

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**La relevancia del consentimiento de los jóvenes mayores de 14 años y
menores de 18 años en el delito sexual de estupro**

Irene Catalina Bustamante González

Doctor Xavier Andrade Castillo, Director de tesis

Tesis de grado como requisito para la obtención del título de abogada

Quito, mayo de 2015

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

La relevancia del consentimiento de los jóvenes mayores de 14 años y menores de 18 años en el delito sexual de estupro

Irene Catalina Bustamante González

Dr. Juan Pablo Albán
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Xavier Andrade Castillo
Director de Tesis

Master Gladis Proaño Reyes
Informante

Dr. Luis Parraguez Ruiz
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: La relevancia del consentimiento de los jóvenes mayores de 14 años y menores de 18 años en el delito sexual de estupro

ALUMNO: Irene Catalina Bustamante González

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

La investigadora aborda el tema del consentimiento de menores en delitos sexuales, especialmente en el de estupro, bajo dos áreas del conocimiento generales, el derecho civil y el derecho penal, claro con evidencia de derecho constitucional como base. El tema es estudiado bajo puntos de vista variados y relevantes. Considero existen dos problemas puntuales: el primero de connotaciones jurídicas y sociales especiales, tratándose del consentimiento de menores bajo ciertos parámetros de edad, ya que este cobra relevancia en todas las áreas del derecho y no solamente en el derecho penal; y, segundo, el delito de estupro que en la mayoría de legislaciones alrededor del mundo ha sido descartado de sus catálogos delictivos debido a los problemas estructurales, conceptuales y de origen que presenta. La legislación ecuatoriana renovada, aún contempla una norma que establece la irrelevancia del consentimiento en delitos sexuales, lo que genera conflictos a más de jurídicos, los derivados de derechos fundamentales, especialmente el interés superior del menor y su libre determinación, que con esta norma aparentemente se ven truncados. Además, queda un tema trascendental derivado de esta discusión, y es justamente el relacionado con el supuesto estuprador, el cual, bajo el punto de vista jurídico y dogmático incurre en una conducta criminal por la anuencia de su "víctima" para discutir si esta conducta es típica, antijurídica y culpable o en justo derecho es atípica, justificada, exime o excusa de la pena privativa de la libertad.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis del problema planteada y sostenida por la investigadora a lo largo de los tres capítulos de su trabajo se centra en la valoración jurídica y constitucional del consentimiento del menor de más de 14 años y que no ha cumplido 18, justificando su respuesta con el criterio de autores a favor y en contra, pero fundamentalmente, en una sentencia del Tribunal Constitucional peruano, ciertamente nueva, sobre la relevancia del consentimiento en delitos sexuales. Cobra trascendencia porque la investigación ilustra efectivamente sobre la respuesta de la jurisprudencia internacional a este problema, además de señalar cuales son los derechos fundamentales de los adolescentes a opinar en todos los ámbitos y asuntos que les afecten, y que se ven conculcados al mantener la irrelevancia del consentimiento como norma penal de estricto cumplimiento que, además priva de la libertad a personas bajo presunción de inocencia.



c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

La tesina recoge bibliografía de autores nacionales e internacionales. Hay obras que van en ediciones desde 1960 (Arias Ramos J.-España) hasta el año 2014 (Simon Farith-Ecuador), tanto en derecho civil, penal y constitucional sobre temas generales, como la parte especial de derecho de la niñez, adolescencia y delitos sexuales, es decir, la opinión académica de más de cincuenta años yuxtapuesta en las variables núcleo de este trabajo. A más del plexo normativo ecuatoriano y extranjero, la investigadora revisó jurisprudencia de la Cámara de Casación Penal de Argentina, la opinión consultiva del Comité de Derechos del Niño, resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resoluciones de Juzgados y Cortes (ecuatoriana, colombiana y peruana) contenidas en gacetas judiciales. Los materiales bibliográficos y los documentos de soporte son complementados con información obtenida de páginas web y entrevistas a profesores ecuatorianos, generando un adecuado y conveniente desarrollo estructural de contenidos pertinentes y precisos sobre los temas y subtemas desarrollados en las cien hojas de tesina.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

Este trabajo se desarrolló en tres capítulos. El primero trata al consentimiento desde el punto de vista social, indicando que la idea de madurez ligada a la edad ha trascendido como idea "social" a los actos jurídicos (p. 5). Continúa definiendo el concepto desde el punto de vista jurídico (derecho civil) enfocado a los vicios que lo invalidan o anulan en negocios jurídicos en un primer momento, para luego, en un segundo, señalar la validez de los negocios con todos sus presupuestos legales para cuando interviene un menor de edad y mayor de catorce años en actos o contratos jurídicos. A partir de la página 11 se estudia el consentimiento en el ámbito penal de manera muy breve, señalando ideas del maestro E. Donna (argentino) e I. Flores (chilena). Los conceptos de menor de edad y adolescente se revisan a partir del Código Civil, Niñez y Adolescencia y Constitución de manera general. La autora señala que estas definiciones son influencia de la cultura judeo-cristiana, religión y costumbres morales (p. 13). Aquí confronta dos opiniones: una, sobre la idea de que los adolescentes en búsqueda de su identidad sexual pueden no ser conscientes de las consecuencias de tener actos de naturaleza sexual, y otra, sobre que los adolescentes tienen derechos sexuales de disfrutar y permitir todo lo que deseen, acentuando que en la actualidad varios psicólogos no comparten el criterio de vincular la edad con la madurez. Se revisa también el origen histórico de apareamiento del consentimiento en el derecho romano básicamente con lo que termina este capítulo. El capítulo segundo inicia con el tema de los delitos sexuales y sus bienes jurídicos protegidos, incluso el criterio para despenalizar ciertas conductas. El estupro como variable de estudio está abordado desde su antecedente histórico y evolución nacional hasta llegar al Código Orgánico Integral Penal, en donde hace comentarios desde el la óptica del bien jurídico. Crea subtemas de estudio individual del estupro, tipicidad objetiva (verbo rector, sujeto activo y pasivo, objeto material y jurídico, elementos normativos) para sostener que el consentimiento, como elemento normativo del tipo objetivo, se ve

anclado a dos elementos más, el engaño y la edad del sujeto pasivo. Rápidamente analiza la tipicidad subjetiva del tipo de estupro precisando que es doloso (p. 29) y punibilidad ciertamente leve. Lo relevante de este capítulo es la teoría del consentimiento y aquiescencia, para desarrollarla como una causa de exclusión de la tipicidad o antijuridicidad, ciertamente temas tratados con novedad e innovación dogmática a más de una vasta revisión bibliográfica. En esta misma línea la autora revisa el tema de renuncia del bien jurídico tutelado sus alcances y como ejercicio de un derecho, criterio que es compartido por la investigadora (p. 38). Los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes previstos en la Constitución, Tratados e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos son revisados extensamente con precisión jurisprudencial relacionada al tema. Bajo mi observación, aquí es donde la autora justifica en abundancia su hipótesis, es decir, responde el problema de la irrelevancia del consentimiento, claro está, bajo los límites de la edad, el bien jurídico y el tipo penal. Termina el trabajo de investigación con el capítulo tercero, el cual recoge legislación y jurisprudencia comparada de Argentina, Uruguay, Costa Rica, España y Perú, país último al que le dedica con profundidad (doce páginas aprox.) estudio constitucional y legal en base de una sentencia de su tribunal Constitucional que fortalece aún más la opinión de la investigadora sobre el tratamiento de este problema.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.

El primer borrador con el primer capítulo fue entregado el 24 de marzo de 2014, luego de observaciones varias y revisiones en los meses de octubre, noviembre de los capítulos siguientes, el trabajo final corregido fue entregado el 28 de enero de 2015, esto es, diez meses aproximadamente de levantamiento de información, codificación y desarrollo argumental. Se cumplieron todos los requerimientos de investigación de campo, bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de tesinas según las exigencias y reglamento de la USFQ.

Por todo lo expuesto, al haberse desarrollado en presente trabajo dentro de los requerimientos mínimos para la elaboración de tesinas, la apruebo.

FIRMA DIRECTOR


DR. XAVIER F. ANDRADE CASTILLO

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Irene Catalina Bustamante González

C. C. 1714019864

Lugar y fecha: Quito, mayo de 2015

Agradezco a:

Dios por todas las bendiciones. A mi madre y padre por su incondicional apoyo, amor y guía durante todas las etapas de mi vida.

Mi profesor y director, Xavier Andrade, por el apoyo brindado para la elaboración de la presente tesis.

Resumen

El consentimiento tiene una gran relevancia en todos los ámbitos del derecho, incluyendo en el ámbito penal. Sin embargo, la disposición quinta del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal sostiene que en los delitos de carácter sexual el consentimiento de los menores de edad es irrelevante. El delito sexual de estupro, el cual será analizado en la presente tesina, presupone que el sujeto pasivo mayor de catorce años y menor de dieciocho años otorga su consentimiento para mantener una relación sexual con un mayor de edad. No obstante, esa voluntad manifestada se la considera que carece de importancia ya que fue obtenida por medio del engaño al ser una persona sin la madurez suficiente.

En la presente tesina, se demuestra la relevancia del consentimiento de los mayores de catorce años y menores de edad en el delito de estupro ya que la manifestación de su opinión en asuntos que les afectan constituye un derecho supranacional y constitucional que debe ser respetado por la ley penal. Además, se muestra jurisprudencia nacional e internacional que ratifican la necesidad de darle valor a dichas opiniones. Por último, se brinda una recomendación para modificar el artículo del estupro, con el fin de que los jueces y autoridades pertinentes tomen en cuenta la opinión de los jóvenes mayores de catorce años y las circunstancias en las que fue otorgada dicha voluntad de mantener relaciones sexuales. De esta manera, se respetan los derechos de los menores de edad y no se desnaturaliza el delito de estupro.

Abstract

The consent has a great relevancy in all the fields of law, including in the criminal sphere. Nevertheless, the fifth ruling of the article 175 of the Ecuadorian Criminal Code establishes that in the crimes of sexual character, the assent of the minors of age is irrelevant. The sexual crime of intercourse with a minor, which will be analyzed in the present dissertation, presupposes that the passive subject from fourteen years old to eighteen-year-old grants its assent to maintain sexual intercourse with an adult. However, judges consider that this stated choice lacks of importance since the consent was obtained by tricks and ruse due to the minor's absence of maturity.

The present dissertation demonstrates the relevancy of the assent of the adolescents older than fourteen years old in the crime of sexual intercourse with a minor, on account of the supranational and constitutional right that minors have to express themselves in all the matters that concerns them, which should be respected by the criminal law. Also, it shows national and international jurisprudence that ratify the need to give value to the said opinions. Finally, a recommendation is offered to modify the Code's article about the sexual intercourse with children, in order that the judges and pertinent authorities take into consideration the opinion of the adolescents older than fourteen years, and the circumstances in which the consent of maintaining sexual relations was given. In this way, the youth's rights are respected and the crime of sexual intercourse with minors is not denatured.

Contenido

Introducción.-	10
Capítulo 1: Consentimiento	13
1.1 Consentimiento Social.....	13
1.1.2 Consentimiento Civil.....	14
1.1.3 Consentimiento ámbito penal.....	20
1.2 Conceptos generales relacionados al menor de edad y su consentimiento.....	21
1.3 Antecedente histórico del surgimiento del consentimiento	25
Capítulo 2: Consentimiento en el delito sexual de estupro	27
2.1 Delitos Sexuales	27
2.2 Delito de Estupro	29
2.2.1 Antecedente histórico	29
2.2.2 Antecedentes nacionales	30
2.2.3 Tipicidad Objetiva	32
2.2.4 Tipicidad Subjetiva.....	37
2.2.5 Punibilidad.....	37
2.3 Importancia del Consentimiento.....	38
2.3.1 Teoría del Consentimiento.....	38
2.3.2 La Aquiescencia.....	40
2.3.3 Consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad	42
2.3.4 Consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad	43
2.3.5 Renuncia del bien jurídico tutelado.....	44
2.3.6 Relevancia del consentimiento del menor de edad y mayor de catorce años	47
2.3.7 Derecho constitucional de los niños y adolescentes a ser consultados.....	54
1. Los Estados garantizan a los niños el derecho a la opinión libre.....	57
2. Los niños que emiten dicha opinión deben estar en condiciones de formarse un juicio propio:	59
3. Su opinión libre será respecto a todos los asuntos que les afecten	61
4. La opinión será tomada en cuenta por las autoridades en función de la edad y la madurez	63

5. El niño tendrá la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.	66
2.4 Jurisprudencia.....	68
2. 5 Opiniones de Profesionales	78
Capítulo 3: Legislación y Jurisprudencia comparada.....	80
3.1 Argentina:.....	80
3.2 Uruguay	82
3.3 Costa Rica	84
3.4 España.....	85
3.5 Perú	88
Sentencia del tribunal Constitucional peruano	92
4. Conclusiones.....	104
5. Recomendaciones:	107
6. Bibliografía.....	108

Introducción.-

En el ámbito de los negocios jurídicos el consentimiento constituye un elemento fundamental para la validez de los mismos. La pregunta que surge es si en el ámbito penal concerniente a los delitos sexuales, el consentimiento tiene la misma relevancia. La aquiescencia es fundamental para determinar si hubo o no delito sexual en cuanto a los mayores de edad. Sin embargo, en nuestro Código Orgánico Integral Penal se establece expresamente que el consentimiento en materia de delitos sexuales relativo a los menores de edad es irrelevante.

