:

La irrelevancia en la valoración del consentimiento de los adolescentes entre 13 – 14 años en actos sexuales, atenta contra su derecho a tomar decisiones sobre su vida sexual; y, determina la desproporcionalidad de la pena en el delito de violación.

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 que la irrelevancia del consentimiento de los adolescentes entre 13 y 14 años en actos sexuales vulnera su derecho a la libertad de su sexualidad y vulnera el principio de proporcionalidad de las penas.

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 procedencia y pertinencia de la reforma jurídica, en este sentido la hipótesis definida se contrastó positivamente con todos los aportes doctrinarios, jurídicos y principalmente con 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.

7.3 FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE SUSTENTAN LA PROPUESTA DE REFORMA

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66.9 consagra como uno de los derechos fundamentales de todas las personas, incluidos los adolescentes el “tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual.”, de igual manera en su Art. 76.6 ordena que “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”; por otra parte el Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia define al Adolescente como: “la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”; sin embargo, el Código Orgánico Integral Penal en su Art. 171, al tipificar el delito de violación, sanciona con una pena de 19 a 22 años de privación de la libertad a quien mantiene relaciones sexuales con una persona menor de 14 años, lo cual vulnera el derecho a la libertad sexual de los Adolescentes y el derecho del sujeto comisor a que la pena que se le imponga sea proporcional.

Es importante mencionar que legislaciones de mayor alcance, especialmente el Código Penal de España, en el capítulo referente a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, sanciona el delito de violación con una pena menor a la establecida en nuestra legislación, y a su vez establece un artículo que será aplicado a todos los delitos previstos en el capítulo antes mencionado, incluido el de violación, en el cual para sancionar estos delitos se tomará en consideración el consentimiento libre del menor de dieciséis años,

cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

8. CONCLUSIONES

Luego de la ejecución de la investigación planificada he podido arribar a las siguientes conclusiones:

- El Ecuador como Estado Constitucional de derechos y justicia reconoce el derecho a la libertad sexual a todas las personas, incluidas los adolescentes, como sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad suficiente para discernir y tomar decisiones libres, voluntarias y responsables con autonomía y determinación inclusive en aspectos vinculados a su vida sexual y reproductiva.
- El Código Orgánico Integral Penal expresamente establece que, a efectos de los delitos de naturaleza sexual, no será relevante el consentimiento de la víctima, sin excepción alguna, lo que vulnera el derecho de los adolescentes de entre 13 y 14 años a la toma de decisiones libres, voluntarias y responsables.
- La sociedad es cambiante y los individuos como parte de ella también, la ciencia lo corrobora y por lo tanto es posible determinar en base a los cambios biológicos, psicológicos y sociales que los adolescentes evidencian tempranamente un grado de desarrollo y madurez en todos

los ámbitos, inclusive para la toma de decisiones en el ámbito sexual, dadas las influencias del entorno que la sociedad globalizada le aporta.

- En base al principio de proporcionalidad, la sanción de 19 a 22 años de pena privativa de libertad en el delito de violación resulta desproporcional cuando la víctima es un adolescente entre 13 y 14 años de edad y existe consentimiento probado entre el sujeto pasivo y el sujeto activo.
- La tendencia en la legislación penal de países de América Latina es las penas elevadas para delitos sexuales, agravadas incluso cuando la víctima es menor de edad. Sin embargo, creemos que el Derecho Penal existe para contener el poder punitivo del Estado y no para sobredimensionarlo y tratándose de una ciencia dialéctica que debe responder al espíritu de los tiempos, no puede soslayar una realidad tan evidente e innegable en la sociedad actual, como es el hecho de que los adolescentes son actores sexuales.
- Cuando un adolescente comprendido entre 13 y 14 años, como sujeto pasivo, da su aceptación voluntaria para mantener actividad sexual con otra persona, siempre y cuando la asimetría de edad no sea mayor a ocho años, debe tener un efecto jurídico práctico en el elemento estructural del delito: culpabilidad, ya que el grado de reproche es menor que cuando la víctima es menor de 13 años. Siendo así, en aplicación de la dogmática penal y de la doctrina, se justifica una penalidad menor, que podría asimilarse a una causa de justificación exculpante, que no implica la impunidad del delito, sino una reacción punitiva más proporcionada al grado de lesividad del bien jurídico protegido.