La adolescencia constituye una época de cambios y desarrollos biológicos y hormonales, tanto en el cuerpo de hombres como en el de las mujeres. Esta época de la vida suele ocurrir en las mujeres entre los 9 y los 14 años y en los hombres se manifiesta entre los 12 y 14 años. Es en esta época que los púberes empiezan a construirse una identidad personal y a desarrollar sus propios juicios, valores morales y criterios personales. Por estos cambios biológicos y por la identidad propia que se va desarrollando, los jóvenes empiezan a experimentar sentimientos de afecto y de amor hacía otros. Empiezan a surgir las relaciones de pareja, lo cual conlleva momentos de intimidad, afecto y deseos sexuales.¹

La discusión en la presente tesina se basa en el cuestionamiento sobre si los hombres y mujeres mayores de 14 años y menores de 18 años están en la capacidad de consentir en tener relaciones sexuales con connotaciones en el derecho penal. En nuestra sociedad las relaciones sexuales entre menores de edad y las prematrimoniales han sido estigmatizadas como algo inmoral. La virginidad, específicamente de las mujeres, era vista como un regalo que se debía dar solamente al esposo. El debate surge del cambio de pensamiento que vive nuestra sociedad en la actualidad. Hoy en día, las personas se casan con mayor edad que antes y tienen con mucha frecuencia relaciones sexuales pre- matrimoniales. Los púberes son cada

¹ Gloria Torres de Mila, Clara Vargas Trujillo y Elvia Vargas Trujillo. *Adolescencia y Sexualidad*. Bogotá: Planeta, 1996, pp. 34-40.

vez más abiertos a la idea de iniciar su vida sexual a tempranas edades. También, la televisión y otros medios de comunicación han influenciado de gran manera en que los jóvenes sean más abiertos a la sexualidad y la experimenten sin que esto sea un tabú, como lo era antes. Por lo que la mente y los valores morales, religiosos, sociales y culturales de los jóvenes han ido evolucionando y la interrogación recae en que si las normas jurídicas deben irse acomodando a esta realidad.

Existen opiniones contrapuestas en este debate. Por un lado, varios autores y expertos sostienen que el menor de edad no tiene un criterio desarrollado para decidir sobre tener o no relaciones sexuales, ya que no tienen la suficiente madurez para entender todo lo que involucra llevar a cabo una relación y los riesgos del mismo. Al estar en la búsqueda de su identidad, son influenciables y pueden tomar decisiones apresuradas que les pueden traer consecuencias negativas tales como enfermedades venéreas.² Algunos argumentan que la satisfacción sexual que puede llegar a tener los adolescentes les sesga de pensar objetivamente sobre el acto carnal. Es por esta teoría de la insuficiencia de madurez o falta de juicio de los menores de edad, en la toma de decisiones, que el ordenamiento jurídico se ha ocupado de considerar a los menores de edad como un grupo vulnerable que merece especial atención y protección. De manera especial se protege su indemnidad sexual física y psíquica, lo cual constituye el bien jurídico amparado por el Estado. Esto significa que los menores de edad deben tener una sana experiencia y un sano desarrollo sexual. En resumen, se prohíbe las relaciones sexuales de los menores de edad ya que éstas pueden afectar el desarrollo personal de los adolescentes y pueden producir a largo plazo alteraciones psíquicas que marquen sus vidas.³

Por otro lado, tenemos la teoría de que el menor adulto que ha pasado por los cambios de la pubertad, está en la capacidad de decidir sobre si consentir en una relación sexual o no, tomando en cuenta la mentalidad más abierta en la que vivimos hoy en día. De igual forma, el legislador ha considerado al mayor de 15 años y menor de edad como una persona con la

² Neli Pérez Pérez e Ignasi Navarro Soria. *Psicología del Desarrollo Humano: Del Nacimiento a la Vejez*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2011, pp. 244-258

³ F. Flores, Ivonne Melva y M. Lorena Aracena Morales. *Tratado de los Delitos Sexuales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica La Ley, 2005, pp.48-58

capacidad suficiente para celebrar un contrato laboral, para decidir con quién y cuándo casarse contando con el permiso de los padres. Además, a los mayores de 16 años se les ha otorgado el derecho político al voto. Se cree que tienen el suficiente criterio como para elegir a autoridades que van a estar a cargo del país. Un aspecto curioso es que nuestro Código Integral Penal no le otorga relevancia al consentimiento del menor de edad en términos de delitos sexuales, pero el mismo Estado promueve campañas de uso de anticonceptivos como métodos de protección al tener relaciones sexuales en lugares en donde sólo se encuentran menores de edad tales como colegios públicos. El Estado ha reconocido la realidad del país de que gran cantidad de menores de edad son partícipes en relaciones carnales, por lo que han instalado dispensarios de condones en colegios y han permitido el acceso gratuito a pastillas de emergencia en casas de salud.

En la presente tesina sostengo como mi hipótesis que en el delito sexual de estupro, el consentimiento otorgado por la víctima, siempre que sea mayor de 14 años, debe ser relevante y se deben tomar en cuenta las circunstancias morales, sociales y religiosas en torno al mismo, con el fin de evitar la desnaturalización de estos delitos. Se evidencia que los jóvenes mayores de 14 años están con la madurez suficiente para otorgar su consentimiento en acceder a tener una relación sexual. Además, esta tesina contribuye en fortalecer el derecho a la defensa del procesado porque se evalúa el consentimiento de la víctima y se analiza si es que en verdad hubo un delito sexual o si fue algo consentido, lo cual no constituye un delito. Se está implementando una garantía para el acusado de que se analizará todo el caso y las circunstancias antes de condenarle. Asimismo, se respeta el derecho constitucional que tienen los menores de edad a opinar sobre los asuntos que les afectan. De igual manera, se da cumplimiento al principio penal de la congruencia, en que la pena esté equilibrada con los hechos. Igualmente, la tesis favorece a que no se desnaturalice el delito de estupro y que se persigan únicamente a los reales perpetradores de delitos, evitando falsas denuncias de delitos sexuales que son usados como represalias, manipulaciones o venganzas por parte de la víctima, de sus padres o de terceros cercanos.

Capítulo 1: Consentimiento

1.1 Consentimiento Social

El consentimiento es un concepto utilizado tanto en el ámbito social como en el campo jurídico. Es importante comenzar analizando el significado del consentimiento que es manejado comúnmente por la sociedad. Según el Diccionario de la Real Academia Española el verbo ‘consentir’ se refiere a “permitir algo o condescender en que se haga”⁴. De igual manera, otra definición es la del autor Cabanellas, quien señala que el consentimiento de manera común es “compartir el sentimiento o el parecer. Aprobación, aceptación.”⁵ Para la autora Molinier, la palabra ‘consentir’ significa “decir a alguien que puede hacer cierta cosa o no oponerse a que la haga”⁶; y, ‘consentimiento’ se refiere a una “autorización, licencia, permiso”⁷. Por lo tanto, se puede observar en los significados anteriormente expuestos que el consentimiento presupone una propuesta, la cual es aceptada. Algunas personas confunden este concepto con la palabra ‘voluntad’, ésta última hace referencia a la “facultad de decidir y ordenar la propia conducta”⁸. Estos dos conceptos son similares, pero no significan lo mismo. El consentimiento es una aceptación a una oferta, mientras que la voluntad es una elección de actuar de cierta manera. Por lo que no se deben confundir estas nociones.

La aceptación, consecuencia de consentir en algo, significa que la persona a quien se dirige la oferta, accede de manera conforme a la propuesta. Ésta puede ser de manera expresa o tácita, es decir llevando a cabo actos que resultan inequívocos para el oferente y revelan la intención del aceptante.

En nuestra sociedad ecuatoriana el hecho de poder ‘consentir’ se ha visto ligado al concepto de madurez y de la edad. La madurez es definida como el “2. Buen juicio, prudencia, sensatez”⁹. Los menores de dieciocho años de edad han sido concebidos como

⁴ *Diccionario esencial de la lengua Española*. Madrid: Real Academia Española, 2006, p. 391.

⁵ Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1997, pp. 308-309.

⁶ María Molinier. *Diccionario de Uso del Español*. Madrid: Editorial Gredos, 1998, p. 732.

⁷ *Ibíd.*

⁸ *Diccionario esencial de la lengua Española*. Madrid: Real Academia Española, 2006.

⁹ *Diccionario esencial de la lengua Española*. Madrid: Real Academia Española, 2006.

personas con falta de buen juicio por su supuesta falta de madurez psicológica. Se ha considerado como persona con madurez a las personas a partir de los veinte años de edad ya que tienen sus funciones físicas e intelectuales desarrolladas. La madurez se ha visto ligada a la edad, es decir los menores de edad no son maduros y recién en los mayores de edad se puede hablar de madurez. Nuestro ordenamiento jurídico ha plasmado esta idea social en las normas jurídicas y codificaciones estableciendo una edad en la que se presupone madurez suficiente para llevar a cabo ciertos actos jurídicos tales como: matrimonio, contratos, licencia de conducir, entre otros. La madurez socialmente se ha contemplado como el momento en la vida humana en el que estás listo para asumir responsabilidades tales como independizarse económicamente, fundar una familia, trabajar, entre otras.¹⁰

En el ámbito de los delitos sexuales, la madurez ha sido considerada un aspecto fundamental para poder decidir si un menor de edad está en la capacidad de consentir o no en una relación sexual, es por esta razón la importancia de conocer los conceptos de consentimiento y madurez que son usados vulgarmente por la sociedad.

1.1.2 Consentimiento Civil

En materia civil el consentimiento tiene algunos elementos que deben ser observados. Para empezar es necesario precisar la etimología de la palabra ‘consentimiento’; viene del latín “consentire” y significa tener un mismo sentimiento. Para Alessandri este concepto se refiere como “el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico”.¹¹ Este autor señala que para que exista consentimiento deben ocurrir dos actos: la oferta y la aceptación. Estos son actos sucesivos. La oferta es el acto jurídico por el cual “una persona propone a otra la celebración de un contrato.”¹² El oferente puede proponer de manera verbal, escrita o tácita. En la escrita o la verbal se revela directamente el deseo de contratar, mientras que en la propuesta tácita el deseo inequívoco de contratar es revelado a través de la concurrencia de ciertos actos que permitan presumirlo. De igual manera, la aceptación es el

¹⁰ Cfr. Juan José Zacarés y Emilia Serra. *La madurez personal: perspectivas desde la psicología*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1998, pp. 273-280.

¹¹ Arturo Alessandri. *Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General*. Santiago de Chile: Ediar, 1990, p. 191.

¹² *Id.*, p. 193.

acto que demuestra la conformidad con la propuesta. Ésta puede ser expresa o tácita y simple o condicional. La consecuencia del consentimiento es la vinculación jurídica entre el oferente y el aceptante.¹³ El autor Parraguez agrega que la oferta debe estar compuesta por tres requisitos: debe ser completa, esto significa debe contener los elementos esenciales de la propuesta; debe ser seria, es decir la declaración de voluntad debe producir efectos jurídicos y; la oferta debe ser comunicada al destinatario para que éste la pueda aceptar.¹⁴ De igual manera, para la aceptación también se requiere de ciertos requisitos: voluntariedad, concordancia con la oferta, dirigida al oferente y oportuna mientras está vigente la oferta. En nuestra legislación el consentimiento se forma con la aceptación de la oferta.¹⁵

El autor Borda señala tres características fundamentales, con las cuales debe ser otorgado el consentimiento: “discernimiento, intención y voluntad.”¹⁶ Asimismo, Larrea Holguín señala que el deber del derecho es proteger la libertad de las personas, es por eso que sus declaraciones de voluntad deben ser libres y unilaterales.¹⁷ Por lo tanto, el consentimiento debe ser otorgado libremente y con la voluntad de hacerlo sin incurrir en los vicios del consentimiento para que éste sea válido. El Art. 1467 del Código Civil estipula: “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo”.¹⁸ Alessandri define al error como “el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa.”¹⁹ En nuestro Código Civil el legislador ha dispuesto que el error de derecho no vicia el consentimiento. En cambio, el error de hecho sobre la especie de acto, contrato o identidad de la cosa que se va a celebrar vicia el consentimiento. De igual manera, el error de hecho sobre la calidad o sustancia esencial del objeto de lo que trata el contrato o el acto, vicia el consentimiento. Si el error recae sobre una calidad de la cosa, la cual no es un motivo principal para celebrar el contrato, no vicia el consentimiento. Además, el error de hecho

¹³ *Id.*, pp. 193-194.

¹⁴ Luis Parraguez. *Compendio Negocio Jurídico*. Quito: 2012, pp. 195-196.

¹⁵ *Id.*, pp. 203-207.

¹⁶ Guillermo Borda. *Manual de Derecho Civil: Parte General*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1998, p. 489.

¹⁷ Juan Larrea Holguín y Rodrigo Merino Barros. *Derecho Civil del Ecuador: XI Las Obligaciones*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, pp. 66-81.

¹⁸ *Código Civil Ecuatoriano*. Artículo 1467. Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁹ Arturo Alessandri. *Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General*. Santiago de Chile: Ediar, 1990, p. 208.

acerca de la persona con la cual se tiene intención de contratar, solo vicia el consentimiento si ella es la causa principal del contrato.²⁰

El segundo elemento que vicia el consentimiento es la fuerza. Ésta es la “presión física o moral ejercida sobre la voluntad de una persona para determinarla a ejecutar un acto jurídico.”²¹ La fuerza moral se refiere a las amenazas hechas a otra persona con el fin de que ésta tenga un temor insuperable y su consentimiento deje de ser libre y espontáneo. Además, la fuerza debe cumplir con tres requisitos para que conste como un vicio: debe ser ilegítima, es decir que no sea permitida por la ley; debe ser grave, debe causar una fuerte impresión en quién la recibe considerando su edad, sexo y condición; debe ser determinante, es decir de tal magnitud que el que ejerce la fuerza obtiene la declaración de voluntad.²² El Art. 1472 del Código Civil señala que la fuerza no vicia el consentimiento como regla general, pero hay vicio cuando produce una impresión fuerte en una persona tomando en cuenta su edad, sexo y condición. El temor infundido debe versar sobre un mal irreparable y grave. Además, en el segundo inciso se aclara que el temor reverencial no es suficiente para que vicie el consentimiento.

El tercer vicio es el dolo. Este es definido como el “empleo, por una de las partes, de maquinaciones, trampas, artificios, mentiras o engaños, respecto de otra persona, con el fin de inducirla a consentir en un contrato que, a no mediar dichas maniobras, jamás habría celebrado.”²³ El Art. 1474 del Código Civil dispone que el dolo no vicia el consentimiento, a menos que sin él no se hubiese contratado. Por lo tanto, para que el dolo sea considerado un vicio debe ser unilateral y no recíproco, y determinante en el negocio jurídico.

Una vez analizados los vicios del consentimiento, procederé a analizar la validez de los negocios jurídicos del menor de edad. Para ello cabe hacer una distinción entre la capacidad de goce y de ejercicio. La primera es la aptitud para acceder a los derechos, la cual es un atributo de la personalidad. La segunda se refiere a la capacidad para celebrar negocios

²⁰ Manuel Sánchez Zuraty. *Obligaciones y Contratos*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011, pp. 22-24.

²¹ Arturo Alessandri. *Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General*. Santiago de Chile: Ediar, 1990, p. 215.

²² *Id.*, pp. 215-222.

²³ Arturo Alessandri. *Óp. cit.*, p. 223

jurídicos. El Art. 1462 del Código Civil establece que como regla general todos somos capaces, menos los que la ley los declara incapaces. Existen dos tipos de incapacidades la general y la específica. La incapacidad general inhabilita a ciertas personas a celebrar todo tipo de negocios jurídicos. En cambio, la incapacidad especial inhabilita a ciertas personas a celebrar determinados negocios jurídicos. Dentro de la incapacidad general se encuentra la absoluta y la relativa. El Art. 1463 del Código Civil establece a los impúberes, esto es el varón menor de catorce años y la mujer menor de doce años, como incapaces absolutos. Esta incapacidad está ligada con la madurez sexual. Han sido considerados incapaces por su falta de discernir sobre si es provechoso celebrar o no un contrato jurídico. El Art. 1463 en el segundo inciso hace referencia a la incapacidad relativa, esto es que los actos pueden tener valor en ciertas circunstancias. Dentro de esta clasificación se encuentran los menores adultos, es decir los púberes menores de edad. Tomando en cuenta que los menores adultos tienen un grado de madurez mayor a los impúberes, la legislación ecuatoriana les ha concedido capacidad para celebrar algunos negocios jurídicos por sí mismos. Los incapaces absolutos sólo pueden actuar a través de sus representante legal, mientras que los incapaces relativos pueden actuar sustituidos por sus representantes legales, por sí mismos pero asistidos por su representante legal o sí mismos pero que el acto luego sea subsanado por su representante.²⁴

a. El Art. 82 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone: “Se fija en quince años la edad mínima para todo tipo de trabajo, incluido el servicio doméstico, con las salvedades previstas en este Código, más leyes e instrumentos internacionales con fuerza legal en el país.”

b. El Art. 65 del Código de la Niñez y Adolescencia señala:

La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niños, niñas y adolescentes se estará a lo previsto en el Código Civil, a excepción de los siguientes casos:

1. Los actos y contratos de los adolescentes que no han cumplido quince años, son relativamente nulos sin perjuicio de la validez que la ley confiera para la celebración de determinados actos;

2. Las personas que han cumplido quince años, además, tienen capacidad legal para celebrar contratos de trabajo según las normas del presente Código; y,

3. Para celebrar los actos y contratos que estén comprendidos en el objeto de una organización estudiantil, laboral, cultural, artística, ambiental, deportiva o vecinal, de las que sean personeros o legítimos representantes en el ejercicio de su derecho de asociación y cuya cuantía no exceda a dos mil dólares.

²⁴ Luis Parraguez. *Compendio Negocio Jurídico. Óp. cit.*, pp. 143-151.

Los adolescentes podrán ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías. Los niños y niñas podrán pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal.

c. También, gracias a la costumbre, se les ha permitido la celebración de los llamados “pequeños contratos”. Ejemplo de estos son los siguientes: compra de entrada a espectáculos, conciertos, compra de mercaderías en efectivo, entre otros negocios del día a día.²⁵

Otro aspecto importante es lo que sucede con la institución del matrimonio para los menores de edad. Para que un matrimonio sea válido en el Ecuador debe cumplir con las formalidades del Art. 102 del Código Civil, debe ser expresado a través del consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes y debe estar libre de impedimentos dirimentes. El consentimiento debe estar libre de vicios, como lo estipula el Art. 96 del Código Civil. Los impedimentos dirimentes son de dos clases: absolutos y relativos. Los absolutos conllevan una prohibición absoluta para casarse. Este es el caso de los impúberes, mujeres menores de doce años y varones menores de 14 años. Esto se encuentra estipulado en el inciso segundo del Art. 96 del Código Civil. Los púberes, es decir mujeres mayores de doce años y menores de dieciséis años y los hombres mayores de catorce años y menores de dieciséis años son considerados dentro de los impedimentos relativos. Si se casan sin autorización de su representante legal, acarrea nulidad.

Por otro lado existen los impedimentos impeditivos, los cuales acarrean sanciones más no nulidad del acto. El Art. 89 del Código Civil dispone: “El matrimonio del menor que hubiese cumplido dieciséis años será válido, aunque no hubiere obtenido el asentimiento o licencia del ascendiente que debe dársele. Pero será destituida de su cargo la autoridad ante quien se hubiere celebrado dicho matrimonio.” En este caso, la autorización al menor debe ser otorgada por quien ejerce la patria potestad, en caso de no haberlo deberán hacerlo sus ascendientes en primer grado. Si no tiene ascendientes, el tutor o curador. Por último, el juez puede autorizar el matrimonio.

²⁵ *Id.*, p. 151

La necesidad de una autorización para casarse por parte del representante legal deviene de la consideración de que los menores de edad carecen de buen juicio para juzgar y de su falta de experiencia en la vida.²⁶ Sin embargo, la misma legislación reconoce que los menores de edad que ya no son impúberes tienen un mayor grado de discernimiento para elegir la persona con la que se quieren casar y pasar el resto de su vida juntos. Aunque necesiten la autorización, se está reconociendo que tienen cierto grado de madurez para elegir si quieren celebrar un matrimonio y con qué persona lo quieren hacer.

Dicho reconocimiento también se ha visto plasmado en la codificación de derechos políticos de los menores de edad. En el actual Código de la Democracia se dispone lo siguiente:

Art. 11.- El Ejercicio del derecho al voto se realizará de conformidad con las siguientes disposiciones:

1. El voto será obligatorio para las ecuatorianas y ecuatorianos mayores de dieciocho años, incluyendo a las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada.
2. El voto será facultativo para las personas entre dieciséis y dieciocho años de edad, las mayores de sesenta y cinco años, las ecuatorianas y ecuatorianos que habitan en el exterior, los y las integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en servicio activo, las personas con discapacidad y las personas analfabetas. (...)²⁷

A pesar de que nuestra legislación considera como incapaces de ejercicio a los menores de edad, se ha ido reconociendo que los menores adultos tienen cierto nivel de madurez que les permite celebrar un contrato individual de trabajo²⁸, celebrar actos jurídicos de cuantía menor a los dos mil dólares, se les permite elegir con quien casarse si son mayores de dieciséis contando con autorización y si no se la dan la podrían pedir ante un juez y se les ha reconocido el derecho al voto desde los dieciséis años.

²⁶ Juan Larrea Holguín. *Manual Elemental del Derecho Civil del Ecuador*. 5 ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998, pp. 178-179.

²⁷ *Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia*. Artículo 11. Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de abril de 2009.

²⁸ Esta disposición se la encuentra plasmada en el Art. 82 del Código de la Niñez y Adolescencia previamente nombrado y en el Art. 134 del Código de Trabajo del Ecuador.

1.1.3 Consentimiento ámbito penal

Para analizar el consentimiento en el ámbito penal es necesario tomar en cuenta como antecedente que desde el derecho romano el consentimiento de la persona a quien se tutela su bien jurídico ha sido relevante y tomado en cuenta. El alemán Geerds analizó este concepto y lo dividió en dos instituciones: por un lado el asentimiento, el cual excluía el tipo penal; y por otro lado, el consentimiento el cual excluye la antijuricidad, siempre y cuando se esté acorde a las buenas costumbres. Por lo que la renuncia a la tutela de un derecho se ve limitada por el respeto de las normas sociales como lo expresa Donna: “(...) el hombre puede disponer de sus bienes jurídicos, basándose en su libertad y en su dignidad, que son los cimientos del Estado de derecho. Sin embargo, el límite de esta libertad, de esta autonomía de la voluntad, reside en las reglas sociales (...).”²⁹

Para que sea excluyente de la antijuricidad el consentimiento debía ser expresado antes del hecho por el sujeto dueño del bien jurídico que sea capaz de consentir. Además, debía ser libre de vicios.³⁰ Por lo tanto, el consentimiento aparece como una renuncia hecha por el titular del bien jurídico a la tutela ofrecida por el ordenamiento jurídico. El autor Donna señala ciertos requisitos necesarios para que se pueda dar dicha renuncia: se debe tener capacidad de entendimiento para entender lo que implica renunciar al bien jurídico y las consecuencias que esto puede conllevar, debe estar libre de vicios y el titular del bien jurídico debe entender y conocer el consentimiento que se encuentra en juego.³¹

De igual manera, otros autores concuerdan con Donna en que no hay antijuricidad cuando el ofendido da su consentimiento de manera válida. El dueño del bien jurídico podrá renunciar a la protección normativa del tipo penal antes o durante la vulneración del bien protegido por la legislación.³²

En la opinión del doctrinario Zaffaroni, el consentimiento debe ser conocido por quien lo otorga y éste debe estar libre de vicios. Para él la renuncia al consentimiento puede dar lugar a la falta de tipicidad de la conducta. Dispone que “la aquiescencia del sujeto pasivo de

²⁹ *Id.*, p. 174

³⁰ Edgardo Alberto Donna. *Teoría del delito y de la pena: Imputación delictiva*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, pp. 24-29.

³¹ *Id.*, pp. 176-177.

³² Ivonne Melva Flores y M. Lorena Aracena Morales. *Tratado de los Delitos Sexuales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica la Ley, 2005, pp. 42-58 y 302.

la conducta legalmente típica tiene por efecto, ora dar lugar a la atipicidad de la conducta del tercero que opera dentro de sus límites, ora dar lugar a la justificación de la misma.”³³ Por último, señala que en Argentina el consentimiento es relevante en materia de delitos sexuales.

Hemos podido observar que el titular de un bien jurídico en materia penal puede dar su consentimiento siempre y cuando esté facultado para hacerlo y el consentimiento se encuentre libre de vicios. Esta renuncia a la protección que brinda el estado pueda conllevar a una ausencia de la antijuricidad. Es decir, el consentimiento del supuesto ofendido cobra relevancia, respecto a esto el autor Campos expresa que “el consentimiento del ofendido solo tiene relevancia a los fines de que, quien comete la acción típica lo haga bajo la excusa del ejercicio legítimo de un derecho, conferido precisamente por quien pueda hacerlo.”³⁴ Sin embargo, el Art. 175 numeral quinto del Código Integral Penal dispone que el consentimiento de la víctima menor de dieciocho años es irrelevante en los delitos sexuales, por lo que así el menor de edad haya consentido, el demandado será hallado culpable.