9. RECOMENDACIONES

- Que en las Instituciones de Educación Básica Superior en conjunto con el Estado, la familia y la comunidad promuevan campañas de educación sexual a los estudiantes para que la ciudadanía y especialmente los adolescentes conozcan sobre sus derechos referentes a la libertad sexual y así puedan tomar decisiones informadas y responsables en este ámbito.
- Que las Universidades, Escuelas Politécnicas e Institutos Superiores Tecnológicos asuman su rol orientador, educador y de capacitación en derechos humanos y derechos constitucionales para garantizar el efectivo goce de los mismos sobre la base del conocimiento respecto a los derechos de Autonomía y libertad sexual de los adolescentes y la proporcionalidad de la pena en el delito de violación.
- Que los Institutos de Educación Superior y especialmente la Universidad Nacional de Loja como referente académico del sur del país, promuevan y difundan esta investigación como fruto de un proceso académico generativo.
- Que el Foro de Abogados mediante conversatorios y otras técnicas de diálogo y socialización debatan sobre sentencias y problemáticas socio-jurídicas sobre los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, que arriben a conclusiones importantes y propongan reformas a la ley.
- Que la Asamblea Nacional, considerando la función de investigación de las Universidades, acoja las propuestas de reformas legales que se generan en dichas Instituciones mediante las tesis de grado como

insumos validos que lleven al mejoramiento de los diferentes cuerpos normativos.

9.1 Propuesta de Reforma Jurídica

Como corolario de esta investigación, se presenta la siguiente propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal.

REFORMAS AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66.9 reconoce y garantizará a las personas el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual.

Que la Constitución de la República impone al legislador la obligación de revisar permanentemente del sistema jurídico para cumplir con el imperativo de justicia y certidumbre, concomitantemente el Art. 76.6 de la Constitución establece: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. Este principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, en su concepción más básica, propugna el justo equilibrio entre delitos y penas, como uno de los límites materiales del ius puniendi en la actividad legislativa, de modo tal que toda ley penal debe, necesariamente, constituir el resultado de un estudio objetivo,

medido y prolijo del tipo penal y el grado de lesividad del mismo, en orden a que la respuesta punitiva del Estado frente al delito no sea desproporcionada.

Que la Convención Iberoamericana de derechos de los jóvenes reconoce que el derecho a la educación también comprende el derecho a la educación sexual como fuente de desarrollo personal, afectividad y expresión comunicativa y dentro del derecho a la salud reconoce la promoción de la salud sexual y reproductiva.

Que el Código Orgánico Integral Penal en el numeral 6 de la exposición de motivos consigna lo siguiente: “Balance entre garantías y eficiencia de la justicia penal”: Todo sistema penal se encuentra en el dilema entre combatir la impunidad y garantizar los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal. Si las garantías se extreman, se crearía un sistema que nunca sanciona; si las garantías se flexibilizan, se acabaría condenando a la persona inocente. El sistema penal tiene que llegar al término medio para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y procurar que exista algo parecido a la paz social en el combate a la delincuencia”.

Que en el Código Orgánico Integral Penal se establece una sanción desproporcional para el delito de violación cuando la víctima es menor de 14 años.

Que la Corte Constitucional en ejercicio de la atribución que le confiere el Art. 436.6 de la Constitución de la República del Ecuador, mediante Sentencia N| 003-18-PJO-CC, Caso N| 0075-11-JP, en torno al derecho de los adolescentes a decidir sobre su vida sexual y reproductiva, emitió la siguiente jurisprudencia vinculante: “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”.

Que es necesario dar relevancia al consentimiento del adolescente de entre 13 y 14 años cuando ha mantenido relaciones sexuales a fin de establecer una pena proporcional.

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución de la República del Ecuador y el numeral 6 del Art. 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

Art. 1.- Agréguese el siguiente inciso en el numeral 3 del Art. 171:

Cuando la relación sexual haya sido producto de un acuerdo entre los participantes, debidamente probado, siempre que la víctima sea un adolescente entre 13 y 14 años de edad y la asimetría de edad con el sujeto comisor no supere la diferencia de 8 años, la sanción será de 3 a 5 años de pena privativa de libertad.