1.2 Conceptos generales relacionados al menor de edad y su consentimiento

Con el fin de definir los términos ‘adolescente’ y ‘menor de edad’ debemos remitirnos tanto al Código Civil como al Código de la Niñez y Adolescencia. El primer cuerpo normativo nombrado nos provee una conceptualización más amplia en su articulado 21:

Llámesese infante o niño el que no ha cumplido siete años: impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.³⁵

De igual manera, el Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone lo siguiente acerca de la definición de adolescente: “Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.” Una vez establecidas las edades de los adolescentes y de los niños, podemos observar

³³ Eugenio Raul Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal: Parte General III*. Buenos Aires, Ediar, 1987, pp. 521-524

³⁴ Alberto Campos. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, p. 187

³⁵ *Código Civil Ecuatoriano*. Artículo 21. Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005

una serie de normas de protección y de garantía de los derechos de los niños y de los adolescentes en distintos cuerpos normativos. La Constitución, como norma jerárquicamente superior, numera una serie de derechos que deben ser protegidos y garantizados por el Estado ecuatoriano, entre ellos constan los siguientes:

(...) derecho a la integridad física y psíquica: a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás asociativas.³⁶

Siguiendo la misma línea de pensamiento, en el Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 51 se dispone los derechos que deben ser respetados de los niños y adolescentes; el artículo 60 reafirma el derecho que éstos tienen a ser consultados en los asuntos que les conciernan. Además, agrega que dicha opinión dependerá de su edad y madurez. Con dicha expresión final del articulado se da paso al debate acerca del momento en que los adolescentes son lo suficientemente maduros para dar su opinión y que ésta sea relevante. Surge la pregunta de en qué edad son los adolescentes lo suficientemente maduros para consentir en tener una relación sexual. Para ello es menester analizar ciertos antecedentes históricos ligados al pensamiento de la falta de madurez psíquica por parte de los menores de edad.

Como antecedente el mundo occidental ha sido influenciado por la cultura judeo-cristiana. Esto tiene relevancia, ya que tanto la religión como las costumbres morales, han inculcado la idea de que las mujeres debían llegar vírgenes al matrimonio. Esta influencia es tan fuerte que las sociedades han estigmatizado las relaciones sexuales antes del matrimonio entre púberes como algo inmoral. La virginidad, específicamente de las mujeres, era vista como un obsequio dirigido al esposo. Es por eso, que se ha creado la idea de que las mujeres no podían consentir en tener relaciones sexuales antes de ser esposadas. Ha sido tan grande

³⁶ *Constitución de la República del Ecuador*. Artículo 45. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

la influencia, que hoy en día, las mujeres se casan con vestido blanco y con un ramo de flores. Ambos símbolos de esta concepción de virginidad que es modificada con el matrimonio.³⁷

De igual forma, en Grecia, ciertas mujeres eran consagradas a los dioses para siempre y eran apedreadas si perdían la virginidad.³⁸ Por otro lado, en el derecho romano los púberes eran capaces, pero a medida que pasó el tiempo se les fue limitando dicha capacidad con el fin de protegerlos.³⁹ Este breve antecedente histórico refleja que el derecho estaba acomodado a una realidad social específica: los púberes, en especial las mujeres, debían esperar al matrimonio para tener relaciones sexuales y no se concebía la idea de que éstas puedan ser prematrimoniales. Esto generó que las leyes y el ordenamiento jurídico hayan limitado la capacidad de decisión de los jóvenes para darles una protección especial.

El debate nace de la evolución de pensamiento de las sociedades actuales. Hoy en día, las relaciones sexuales pre- matrimoniales son muy frecuentes y comunes. Los púberes tienen una mentalidad abierta a la idea de tener relaciones sexuales antes de casarse y antes de cumplir la mayoría de edad. Esto se debe a la influencia que tienen los medios de comunicación y a la enseñanza abierta sobre la sexualidad que es impartida en escuelas y colegios. Cabe señalar, que ahora se ha cambiado la tendencia de que era mal visto socialmente el no llegar virgen al matrimonio, por una tendencia de que muchos jóvenes sufren de burlas cuando llegan a ser mayores de edad sin experiencia sexual alguna. Es por ello, que la legislación debe irse acomodando al cambio de mentalidad de la sociedad.

La pubescencia constituye una época de cambios y evoluciones biológicas y hormonales, tanto en el cuerpo de los hombres como de las mujeres. En los varones los cambios más comunes son los siguientes: crecimiento del vello púbico, aparición de barba y bigote, voz gruesa, hombros anchos, pelo corporal generalizado, desarrollo de músculos; en las mujeres también aparece el vello púbico, las caderas se enanchan y aparece el desarrollo de senos. Esta etapa que dura alrededor de dos años culmina con la pubertad, en donde los varones

³⁷ Alonso Acuña Cañas. *Sexo y Mujer*. Bogotá: Planeta Colombiana Editorial, 1996, pp. 165-168.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Guillermo A. Borda. *Manual de Derecho Civil parte general*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1998, pp. 245-260.

tienen sus primeras eyaculaciones y las mujeres su primer periodo menstrual. Estas dos etapas nombradas son parte del concepto general de adolescencia. Es un momento en el cual los menores alcanzan la madurez sexual para poder reproducirse y comienzan a descubrir su identidad personal, sus valores y a tomar decisiones en cuanto a relaciones interpersonales y sexuales. En las mujeres esta etapa comienza alrededor de los 10 años y en los hombres alrededor de los doce años de edad. Culmina alrededor de los veinte años.⁴⁰

Varios psicólogos, expertos en adolescentes, legisladores, entre otros, son del pensamiento de los adolescentes están en una búsqueda de su identidad personal, por lo que imitan conductas de personajes famosos y de actitudes aprendidas en medios de comunicación.⁴¹ Al no tener su criterio y valores desarrollados no están consientes de varias consecuencias físicas y psicológicas que pueden conllevar las relaciones sexuales.

Por el contrario, algunos psicólogos son firmes en la idea de que los adolescentes están en una etapa en la cual el apetito erótico alcanza los más altos niveles. Se cuestionan si se le puede negar a un joven de 16 o 17 años sus derechos sexuales de disfrutar de los placeres sexuales.⁴² De igual manera, estudios de psicólogos han concluido que la madurez puede tener los siguientes 5 aspectos: juicio que involucra un código de conducta, emocional, auto concepto, madurez social interpersonal y propósito de metas que incluyen las espirituales.⁴³

Además, los psicólogos actuales se han ido alejando de la idea que vincula la edad con la madurez. La madurez resulta ser un desarrollo de la personalidad propia que se va alejando de influencias externas para cumplir metas propias. Más bien han sido los legisladores los que han establecido que la edad va de la mano de la madurez.⁴⁴ Me parece correcto desligar la edad con la madurez, ya que sabemos que personas de avanzada edad no son maduras psíquicamente; por el contrario, jóvenes de corta edad son muy maduros.

⁴⁰ Gloria Torres de Mila, Clara Vargas Trujillo y Elvia Vargas Trujillo. *Adolescencia y Sexualidad*. Óp. cit., pp. 34-40.

⁴¹ Neli Pérez Pérez e Ignasi Navarro Soria. *Psicología del Desarrollo Humano: Del Nacimiento a la Vejez*. Óp. cit., pp. 244-258.

⁴² Marcela Martínez Roaro. *Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos*. México D.F: Editorial Porrúa, 2007, pp. 323-327.

⁴³ Juan José Zacarés y Emilia Serra. *La madurez personal: perspectivas desde la psicología*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1998, p. 130.

⁴⁴ *Id.*, pp. 273-280.

1.3 Antecedente histórico del surgimiento del consentimiento

El consentimiento tiene su origen en el derecho romano y era un elemento fundamental en los contratos y negocios jurídicos. Se lo definía como el acuerdo de dos o más personas que tiene como fin producir efectos jurídicos. Los juristas romanos consideraron al consentimiento como la base de todo contrato, es decir la oferta propuesta por uno de los contratantes debía ser aceptada por la contraparte para que el contrato surta efectos jurídicos.⁴⁵

En la época preclásica, el consentimiento era reconocido pero no era esencial. Los negocios jurídicos eran válidos cuando los contrayentes eran personas capaces y se lo celebraba con seriedad, se exceptuaba a los negocios celebrados en forma de broma. Sin embargo, mediante se iba desarrollando y solidificando el derecho romano, el consentimiento se fue convirtiendo en un elemento esencial de los contratos, más no una mera formalidad.⁴⁶

Dicho acuerdo de voluntades debía ser real y libre de los siguientes vicios: error, dolo, intimidación y lesión.⁴⁷ El jurista Ulpiano sostenía que el error en la naturaleza el contrato, en el objeto, en la sustancia del contrato, el dolo y la violencia excluían el consentimiento.⁴⁸

En el *Corpus iuris* se encontraban plasmados una serie de formas en las que el consentimiento podría estar errado: en primer lugar se observaba el error en el *negotio*, el cual dejaba sin efecto el negocio; en segundo lugar constaba el error in *demonstratione*, el cual podía ser subsanado ya que el mero error en el nombre no perjudica el negocio; en tercer lugar el error in *substantia*, en éste se invalidaba el contrato únicamente cuando recae sobre las cualidades esenciales del contrato; en cuarto lugar el error in *quantitate*, el cual no invalidaba el contrato; en quinto lugar el error in *corpore*, el cual anulaba el contrato; en sexto lugar el error in *persona*, el cual invalidaba el contrato; en séptimo lugar el error en *causa*, el cual de manera general no invalidaba el contrato; y, en octavo lugar el error

⁴⁵ Eugene Petit. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Albatros, p. 383-385.

⁴⁶ Guillermo Floris Margadant. *El derecho privado romano*. Naucalpan: Editorial Esfinge, 2005, p. 333.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Eugene Petit. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. *Óp. cit.*, p. 385.

impropio, en cual había una incoherencia entre la voluntad y su manifestación. En estos casos prevalecía la manifestación.⁴⁹

En cuanto al dolo, el romano Servio Sulpicio lo definió como “cierta maquinación para engañar a otro, cuando se simula una cosa y se hace otra.”⁵⁰ También se lo consideró como un delito pretorio, por lo que se instauró una acción penal en contra de quien cometía dolo. Por otra parte, la violencia se refería a la violencia que ejercía una de las partes para adquirir, de la otra, la realización de un acto, el cual no lo hubiese realizado si no fuese por el temor ejercido. Para ello, la amenaza debía ser injusta y grave.⁵¹ Por último, la lesión hacía referencia al aprovechamiento de la ignorancia del otro, con el fin de obtener un beneficio propio. Justiniano sostenía que no era válida la compraventa en la cual el precio pactado fuese menor del cincuenta por ciento del precio real.⁵² Esto constituía un desequilibrio entre la prestación y la contraprestación.

Los jurisconsultos romanos definieron a la capacidad, al consentimiento, al objeto y a la causa como elementos necesarios de un contrato. Habían cuatro formas contractuales: los verbales, los literales, los reales y los consensuales. Todos ellos contenían necesariamente un consenso. A propósito de los contratos consensuales, éstos daban lugar a obligaciones recíprocas y a acciones mutuas. Dentro de dicha categoría encontramos los siguientes contratos: la compraventa, el mandato, la sociedad y el de arrendamiento.⁵³ Éste último, constituía de tres modalidades: el arrendamiento de cosas, el de servicios, y el de obra.⁵⁴

Además, cabe recalcar que el consentimiento obtuvo gran relevancia en la institución del matrimonio. Los requisitos indispensables para poder casarse era que los conyugues hayan alcanzado la pubertad, es decir 14 años para varones y 12 años para mujeres, que sean libres,

⁴⁹ Guillermo Floris Margadant. *El derecho privado romano. Óp. cit.*, pp. 335-336.

⁵⁰ Alfredo di Pietro. *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996, p. 171.

⁵¹ *Id.*, p. 173.

⁵² Guillermo Floris Margadant. *El derecho privado romano. Óp. cit.*, pp. 340-341.

⁵³ Alejandro Guzmán Brito. *Derecho Privado Romano. Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 714.

⁵⁴ Rodolfo Sohm. *Instituciones de derecho privado romano*. México D.F.: Ediciones Coyoacán, 2006, pp. 240-241.

que exista el consentimiento de los contrayentes y el consentimiento del pater familias cuando los contrayente eran alieni iuris.⁵⁵

De igual manera, en la época justiniana se recoge la teoría de los contratos y en el Digesto 2.14.1.3. Ulpiano, usando una cita de Pedio, se refiere a la importancia del consenso señalando lo siguiente:

La palabra convención en general, perteneciendo a todo aquello acerca de lo cual consienten por causa de contraer o transigir un negocio, quienes lo celebran entre sí... pero es de tal modo general la palabra convención que, como elegantemente dice Pedio, nada se contrae y no hay ninguna obligación que no tenga en sí una convención, bien se haga re, bien verbis; pues también la estipulación, que se hace verbis, es nada a no ser que tenga un consenso.⁵⁶

Puedo concluir que desde la época de los romanos el consentimiento era relevante en los contratos, en los negocios jurídicos y en instituciones como la del matrimonio. A través de nuestra historia jurídica la aceptación de una de las partes ha sido siempre fundamental para que haya un acuerdo. Por lo tanto, me parece errada la disposición de nuestro Código Penal al no darle relevancia al consentimiento, lo cual ha sido la pieza necesaria para todo acuerdo de voluntades.

Capítulo 2: Consentimiento en el delito sexual de estupro

2.1 Delitos Sexuales

Los delitos sexuales son actos típicos, antijurídicos y culpables que transgreden la libertad sexual. El alemán Birnbaum elaboró el concepto de bien jurídico en el año 1834;⁵⁷ señaló que la legislación los debe tutelar cuando la mayoría de la población sienta la necesidad de que dicho bien sea protegido. Respecto a la protección del bien jurídico, la autora Martínez establece que “la función del legislador debe consistir en saber detectar los intereses, cuya lesión o puesta en peligro causa tal daño social, que ameritan ser protegidos por la norma penal.”⁵⁸

⁵⁵ J. Arias Ramos. *Derecho Romano*. Madrid: Editorial revista de derecho romano, 1960, pp. 572, 580, 716 y 717.

⁵⁶ Alejandro Brito Guzmán. *Derecho Privado Romano Tomo I*. Óp. cit., 1996, p. 713.

⁵⁷ Marcela Martínez Roaro. *Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos*. Óp.cit., p. 352.

⁵⁸ *Id.*, p. 354.

Referente a los delitos sexuales, hay dos bienes jurídicos que son protegidos dependiendo de la edad de la víctima. En el caso de los mayores de edad, el Estado protege su libertad sexual; esto es, la “facultad y derecho de elegir, aceptar, rechazar y autodeterminar el comportamiento sexual”⁵⁹. Algunos autores lo definen como la “libertad de abstención sexual”⁶⁰. En el caso de los menores de edad se tutela la indemnidad sexual, es decir su sano desarrollo sexual. El autor Castillo Alva lo define como “(...) el derecho que todo ser humano tiene, a un libre desarrollo de su personalidad sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de persona para toda la vida.”⁶¹ En el caso del delito de estupro se protege tanto la indemnidad como también la inexperiencia sexual del menor de edad.

El legislador protege a los menores de edad ya que mantienen el pensamiento de que una relación sexual puede afectar el desarrollo de su personalidad y puede conllevar alteraciones psicológicas.⁶² Sin embargo, algunos tratadistas sostienen que el consentimiento tiene relevancia ya que cada una puede elegir si lleva a cabo o no una actividad sexual; además, añaden lo siguiente:

(...) esforzar a una determinada relación sexual, o prohibir su ejercicio, merece una peculiar enfoque valorativo, derivado del hecho de que supone privar a la víctima de la libre disposición de una de las dimensiones de su personalidad y de su existencia dotada de una mayor aportación personal en cuanto a su sentido y consiguiente ejercicio.⁶³

Por último, mencionaré cuatro aspectos señalados por el autor Diez Ripolles que han ido evolucionando en el tiempo y despenalizando ciertas conductas de carácter sexual: “(...) 1. La ausencia de juicios éticos, 2. Visión de la sexualidad como parte del desarrollo espiritual y corporal de la persona, 3. Mayor tolerancia a ciertas prácticas y 4. Cambio de rol social de la mujer.”⁶⁴ Estos aspectos me parecen fundamentales para comprender que las relaciones sexuales han dejado de ser algo prohibido por la sociedad y que la mentalidad de la sociedad ha cambiado. Por lo que es parte de la realidad social que muchos menores de edad se inician

⁵⁹ Pedro Alfonso Pavón Parra. *Delitos Sexuales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005, p. 126.

⁶⁰ Marcela Martínez Roaro. *Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos*. *Óp. Cit.*, p.34.

⁶¹ José Luis Castillo Alva. *Tratado de los Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 1era ed, 2002, p. 52.

⁶² Melva Ivonne Flores y M. Lorena Aracena Morales. *Tratado de los Delitos Sexuales*. *Óp. cit.*, pp. 42-58

⁶³ *Id.*, p. 48

⁶⁴ Marcela Martínez Roaro. *Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos*. *Óp. cit.*, p. 355.

sexualmente a tempranas edades, dejando de ser inexpertos y siendo conscientes de las consecuencias que éstas pueden conllevar.

2.2 Delito de Estupro

2.2.1 Antecedente histórico

El estupro se lo contempló en el derecho penal romano, durante la época republicana, como una ofensa a la honestidad de la mujer; sin embargo, la pena era pecuniaria y mediante acción privada. A finales de dicha época, Augusto publicó la Ley Julia sobre el adulterio. Esta innovadora ley tuvo como fin castigar penalmente, ya no sólo pecuniariamente, los delitos que constituían ofensas a la castidad sobre las mujeres que estaban moralmente obligadas a ser vírgenes hasta el matrimonio. Dicha ley excluía de sus preceptos a las mujeres esclavas y a las mujeres públicas que no tenían la obligación de mantenerse castas como era el caso de las prostitutas, las dueñas de burdeles, entre otras. La Ley Julia castigaba dos delitos principalmente: el primero el *estuprum*, el cual se refería a las relaciones sexuales cometidas con mujeres no casadas o viudas; y, el segundo el *adulterium* que eran el acceso carnal de una mujer casada con un hombre que no fuese su marido. En estos delitos se castigaba tanto a la mujer como al hombre perpetrador por haber ofendido la honestidad de la mujer; los castigos principales eran los siguientes: la relegación, una merma patrimonial y prohibición a la mujer de volver a casarse.⁶⁵

Cabe mencionar que el estupro, antes de la ley Julia, se lo confundía con el adulterio y a través de la historia también se lo ha asociado con el rapto. Éste, perpetrado a la mujer, tenía fines sexuales y no se tomaba en cuenta la voluntad de la raptada, sino la voluntad de los padres o del marido. El emperador Constantino estableció al rapto como un delito independiente y de acción pública.⁶⁶

El estupro también fue contemplado en las *Siete Partidas* de Alfonso X el Sabio en la partida séptima en el Título XIX. Se lo consideraba una ofensa a la honestidad y castidad de la mujer, por lo que debía castigarse a quién engañe y corrompa a las mujeres honestas:

⁶⁵ Theodor Mommsen. *Derecho Penal Romano*. Bogotá: Temis, 1976, p. 431-436.

⁶⁶ *Íd.*, p. 439.

Otrosí decimos que hacen gran maldad aquellos que sacan con engaño o con halago o de otra manera las mujeres vírgenes e las viudas que son de buena fama e viven honestamente”. (...) “Pues según dicen los sabios antiguos, como en manera de fuerza es sosacar e halagar las mujeres sobredichas con prometimientos vanos, haciéndoles hacer maldad de sus cuerpos e aquellos que traen esta manera más yerran que lo hiciesen por fuerza.⁶⁷

La pena prevista era la pérdida de bienes para el hombre honrado, azotes para el hombre vil y ser quemado si era hombre siervo.⁶⁸ Se puede constar que durante muchos años se confundió al delito de estupro con el pecado.

2.2.2 Antecedentes nacionales

A continuación podremos observar como nuestros Código Penales a través de la historia han ido evolucionando el concepto del estupro. En nuestro Código Penal de 1837 el estupro versaba de la siguiente manera:

Art. 494.- Los que fueren convencidos de haber violado la virginidad de alguna mujer, sin fuerza ni violencia, sino por seducción o halagos, serán desterrados por dos a cinco años del domicilio del agraviado, y cincuenta leguas en contorno, o condenados a pagar una multa que señalaran los jueces de derecho, desde cincuenta hasta dos mil pesos, atendidas las circunstancias del violador.

- 1.- La imposición de alguna de las penas expresadas, se hará a juicio del juez, atendidas las circunstancias expresadas.
- 2.- Los reos estarán exentos de estas penas, siempre que, previas las debidas formalidades, contrajeren matrimonio con la agraviada.⁶⁹

Podemos observar que lo que se protegía en un inicio era la virginidad de la mujer que era seducida o halagada y no se especificaba edad alguna. En el Código Penal del año 1871 se mantiene la protección a la virginidad pero se establece un rango de edad que protegía a las mujeres mayores de catorce y menores de veintiuno: “**Art. 395.-** Los que violaren la virginidad de una mujer mayor de catorce años y menor de veintiuno, sin fuerza ni violencia, sino por seducción y halago, serán castigados con seis meses a tres años de prisión.”⁷⁰

⁶⁷ José Sánchez-Arcilla (ed.). *Las Siete Partidas*. Madrid: Talleres Editoriales Cometa, 2004, p. 956.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Código Penal ecuatoriano*. Artículo 494. Registro Autentico 1837 de 14 de abril de 1837.

⁷⁰ *Código Penal ecuatoriano*. Artículo 395. Registro Autentico 1871 de 03 de noviembre de 1871.

En el Código del año 1906 se mantuvo la pena en tres meses a tres años, sin embargo se usó como verbo rector la palabra “violare” mediante seducción o halago. Además, se incluye un segundo inciso, en el cual se agrava la pena para las menores de catorce y de once años:

Art. 361.- Será castigado con la pena de tres meses a tres años de prisión, el que por seducción o halago violare a una mujer mayor de catorce años y menor de veintiuno. Si la menor violada por halagos o seducción fuere menor de catorce años, la pena será de dos a cinco años de prisión; y si fuere menor de once años, el atentado se castigará con reclusión menor de tres a seis años.⁷¹

Por otro lado, podemos observar ciertas modificaciones en el Código Penal de 1938, en el cual el verbo rector se modifica a “copular” mediante seducción o engaño y el bien jurídico protegido es la honestidad de la mujer. Se mantiene el rango de edad de catorce a veintiún años y se agrava la pena para los menores de catorce años.

Art. 485.- Llámese estupro la cópula con una mujer honesta, empleando la seducción o engaño, para alcanzar su consentimiento.

Art. 486.- El estupro se reprimirá:
 1.- Con prisión de tres meses a tres años, si la mujer fuere mayor de catorce años y menor de veintiuno; y
 2.- Si la mujer fuere menor de catorce años y mayor de doce años, la pena será de dos a cinco años de prisión.⁷²

Por último, en el Código Penal de 1971 se mantiene el verbo rector “cópula” mediante seducción o engaño para alcanzar el consentimiento de la víctima. Se modificó el rango de edad que protegía el estupro, es decir se reemplazó los veintiún años por los dieciocho: “**Art. 510.-** El estupro se reprimirá con prisión de tres meses a tres años si la víctima fuere mayor de catorce años y menor de dieciocho.”⁷³

El bien jurídico que se ha protegido en el estupro ha sido la honestidad sexual de la mujer. El Código Penal vinculaba la evolución biológica de la mujer con el bien protegido, por ello había mayor castigo cuando la víctima era menor de catorce años de edad. La honestidad hacía referencia a la falta de experiencia sexual por la inocencia que tenía la víctima al ser de

⁷¹ *Código Penal ecuatoriano*. Artículo 361. Registro Oficial Suplemento 61 de 18 de abril de 1906.

⁷² *Código Penal ecuatoriano*. Artículos 485-486. Registro Autentico 1938 de 22 de marzo de 1938.

⁷³ *Código Penal*. Artículo 510. Registro Oficial Suplemento 147 del 22 de enero de 1971.

la edad que fijaba la ley.⁷⁴ Por lo tanto, la ofendida no podía dar un consentimiento válido al no contar con práctica sexual. Al respecto, el doctrinario Donna señala que “(...) se castigaba un acceso carnal cuya ilicitud encontraba fundamento en la temprana edad y en la inexperiencia de la víctima.”⁷⁵

2.2.3 Tipicidad Objetiva

Una vez observados los Códigos Penales que han estado vigentes en nuestro país, analizaré al artículo vigente del Código Integral Penal (COIP) sobre el estupro: **“Artículo 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.”⁷⁶

a. Verbo rector

La base del estupro consiste en su verbo rector “tener” relaciones sexuales, es decir que se configure el acceso carnal ya sea a una mujer o a un hombre. En el caso de una relación sexual mantenida con una mujer, el sujeto activo introduce su miembro viril, para la configuración del delito, a través de las siguientes tres vías: vaginal, anal o bucal. Por el contrario, si el sujeto pasivo es hombre la relación sexual es perpetrada por la vía anal o bucal. Observamos que la norma contempla tanto la vía conocida como “normal”, la cual se refiere a la introducción del miembro viril por la vía vaginal, como las vías llamadas “anormales”, es decir la bucal y anal.

Es importante resaltar que la penetración del miembro viril es suficiente para la configuración del delito, no es necesaria la eyaculación.⁷⁷ Cabe señalar que se modificó el verbo que constaba en el anterior Código Penal de “copular”, el cual tenía un problema al ser

⁷⁴ Edgardo Alberto Donna. *Delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, pp. 107-108.

⁷⁵ *Íd.*, p. 108.

⁷⁶ *Código Integral Penal*. Artículo 167. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

⁷⁷ William Torres Tópaga. “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.” *Lecciones de Derecho Penal*. 2da. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 880

un término general empleado para los animales con el fin de la reproducción. Por lo que el cambio introducido es mucho más exacto y limita dicho delito a los seres humanos.

A pesar de que no es tema de la presente tesina, cabe mencionar que esta norma deja abierta una discusión acerca si “tener relaciones sexuales” incluye a la introducción de objetos por las vías antes mencionadas. En las legislaciones, como la colombiana, en las que el verbo rector es el “acceso carnal”, se incluye dentro del verbo tanto a la penetración del miembro viril, como a la de otras partes del cuerpo y objetos por el ano, vagina o boca.⁷⁸ Aunque el verbo no es el adecuado, podría darse que los jueces consideren estupro una introducción de objetos por las vías mencionadas o de otras partes del cuerpo, ya que no habría otro delito que lo contemple.

b. Sujeto Activo

Según la redacción del articulado ciento sesenta y siete de nuestro COIP, el sujeto activo del estupro puede ser cualquier persona, ya sea hombre o mujer. Podemos observar que la ley es amplia y no pone limitantes, por lo que puede también incluye como sujetos activos a las distintas identidades sexuales: gais, lesbianas, homosexuales, transexuales e intersexuales.