Art. 2.- Agréguese al numeral 5 del Art. 175 el siguiente texto:

Salvo lo establecido en el numeral 3 del Art. 171, debidamente comprobado.

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.

SECRETARIO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

10. BIBLIOGRAFÍA

Aguirre, Á. (1994). *Psicología de la Adolescencia*. Barcelona: Editorial Boixareu Universitaria.

Albán, E. (2018). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, parte especial, tomo I*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.

Albán, E. (2018). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, parte general*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.

Amuchategui, G. (2018). *Derecho Penal, cuarta edición*. México, D.F.: Sextil Online S.A. de C.V.

Arroyo, L. (2006). *Victimología, una visión desde el saber penal-criminológico a la afirmación científica de la imputación objetiva*. Manta: Arroyo ediciones.

- Arroyo, L., Neumann, U., & Nieto, A. (2003). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Beccaria, C. (14 de 11 de 2019). *Google Books*. Obtenido de <https://books.google.com.ec/books?id=VlzLCzrcrBsC&printsec=frontcover&dq=de+los+delitos+y+las+penas+cesare+beccaria&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiD3pCLiY3mAhXCrVkkKHU6RCzAQ6AEIJzAA#v=onepage&q=afectaci%C3%B3n%20injusta&f=false>
- Bordignon, N. A. (2005). El desarrollo psicosocial de Eric Erikson. El diagrama epigenético del adulto. *La Sallista*, 56.
- Buompadre, J. E. (2017). EL DELITO DE VIOLACIÓN. ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS TRAS LA REFORMA DE LA LEY 27.352. *Revista Pensamiento Penal*, 1-142.
- Cabanellas de Torres, G. (2014). *Diccionario Jurídico Elemental*. Bogotá: Heliasta S.R.L.
- Cabrera, M. (2019). *La victimización sexual de menores en el Código Penal Español y en la Política Criminal Internacional*. Madrid: DYKINSON, S.L.
- Carbonell, M. (2007). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Código Civil. (2019). Quito: LEXIS S.A.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2019). Quito: LEXIS S.A.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Quito: LEXIS S.A.
- Congreso de la Nación. (1985). *Código Penal de la Nación Argentina*. Buenos Aires: El Derecho.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Montecristi: LEXIS S.A.

- Convención Iberoamericana De Derechos De Los Jóvenes. (2007). Badajoz: LEXIS S.A.
- Cornieles, C., & Morais, M. (2006). *VII Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas: Editorial Texto, C.A.
- Egas, D. X. (1991). El Delito de Violacion. *Revista Juridica Online*, 26,27.
- Fuentes, H. (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su. *IUS ET PRAXIS*, 19.
- Gaete, V. (2015). Desarrollo psicosocial del adolescente. *Revista Chilena de Pediatría*, 436-443.
- Holguín, J. L. (1985). *Derecho Civil del Ecuador, tomo II*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Horno, P., Santos, A., & del Molino , C. (2001). *ABUSO SEXUAL INFANTIL: MANUAL DE FORMACIÓN PARA PROFESIONALES*. Madrid: Save the Children .
- https://iberred.org/sites/default/files/codigo_penal_13-2-13_cr_2.pdf
- Iglesias, J. L. (2013). Desarrollo del adolescente: aspectos físicos, psicológicos y sociales. *Pediatría Integral*, 88-93.
- INMUJERES. (2019). *Familias y Sexualidades*. Recuperado el 7 de 11 de 2019, de http://familiasysexualidades.inmujeres.gob.mx/cap_02.html
- Jakobs, G. (2008). *Nuevo concepto de Derecho Penal, Tomo II*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Jefatura del Estado. (1995). Código Penal de España. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Mata, N. d. (2017). El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y

- desarrollo personal sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19.
- Muñoz, F., & García, M. (2015). *Derecho Penal, Parte General, 9na edición*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Muñoz, F., & García, M. (2015). *Fundamentos del Derecho Penal, Parte General 8va Edición*. Valencia: tirant lo blanch.
- Organización Mundial de la Salud. (2019). *Organización Mundial de la Salud*. Recuperado el 10 de 11 de 2019, de https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/
- Ossorio, M. (2002). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasa S.R.L.
- Parcerisa, A. (2007). *El constructivismo en la práctica*. Barcelona: GRAO, de IRIF, S.L.,.
- Parolari, F. (2005). *Psicología de la Adolescencia*. Bogotá: San Pablo.
- Pérez, F. (2013). *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías: memorias del III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Ragués, R., & Silva, J. M. (2018). *Lecciones de Derecho Penal, parte especial, quinta edición*. Barcelona: Atelier.
- Reyna Alfaro, L. M., & Caro Coria, D. C. (2016). *Derecho Penal Económico Parte General Tomo I*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Rodríguez, L. (2005). *Código Penal comentado y con jurisprudencia*. Madrid: LA LEY-ACTUALIDAD, S.A.