Adicionalmente, estamos frente a una sujeto activo calificado ya que la persona debe cumplir con una condición específica para ser imputado, ésta es el ser mayor de dieciocho años. Es decir, los menores de edad no pueden ser autores del delito de estupro. Además, no solo debe ser mayor de edad, sino que debe recurrir al engaño para mantener la relación sexual.

c. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo también es calificado ya que tiene un rango de edad definido en la ley. Por lo que el agraviado es el hombre o la mujer mayor de catorce años y menor de dieciocho años. En el caso de que el menor de edad sea menor de catorce años, se configura otro delito

⁷⁸*Id.*, p 878.

que es el de violación. Por lo tanto, el estupro presupone un sujeto activo mayor de edad y un sujeto pasivo menor de dieciocho años y mayor de catorce años. Es importante señalar que la norma también contempla el caso de estupro con personas del mismo sexo, ya que sólo se refiere a mantener relaciones sexuales y no ha copular con el fin de reproducirse. De igual manera, incluye a ls siguientes identidades sexuales como posibles sujetos pasivos: gais, lesbianas, transexuales, bisexuales e intersexuales.

d. Objeto Material y Jurídico

El objeto material se refiere al cuerpo del menor de edad y mayor de catorce años. El objeto jurídico se relaciona con el bien jurídico que la norma tutela. En el caso del estupro algunos autores coinciden en que el derecho tutela el “sano desarrollo psicosexual del menor de edad”⁷⁹. Se protege la indemnidad sexual por la falta de madurez del menor de edad que pueden ser fácilmente engañados por el sujeto activo mayor de edad.⁸⁰ Además, el autor Donna explica que “la ilicitud que se castiga es que el consentimiento que se ha dado resulta ineficaz, debido a que la víctima, por su estado de inmadurez sexual, falta de experiencia sexual y seducción real del autor, no ha podido comprender la significación del acto”⁸¹. De igual manera, las autoras Flores y Aracena concuerdan con que se ha superado la antigua protección de la honestidad de la mujer en el delito de estupro, por lo que en la actualidad lo que se protege es el “desarrollo sexual del menor, libre de interferencia graves y perturbantes de su libertad sexual”⁸².

Podemos observar que en la doctrina hay un consenso acerca de que el estupro atenta con el desarrollo sexual de los menores y con la falta de experticia en las relaciones sexuales. El doctrinario Fontán así lo expresa: “(...) el fundamento de la punición del estupro: la inexperiencia del sujeto pasivo, que es lo que resta validez a su consentimiento.”⁸³

⁷⁹ Marcela Martínez Roaro. *Derechos y Delitos sexuales y reproductivos*. Óp. cit., p. 415.

⁸⁰ Iván Noguera Ramos. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Lima: Grijley, 2011. p. 169.

⁸¹ Edgardo Alberto Donna. *Delitos contra la Integridad Sexual*. Óp. cit., p.113.

⁸² Melva Ivonne Flores Frías y M. Lorena Aracena Morales. *Tratado de los delitos sexuales*. Óp. cit., p. 58.

⁸³ Carlos Fontán Balestia. *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 221.

De igual manera, la jurisprudencia nacional también ha recogido estos bienes jurídicos como fundamento para castigar a los perpetradores del estupro: “Al respecto, en nuestro sistema penal las relaciones sexuales con una menor de edad, aunque sean consentidas son ilícitas, porque afectan al natural desarrollo bio-sicológica de la personalidad de la menor que consiente.”⁸⁴. Además encontramos una sentencia en donde explica el bien jurídico indemnidad sexual y sostiene que el menor de edad debe estar libre de injerencias en su sano desarrollo, por lo que no puede otorgar un consentimiento válido:

(...) ¿Qué es la indemnidad sexual? Es la protección del libre y normal desarrollo sexual del menor ante todo ataque, o la salvaguarda de la integridad física y psíquica del menor ante los ataques que pueden ser perjudiciales para su normal desarrollo sexual. De allí que el menor tenga el derecho de estar exento o libre de cualquier daño de orden sexual, el que se presenta con carácter de indisponibilidad o irrenunciabilidad, precisamente porque su consentimiento no es válido.⁸⁵

e. Elementos Normativos

Los elementos normativos en este delito son tres. El primero consiste en el otorgamiento del consentimiento por parte del mayor de catorce años y menor de dieciocho años. El segundo es el medio para tener relaciones sexuales, el cual es el engaño. La Real Academia de la Lengua española define al engaño como: “la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre”.⁸⁶

Para el autor Noguera Ramos el engaño “es dar a la mentira apariencia de verdad, es inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas”⁸⁷ Por lo tanto, se entiende que el sujeto activo debe persuadir a otra persona a hacer o a creer algo que es una mentira. La primera pregunta que surge es ¿sobre qué debe incurrir el engaño cuando hablamos de delitos sexuales? Para ello, Etcheberry señala el amplio alcance que tiene éste: “podrá recaer sobre la naturaleza y consecuencias del

⁸⁴ Corte Nacional de Justicia. Segunda Sala de lo Penal No. 884-2009. Expediente 884, Registro Oficial Suplemento 28 de 24 de Julio del 2013.

⁸⁵ Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Penal. Expediente de Casación 199. Registro Oficial Suplemento 109 del 13 de marzo de 2014. Juicio seguido en contra de Hector Quimis Gorozabel, p. 4.

⁸⁶ Real Academia de la Lengua Española. “Engaño”. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=enga%C3%B1o>. (acceso: 05/09/14)

⁸⁷ Iván Noguera Ramos. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Óp. cit., p. 169

acto sexual o sobre la licitud del mismo, o sobre la identidad de otra persona, o sobre los verdaderos propósitos del otro”⁸⁸

En el caso de los adolescentes, la ley penal los protege de ser engañados ya que están en una época de desarrollo físico y psicológico por lo que pueden estar más vulnerables a creer mentiras para acceder a tener relaciones sexuales. Al respecto, Noguera señala que “en los adolescentes que son inexpertos se debilitan los frenos inhibitorios y vician su querer, envolviendo bajo una atmosfera de sensualidad, los besos, caricias que pueden ayudar a ello.”⁸⁹

Al analizar dicho elemento normativo en el delito de estupro debemos aclarar que no cualquier engaño configura la descripción del tipo penal, sino que éste debe cumplir con ciertas condiciones específicas: debe ser creíble, posible, probable y verosímil.⁹⁰

Además, para poder alegarlo como elemento normativo debe ser grave y decisivo. Es por eso que debe probarse su existencia y su determinación en la ocurrencia del acto sexual. Algunos doctrinarios defienden esta posición de que no todo engaño puede ser tomado en cuenta, es más “Etcheverry considera que la promesa de matrimonio no puede constituir engaño, dado que la misma depende de hechos futuros (cambios de ánimo, contingentes, muerte, enfermedad), en tanto que el engaño ha de versar sobre hechos presentes o pasados.”⁹¹ De la misma manera, se considera que algunas mentiras que se dicen entre enamorados, como decirse que se aman, no son constitutivas de engaño.⁹² La dificultad está en establecer hasta qué punto es engaño, ya que decir halagos o mentiras muchas veces son parte del coqueteo en una pareja. Siguiendo esta misma línea de pensamiento, el autor González señala que los gestos, detalles, caricias, o un conjunto de mentiras no relevantes no se las puede considerar engaño, ya que éste debe ser relevante y tener un aspecto lo más apegado a la realidad. Añade que se podría considerar un engaño el hecho de simular un

⁸⁸ Alfredo Etcheberry. *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Santiago de Chile, 1998. p. 64

⁸⁹ Iván Noguera Ramos. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Óp. cit.*, p. 166.

⁹⁰ *Id.*, p. 170

⁹¹ Iván Noguera Ramos. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Óp. cit.*, p.171.

⁹² *Ibíd.*

matrimonio, más no la simple promesa de ello. De igual forma, otro ejemplo sería a que el sujeto activo, en la oscuridad, se haga pasar por el enamorado de la víctima, imitándolo hasta la voz y causando un verdadero engaño en ella. Agrega, que se deben tomar en cuenta las condiciones personales de la víctima para probar si pudo ser más vulnerable a cierto engaño.⁹³

La irrelevancia del consentimiento del menor de edad genera una contradicción con el elemento normativo del engaño. Al respecto, el Dr. Albán explica que:

Una nueva contradicción genera, en este punto, la reforma a la que se ha hecho tantas veces referencia. En ella se incluye el artículo ya citado, conforme al cual el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años es irrelevante. Aplicando esta norma, una vez establecida la edad, siempre habría el delito, aunque no se haya empleado la seducción o el engaño.⁹⁴

El tercer elemento es la edad del sujeto pasivo. La ley establece un rango específico que va de los catorce a los dieciocho años.⁹⁵ Si son menores de los catorce están protegido en el tipo penal de violación, más no en el de estupro.

2.2.4 Tipicidad Subjetiva

a. Dolo

El delito de estupro es de carácter doloso ya que el mayor de edad actúa con voluntad de tener el acceso carnal y con conocimiento de la edad del menor. De la misma manera lo argumenta el autor Fontán: “El contenido del dolo está dado por el conocimiento de que se accede a una mujer honesta que está dentro de los límites de edad determinados por la ley para que el hecho resulte punible.”⁹⁶

2.2.5 Punibilidad

La pena contemplada en el COIP para el perpetrador del estupro es pena privativa de libertad de una a tres años. Además, el artículo 175 establece que el juez podrá imponer otras

⁹³ Miguel Ángel González Ortiz. “La determinación del engaño típico en el delito de seducción”. *XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*. Guayaquil: Ara Editores, 2005, pp. 688-690.

⁹⁴ Ernesto Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte Especial*. Quito: Ediciones Legales, 2011, p. 382.

⁹⁵ Son considerados adolescentes según la definición del Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 4.

⁹⁶ Carlos Fontán Balestia. *Derecho Penal. Parte Especial. Óp. Cit.*, p. 223.

penas no privativas de libertad adicionales. Además, el COIP contempla circunstancias atenuantes para el cometimiento del delito que se encuentran enlistados en el artículo cuarenta y cinco. De igual manera, los agravantes de la pena están enlistados específicamente para los delitos contra la integridad sexual y reproductiva en el artículo cuarenta y ocho, alguna de ellos se refieren al contagio de enfermedades graves o incurables, al embarazo como resultado del acción delictuosa, el ser familiar directo de la víctima, someter a la víctima a torturas, entre otras.

2.3 Importancia del Consentimiento

El Art. 175 del COIP hace referencia a las disposiciones comunes a los delitos sexuales, en la cual en el numeral quinto señala la irrelevancia del consentimiento:

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

(...) 5. En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante.⁹⁷

Se puede observar en el articulado que el legislador considera que el menor de edad que otorga su consentimiento, en este caso enfocándonos en el estupro, es irrelevante. Según la Real Academia Española la palabra irrelevante significa “que carece de relevancia o importancia.”⁹⁸ Por lo tanto, la opinión, la decisión, y el acuerdo que otorga el mayor de catorce años de edad al acceder a tener relaciones sexuales con un mayor de edad no tiene importancia alguna durante el juicio ni para la decisión del juez. Antes de exponer las razones por las que dicho artículo vulneran derechos constitucionales del menor de edad, analizaré la teoría del consentimiento.

2.3.1 Teoría del Consentimiento

Como expliqué anteriormente la palabra “consentimiento” se refiere a la concordancia de opinión de las partes. Desde la época romana el consentimiento otorgado por el ofendido ha sido considerado un aspecto relevante en el derecho penal. Es por ello que *Ulpiano* agregó

⁹⁷ *Código Integral Penal*. Artículo 175. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

⁹⁸ *Real Academia de la lengua Española*. “Irrelevante”. <http://www.rae.es/>. (acceso: 20/09/14).

en el Digesto una fórmula como justificación de las conductas delictuosas que no serían penadas por contar con el consentimiento del ofendido: “nulla injuria est quae volentem fiat”.⁹⁹ Sin embargo, esta regla se la aplicaba únicamente para los delitos de carácter privado. Por tal razón, dicha fórmula ha ido perdiendo aplicación a través del tiempo. Esta teoría del consentimiento del ofendido ha causado varios debates, principalmente al momento de decidir en qué parte colocarlo en la teoría del delito.¹⁰⁰

La teoría del alemán *Feuerbach* consistía en que el consentimiento del ofendido eliminaba el concepto del delito, ya que el ofendido otorgaba un permiso de llevar a cabo una acción que el derecho prohibía. Por otro lado, para el alemán *Zitelmann* esta teoría constituye una causa de exclusión de la antijuricidad ya que se basa en que el consentimiento es un negocio jurídico en el cual se autoriza a la contraparte a llevar a cabo un acto que resulta ser antijurídico. La persona que presta su consentimiento está consciente de que la conducta que va a realizar la contraparte va a provocar una puesta en peligro, la pérdida o reducción del bien jurídico tutelado.¹⁰¹

Otra teoría más reciente es la defendida por *Bierling*, quien sostiene que un bien es tutelado por el derecho porque su titular considera que es un bien importante. Por lo que argumenta que si el titular del bien jurídico consiente en la renuncia o disminución del mismo, la conducta manifestada debe considerarse como lícita.¹⁰²

El autor *Mezger* coincide con la teoría defendida por *Bierling*, pero agrega que el titular del bien jurídico debe tener una falta de interés en que se tutele su derecho. Al no haber interés por parte del titular, no hay una necesidad de protección a dicho bien jurídico. Para que el consentimiento del ofendido sea eficaz el titular del bien deberá ser la misma persona que el objeto de protección del bien jurídico. De igual forma, *Welzel* sostiene que la conducta se convierte en lícita cuando el consentimiento dado por el ofendido es serio y responde a la verdadera voluntad del titular del bien jurídico. Por lo mismo, para dicho doctrinario el

⁹⁹ Digesto XLVII, 10.1, I5.

¹⁰⁰ José Enrique Pierangeli. *El Consentimiento del Ofendido. Una teoría del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, pp. 61-62.

¹⁰¹ *Id.*, pp. 62-67.

¹⁰² José Enrique Pierangeli. *El Consentimiento del Ofendido. Una teoría del delito*. *Óp. cit.*, p. 68.

consentimiento del ebrio o el obtenido mediante engaño o amenaza no resultan válidos. Además, señala que la conducta permanecerá siendo ilícita cuando el consentimiento dado por el ofendido atente contra las buenas costumbres.¹⁰³

Cabe señalar que en la doctrina italiana desde décadas atrás se dio importancia a esta teoría. Esto se ve reflejado en el Art.50 del Código Penal de 1930, el cual versaba: “No es punible quien ofende o pone en peligro un derecho, con el consentimiento de la persona que podía disponer válidamente del mismo.”¹⁰⁴ En Francia no se estableció una disposición del consentimiento del ofendido como en Italia, pero doctrinarios como el francés *Garraud* sostuvo que el consentimiento otorgado por el ofendido dejaba a la conducta libre del carácter criminal. Por lo que señala que en ciertos delitos como el estupro se necesita del desacuerdo de la víctima para que se cumpla con los elementos del tipo delictuoso. Es por ello, que el inculpatado deberá probar que su conducta la realizó conforme a la voluntad del ofendido para que no se configure el delito.¹⁰⁵

Por otro lado hay autores, como el colombiano *Echandía*, que no se acogen a una teoría exclusivamente, sino que ven la posibilidad que en un mismo ordenamiento jurídico se pueda considerar al consentimiento como causa de justificación o como causa de atipicidad dependiendo del verbo rector de la norma en cuestión.

2.3.2 La Aquiescencia

Dicho debate, anteriormente expuesto, ha surgido principalmente por la confusión entre dos conceptos: la aquiescencia y el consentimiento. En la teoría actual se los ha podido diferenciar de manera clara, para de esta manera ubicar dichos conceptos en la teoría del delito que corresponden, ya sea dentro de la tipicidad o de la antijuricidad. En el lenguaje común se los utiliza indistintamente como sinónimos; sin embargo, en el derecho penal se encuentra una fina línea que separa estas dos instituciones.

¹⁰³ *Id.*, pp. 69-70.

¹⁰⁴ José Enrique Pierangeli. *El Consentimiento del Ofendido. Una teoría del delito. Óp. cit.*, p. 70.

¹⁰⁵ *Id.*, pp. 72-73.

Esta diferenciación de nociones tiene lugar gracias a la influencia de la teoría del consentimiento del alemán Geerds, quien separó el concepto de la aquiescencia o asentimiento del consentimiento. El primero como generador de causa de atipicidad y el segundo como causa de exclusión de la antijuricidad. El autor Donna explica claramente la diferenciación entre uno y otro de la siguiente manera:

En el caso de la aquiescencia “el injusto se basa en la contradicción de la voluntad personal. Si la persona, en este caso admite o acuerda el hecho típico, no hay duda de que no existe acción típica. (...) [En el caso del consentimiento] En el segundo grupos se encuentran los casos en el que el afectado puede disponer del bien jurídico, aunque –y acá está la diferencia- la acción típica no se dirige contra su voluntad, sino que el objeto de la acción previsto en el tipo tiene además un menoscabo, ya que el hecho también tiene un significado para la sociedad.¹⁰⁶

En el caso de la aquiescencia se encuentra en el tipo penal el presupuesto de que la acción debe ser llevada a cabo sin el consentimiento de la víctima o del titular del bien jurídico protegido. Por lo que si se lleva a cabo un acuerdo, no se cumple con el tipo penal. En el caso del consentimiento, se cumple con el tipo penal pero hay una justificación. De igual manera, Reyes Echandía se acoge a la división entre consentimiento como exclusión de antijuricidad y como causal de atipicidad:

Hemos de aceptar que el consentimiento del sujeto pasivo es causal atipicidad cuando, al describir la conducta, el legislador ha utilizado un verbo rector cuyo contenido apunta hacia acción u omisión intrínsecamente inocuas, en cuyo caso, al exigir que el comportamiento se realice sin consentimiento del titular del interés jurídico que se quiere proteger, se está evitando la eventual punición de conducta de suyo lícita o jurídicamente indiferente (...) En cambio, cuando el verbo rector configura acción de suyo lesiva, el consentimiento es causal de justificación, aunque su ausencia se mencione-anti técnicamente, en el tipo.¹⁰⁷

Zaffaroni señala algunas consecuencias jurídicas que derivan de esta diferenciación entre el acuerdo y el consentimiento. La primera es que el acuerdo presupone el ejercicio de un derecho subjetivo que sólo se lo puede revocar mediante la aplicación de las leyes correspondientes a su ejercicio. El ejemplo nombrado por dicho autor es la donación, la cual se la puede revocar únicamente dentro de las condiciones y parámetros establecidos en el Código Civil. Por el contrario, el consentimiento es de carácter revocable. Además sostiene

¹⁰⁶ Edgardo Alberto Donna. *Teoría del Delito y de la Pena*. Óp. cit., p. 174.

¹⁰⁷ José Enrique Pierangeli. *Teoría del Consentimiento*. Óp. cit., p. 79.

que el acuerdo deja atípica la conducta, así no haya sido conocida por el autor ya que no se afecta el bien jurídico tutelado por el derecho. Por lo que la falsa suposición del acuerdo puede derivar en un error de tipo y en algunos casos en error de prohibición. En el caso del consentimiento, éste debe ser conocido por el autor, para que se configure como una causal de justificación. Por lo que en este caso la falsa suposición del consentimiento no afecta la tipicidad, sino que daría paso a un error de prohibición.¹⁰⁸

Cabe recalcar ciertos requisitos necesarios para la aquiescencia o el consentimiento en general. En primer lugar, debe ser otorgado libre de vicios, ya sea error, engaño o violencia. Además, debe existir la capacidad real de poder consentir. La edad en que uno puede consentir difiere entre legislaciones. Por último, debe ser anterior a la conducta.¹⁰⁹

2.3.3 Consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad

Una vez analizado el concepto teórico de la aquiescencia, hablaré de esta como causal de atipicidad. Zaffaroni explica que la aquiescencia de la víctima da lugar a la exclusión de la tipicidad ya que se ejerce un derecho subjetivo y se dispone del mismo: “cuando se dispone se ejerce un derecho subjetivo, siendo esa disposición la que muestra que no hay ningún bien jurídico afectado. Por ende, la aquiescencia del titular es un supuesto de atipicidad de la conducta.”¹¹⁰ La disponibilidad de un derecho significa que un bien puede ser sacrificado por el titular del mismo.¹¹¹

Cuando hablamos de tipicidad nos referimos a cumplir con los preceptos establecidos en la ley penal: “El sujeto que realiza una conducta típica sólo ha “cumplido” la ley penal, creándose una certeza de que ha violado una norma jurídica prohibitiva y afectando un ente que es objeto de interés jurídico (...)”¹¹² Por lo que, una causal de atipicidad sucede cuando nos apartamos del texto tipificado en la ley penal. Estamos frente a la aquiescencia como causal de atipicidad cuando, por ejemplo, en la descripción del tipo se refiere a que la conducta debe ser realizada sin el consentimiento de la víctima. En caso del acuerdo con la

¹⁰⁸ Eugenio Raul Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal. Parte General Tomo III. Óp. cit.*, pp.521-522.

¹⁰⁹ *Id.*, pp. 523-525.

¹¹⁰ *Id.*, pp. 518-519.

¹¹¹ Alfredo Etcheberry. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 169

¹¹² Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal. Parte General Tomo III. Óp. cit.*, p. 226.

víctima, hay una falta de elemento del tipo que sería la falta de consentimiento, lo cual acarrearía la falta de tipicidad. Respecto a este punto, el doctrinario Anibal Bruno argumenta que si el elemento del tipo es la falta de consentimiento del titular del bien “si éste consiente el tipo no se configura y no existe delito”.¹¹³ Podríamos tomar como ejemplo el Art. 161 del COIP sobre el secuestro, el cual en la descripción del tipo establece como requisito que el perpetrador haya actuado contra la voluntad de las personas objeto de privación de libertad, retención, ocultamiento, arrebato o traslado. Si la víctima, quien tiene la disponibilidad de su derecho a la libertad personal, acuerda en ser ocultada no existiría delito alguno. Por lo que la aquiescencia elimina el delito al no configurarse el tipo penal.

En este supuesto puede haber un error de tipo, el cual Donna lo define como “(...) la falla de la conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o por ignorancia.”¹¹⁴ Esto significa que hay una equivocación en uno de los elementos del tipo.

2.3.4 Consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad

La antijuridicidad hace referencia a adecuar la tipicidad a un acto: “antijuridicidad es el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana, en tanto que injusto es la conducta humana desvalorada.”¹¹⁵ En el COIP el Art. 29 dispone que la conducta antijurídica deba lesionar o amenazar un bien jurídico protegido por la ley penal. Sin embargo, existen causales de justificación de realizar una conducta que se encuentra tipificada como prohibida en la ley penal son las siguientes: 1. Legítima defensa, 2. Estado de necesidad, 3. Mandato de ley, 4. Orden de autoridad.

Gran parte de la doctrina ha incluido al consentimiento del titular del bien jurídico como otra causal válida de justificación.¹¹⁶ Esto significa que hay una conducta típica que es punible por el derecho, por lo que no se elimina el delito, sino que se acepta una causa de justificación ya que el dueño del bien jurídico ha consentido en dicha conducta. Con respecto a esto, el autor Creus ha sostenido que “la antijuridicidad estará ausente cuando el titular del

¹¹³ José Enrique Pierangeli. *Teoría del Consentimiento*. *Óp. cit.*, p. 87.

¹¹⁴ Edgardo Alberto Donna. *Teoría del Delito y de la Pena*. *Óp. cit.*, p. 112.

¹¹⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal. Parte General Tomo III*. *Óp. cit.*, p.561.

¹¹⁶ José Enrique Pierangeli. *Teoría del Consentimiento*. *Óp. cit.*, p. 92

bien jurídico atacado haya renunciado, antes del ataque o contemporáneamente a él, a la protección que le brinda la norma-mandato reforzada con la amenaza de la pena mediante el tipo penal”¹¹⁷

En este supuesto puede ocurrir un error de prohibición. El autor Donna lo describe como “lo que desconoce el sujeto es la antijuricidad de la conducta”¹¹⁸, lo que significa que el sujeto activo no sabe que la conducta es prohibida por la ley. Este error puede ser de dos tipos vencible o invencible. El primero ocurre cuando el sujeto pasivo tuvo la posibilidad de conocer que su conducta era antijurídica, el segundo se refiere a que el sujeto activo no tenía posibilidad alguna de saber que la conducta era prohibida.

2.3.5 Renuncia del bien jurídico tutelado

Los bienes en el ámbito del derecho son “los valores materiales o inmateriales, que sirven de objeto a una relación jurídica”.¹¹⁹ Ahora bien, Zaffaroni sostiene que el bien jurídico tutelado por la norma penal es “la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que expresan con la tipificación de esas conductas”¹²⁰. Esta definición nos conduce a señalar ciertas aclaraciones. La primera es que los bienes jurídicos que son merecedores de tutela penal son lo que tienen como consecuencia una pena para los posibles transgresores de la norma. En segundo lugar, la disponibilidad se refiere al uso que le puede dar el titular a su derecho; Etcheverry sostiene que “la opinión más seguida en la doctrina es la que distingue entre bienes disponibles, respecto de los cuales tendría relevancia el consentimiento del interesado para sacrificarlos y justificar el acto ajeno, y los no disponibles, respecto de los cuales no tendría validez la causal en estudio”¹²¹. De igual manera, el autor Pierangeli nos brinda una distinción muy precisa de estos dos conceptos: “Cuando éste no reviste una inmediata utilidad social y el Estado reconoce al particular la

¹¹⁷ Carlos Creus. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 302.

¹¹⁸ Edgardo Alberto Donna. *Teoría del Delito y de la Pena*. *Óp. cit.*, p. 112.

¹¹⁹ José Enrique Pierangeli. *Teoría del Consentimiento*. *Óp. cit.*, p. 98.