- Rodríguez, V. (1997). *Historia de la Violación. Su regulación jurídica hasta fines de la edad media*. Madrid: Comunidad de Madrid CONSEJERIA DE EDUCACION.
- Roldán, E. (2019). *Luis Jiménez de Asúa: Derecho Penal, República, Exilio*. Madrid: Universidad Carlos III Madrid.
- Ruiz, A., Aguirre, P. J., & Avila, D. F. (2017). *Desarrollo Jurisprudencial de la primera Corte Constitucional*. Quito: Federación Nacional de Abogados del Ecuador.
- Ruiz, E. (2019). La dosimetría penal en el Código español. En E. Gimbernat, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (pág. 361). Madrid.
- Sentencia, 003-18-P.TO-CC (Corte Constitucional 27 de 06 de 2018).
- Soletto, H., & Grané, A. (2019). *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*. Madrid: DYKINSON.
- Soria, M., & Hernández, J. (1994). *El Agresor sexual y la víctima*. Barcelona: Marcombo, S.A.
- Tamarit, J. M. (2002). *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual, 2da edición*. Navarra: Aranzadi, SA.
- Torres, F. (2011). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: USTA.

ANEXOS

1. PROYECTO DE TESIS, INFORME DE PERTINENCIA, DESIGNACIÓN DE DIRECTOR DE TESIS

2. FORMULARIO DE ENCUESTA

3. FORMULARIO DE ENTREVISTA, CD CON GRABACIONES.

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN	i
DECLARACIÓN DE AUTORÍA.....	ii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
TABLA DE CONTENIDOS	vi
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT:	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA	8
4.1. MARCO CONCEPTUAL	8
4.1.1 DERECHO PENAL	8
4.1.2 DELITO	10
4.1.3 EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL	12
4.1.4 LA ADOLESCENCIA	14
4.1.5 PROPORCIONALIDAD DE LA PENA	18
4.2 MARCO DOCTRINARIO.....	21

4.2.1 Antecedentes históricos del delito de violación.....	21
4.2.2 Lesividad.....	26
4.2.3 Libertad e indemnidad sexual	28
4.2.4 Asimetría de edad.....	30
4.2.5 Resultado.....	35
4.2.6 Penalización en el delito de violación	36
4.2.7 Víctimas en delitos sexuales.....	52
4.2.8 Abordaje bio-psicosocial del adolescente	57
4.3 MARCO JURÍDICO.....	67
4.3.1 LA LIBERTAD SEXUAL Y LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.....	67
4.3.2 LA LIBERTAD SEXUAL EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.....	70
4.3.3 EL DELITO DE VIOLACIÓN Y ESTUPRO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.....	74
4.3.4 LOS ADOLESCENTES FRENTE AL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR.....	80
4.3.5 ANÁLISIS DE RANGO DE EDAD DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	83
4.3.6 DERECHO COMPARADO	86
5. MATERIALES Y MÉTODOS	94
6. RESULTADOS	97

6.1 RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENCUESTA	97
6.2 RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENTREVISTA	109
6.2.1 ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS:	118
6.3 ESTUDIO DE CASOS.....	121
6.3.1 CASO 1.....	121
SENTENCIA N° 003-18-PJO-CC, CASO N.º 0075-11-JP, DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR	121
6.3.2 CASO 2.....	125
7. DISCUSIÓN.....	129
7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.....	130
7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	133
7.3 FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE SUSTENTAN LA PROPUESTA DE REFORMA.....	134
8. CONCLUSIONES.....	135
9. RECOMENDACIONES	137
9.1 Propuesta de Reforma Jurídica.....	138
10. BIBLIOGRAFÍA	141