¹²⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal. Parte General Tomo III*. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 240

¹²¹ Alfredo Etcheverry. *Derecho Penal*. *Óp.cit.*, p. 168.

exclusividad del uso y goce, es disponible; y, contrariamente, cuando la utilidad social se manifiesta de inmediato, el bien es indisponible.”¹²²

Además, la tutela brindada por las normas penales puede ser de diversa naturaleza. Es así que el derecho penal protege relaciones entre humanos, entre bienes y personas, entre personas que tienen una distinta condición de poder, en relación a un bien abstracto como las buenas costumbres o el orden público, en relación a situaciones psíquicas de una de las partes, entre otras relaciones sociales.¹²³ La ley penal busca otorgar una protección más severa a las personas que considera que por ciertas condiciones como la edad, las condiciones físicas o psíquicas se encuentran en un estado de vulnerabilidad frente a otras.

Ante esta protección, surge una gran interrogativa que es la siguiente: ¿Qué consecuencia jurídica tiene el hecho de que el ofendido otorgue de manera libre de vicios su consentimiento? En el momento que el ofendido consiente en permitir que el sujeto activo realice una conducta que se encuentra prohibida en la ley penal, éste está renunciando a la tutela ofrecida por la ley penal. Uno puede consentir a través de tres formas: a. de manera expresa, b. mediante comunicación escrita de cualquier índole, c. mediante actos inequívocos y conclusivos que lleven a deducir su existencia real.¹²⁴ Por lo tanto, el titular del bien jurídico abandona la protección del bien jurídico brindada por la ley penal.

Cabe mencionar, que se deberá tomar en cuenta el alcance de la renuncia que hace dicho titular del bien, es decir que si la renuncia es general o si la renuncia es a una conducta específica.¹²⁵ Esto tiene relevancia ya que el sujeto activo puede contar con el consentimiento del titular del bien para un acto específico y éste puede extralimitarse. Por ejemplo, en el caso de que una mujer consiente en tener relaciones sexuales con su pareja pero no consiente en que dicha relación sea con violencia. Se debe tener claro en qué conductas consintió el sujeto pasivo para poder emplear dicho consentimiento como justificación de la antijuricidad.

¹²² José Enrique Pierangeli. *Teoría del Consentimiento. Óp. cit.*, p. 109.

¹²³ *Id.*, p. 98.

¹²⁴ José Enrique Pierangeli. *Teoría del Consentimiento. Óp. cit.*, p. 146.

¹²⁵ *Id.*, p. 104.

En nuestro COIP el catálogo de delitos se encuentra dividido en capítulos y secciones, donde se especifica el derecho que se está vulnerando con cada tipo penal. El estupro lo encontramos bajo el Título IV, párrafo segundo, sección cuarto bajo el subtítulo de “Delitos contra la integridad sexual y reproductiva”. De manera general, los delitos incluidos bajo dicho subtítulo contienen una vulnerabilidad a la integridad sexual y reproductiva; sin embargo, cada delito tiene un bien jurídico tutelado específico. Como lo he mencionado en apartados anteriores, la ley penal tutela en el estupro la inexperiencia sexual del menor de edad y mayor de catorce años.

Ahora bien, en el caso de que los jóvenes en dicho rango de edad consientan en tener una relación sexual, están renunciando a que la ley penal les proteja su inexperiencia y su sano desarrollo sexual. Por lo que el consentimiento libre de vicios, al tener como consecuencia la renuncia del bien jurídico tutelado, debería ser tomado en cuenta para evitar la sanción de la conducta. Otro aspecto que me parece importante cuestionarse es lo que sucede cuando los menores de edad tienen bastas experiencias sexuales previas. En este caso ¿cuál sería la protección que está ofreciendo el derecho al sujeto pasivo? Si el mayor de catorce años y menor de dieciocho mantiene una relación con su pareja en la cual ha accedido a mantener relaciones sexuales, el joven está renunciando a una protección que le da el derecho y está otorgando una justificación para que no sea punible la conducta.

En mi parecer, el consentimiento no sólo es una renuncia del bien jurídico protegido, sino que constituye el ejercicio de un derecho. El menor no quiere que su inexperiencia sea tutelada, quiere tomar decisiones como la de mantener relaciones sexuales como parte de su identidad y autodeterminación; y, al dar el consentimiento está haciendo uso de su derecho constitucional a omitir opinión en los asuntos que les afecten. Además, hay un cuestionamiento que queda sin resolver: en los casos en que denuncian los padres y los hijos no están de acuerdo con ella, sino que insisten en que consintieron en la relación, ¿Qué bien jurídico ha sido vulnerado? Si la conducta debe afectar al menor de edad no a la integridad de los padres.

2.3.6 Relevancia del consentimiento del menor de edad y mayor de catorce años

El menor de edad ha sido considerado un sujeto vulnerable por su falta de madurez psíquica y física, por lo que el derecho ha considerado que merecen ser considerados un grupo prioritario de protección. En el presente apartado nombraré algunos aspectos importantes en torno a la adolescencia, sin profundizar mayormente en ámbitos de la psicología.

El adolescente al estar en una época de cambios físicos y psíquicos, se encuentra en una etapa de desarrollo de su propia identidad e autoimagen. Para ello, se va independizando de los modelos familiares para buscar sus propios valores y tomar sus decisiones autónomamente respecto a amigos, elecciones profesionales, comportamientos sexuales, entre otros. Los jóvenes deciden separarse de los roles sociales impuestos, para descubrir por sí solos los caminos que desean tomar.¹²⁶

Como parte del proceso evolutivo encontramos al aspecto de la sexualidad. El desarrollo del adolescente no solo implica los cambios biológicos, sino que también se produce un crecimiento y una madurez en el ámbito emocional. Es por ello, que es muy común el enamoramiento y el afloramiento de los sentimientos en esta época. La sexualidad es influenciada por algunos aspectos tanto internos como externos. Dentro de los primeros están la maduración y evolución física de cada adolescente, y en los segundos podemos observar el tipo de familia, el ambiente socio-educativo, el barrio donde viven, entre otros factores.¹²⁷

La manera en que los jóvenes llevan a cabo su sexualidad depende mucho del contexto social en el que viven. En la actualidad es innegable que vivimos en una sociedad donde el sexo está impregnado en muchos aspectos de la vida. Los programas de televisión, las películas con contenidos sexuales aptas para todo público, la publicidad, las revistas y periódicos y la influencia de la relación conyugal de los padres son algunos ejemplos de cómo los adolescentes están expuestos todo el tiempo al sexo.¹²⁸ Cabe mencionar que el libre

¹²⁶ J.C. Coleman y L.B. Hendry. *Psicología de la adolescencia*. Madrid: Ediciones Morata S. L., 2003, p. 59.

¹²⁷ *Id.*, p. 106.

¹²⁸ J.C. Coleman y L.B. Hendry. *Psicología de la adolescencia*. *Óp. cit.*, p. 110-111.

acceso a la tecnología ha generado una sociedad mucho más cercana e informada sobre el sexo. En internet se pueden encontrar muchas páginas web pornográficas o de contenidos sexuales y los adolescentes pueden buscar cualquier tema acerca de lo que quieran adquirir nuevos conocimientos. De igual manera, hay nuevas modas como el “sexting”, lo cual significa que los adolescentes se envían fotos desnudos y éstas terminan circulando en celulares, redes sociales e internet.

Además, los menores de edad muchas veces no reciben nada de educación sexual en la casa por lo que recurren a sus amistades para obtener consejos e información. Esto ha generado que los adolescentes inicien sus prácticas sexuales precozmente. Es por ello, que autores y legisladores consideran que los jóvenes no están preparados para consentir en una relación sexual: “Se debe evitar que los menores tengan acceso carnal, porque esta práctica a una edad muy precoz, resulta ser perjudicial en el desarrollo psicológico y emocional del menor.”¹²⁹

En el Ecuador la edad promedio de iniciación sexual es de 13 a 14 años y en la costa como Guayas y Manabí es donde más embarazos precoces hay.¹³⁰ Cada vez es menor la edad en que los adolescentes tienen relaciones, la falta de información es un aspecto muy influyente como lo señala Bernardo Vega, director del Proyecto CERCA:

la falta de información sobre temas de sexualidad, el escaso acceso a servicios de salud y la falta de comunicación para acceder a consultas en salud y sexualidad reproductiva con padres o sus **parejas** genera que los adolescentes carezcan de información sobre sexualidad que les permita tomar decisiones con madurez y responsabilidad.¹³¹

Cabe mencionar que el ejercicio de la sexualidad depende de las normas sociales que van evolucionando en el tiempo, en la cultura y en las circunstancias en que se encuentre el individuo.¹³² Podemos mencionar como ejemplo que hace algunos años atrás se esperaba que las mujeres llegasen vírgenes al matrimonio, lo cual era influenciado por la confusión que existía entre delito y pecado. Esto ha ido evolucionando en el tiempo y ya no es una

¹²⁹ Iván Noguera Ramos. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Óp. Cit.*, p. 141.

¹³⁰ ElComercio.com. *Las relaciones sexuales son cada vez más precoces en el Ecuador.*
<http://www.elcomercio.com/tendencias/relaciones-sexuales-son-vez-mas.html>. (acceso:03/04/2013).

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² Pedro Alfonso Pabón Parra. *Delitos sexuales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005., pp. 4-5

realidad. Por el contrario en otras culturas como los votiakos de Rusia la virginidad femenina no es deseada ya que los hombres prefieren mujeres experimentadas y que han demostrado su fertilidad.¹³³ Por lo que los valores sociales van cambiando y el derecho debe irse adaptando a esas nuevas realidades sociales.

En el caso de los menores de edad, se ha prohibido las relaciones sexuales ya que se protege su inexperiencia sexual para un buen desarrollo sexual, su falta de madurez para tomar decisiones que les pueden afectar en su vida. Algunos autores se pronuncian en contra de las relaciones sexuales de los menores argumentando que “Los adolescentes entre los 14 y menos de 18 años de edad, aún no están maduros psicológicamente, ni tampoco han alcanzado el total desarrollo de su intelecto, esas debilidades los convierten en víctimas más fáciles de convencer para la realización de un acceso carnal.”¹³⁴

Sin embargo, esta posición es debatida ya que cada experiencia es diferente y no se puede generalizar que porque un menor de edad tenga relaciones sexuales va a tener un desequilibrio en su vida futura. Las autoras Flores y Aracena señalan al respecto lo siguiente: “Cierto es, que no está comprobado científicamente que ello sea así e, incluso, cuando la sexualidad no es ejercida con violencia, se dice precisamente lo contrario: que favorece el desarrollo psíquico y una mejor afectividad en las relaciones interpersonales futuras.”¹³⁵. Esta afirmación me parece válida ya que hay jóvenes que por ser vírgenes se sienten marginados por sus compañeros. Esto también les puede causar secuelas para el futuro.

De igual manera, otros autores consideran fundamental el hecho de que se pruebe la falta de madurez de la víctima y no se la presuma. Argumentan que si se llega a probar que la víctima no es sexualmente inmadura o que no ha sido engañada por el sujeto pasivo, no se cumpliría con el tipo penal.¹³⁶ Se debe tomar en cuenta este aspecto ya que la norma no puede

¹³³ *Id.*, p. 41.

¹³⁴ Iván Noguera Ramos. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. *Óp. cit.* p. 170.

¹³⁵ Melva Ivonne Flores Frías y M. Lorena Aracena Morales. *Tratado de los delitos sexuales*. *Óp. cit.*, p. 53.

¹³⁶ Miguel Ángel González Ortiz. “La determinación del engaño típico en el delito de seducción”. *Óp. cit.*, p. 693.

asumir algo, sino que en juicio se debe probar para lograr una correcta aplicación de la norma penal.

Esto me lleva a pensar que no se puede generalizar y presuponer que los menores de edad que deciden tener relaciones sexuales como parte de su derecho a auto determinarse van a sufrir consecuencias negativas en su vida. Dependerá de la experiencia que tenga cada uno y de la educación que hayan recibido tanto en el hogar como en las instituciones educativas. Un dato alarmante en el Ecuador es que el matrimonio de jóvenes en el Ecuador ha crecido 8,5 veces en seis años. En el año 2009 se registraron 236 y en el año 2014 se ha registrado 2241 matrimonios de adolescentes.¹³⁷ Esto trae como consecuencias la recesión escolar, problemas económicos, enfermedades, entre otros. El gobierno frente a esta realidad social ha implementado campañas de información y educación sexual en los colegios para los adolescentes como la denominada “Habla serio, sexualidad sin misterios”. Organismos no gubernamentales han hecho investigaciones concluyendo que los adolescentes que reciben información sexual veraz a temprana edad tienen la capacidad de retardar las relaciones sexuales y prevenir riesgos de embarazos y enfermedades.¹³⁸

Considerar la no relevancia del consentimiento del menor de edad y mayor de catorce años es presumir que en todos los casos hay una afectación del bien jurídico y generalizar que todos los jóvenes no se encuentran en la madurez de consentir. Se deben tomar en cuenta las condiciones morales, sociales y religiosas en tono al consentimiento. Cada joven es distinto y paso por un proceso de maduración diferente. Hay personas mayores de edad que no tienen la capacidad de medir las consecuencias de sus actos, mientras que hay jóvenes que desde corta edad asumen las responsabilidades del hogar y al tener una buena educación son muy maduros así no hayan alcanzado la mayoría de edad. Respecto a este punto, la autora Martínez sostiene que:

Cada persona transcurre por el proceso de transición a la adultez a edades diferentes. Por lo que “si no se reconoce ese personalísimo punto de transición, la tutela de los derechos

¹³⁷ ElComercio.com. *El Matrimonio de menores creció 8,5 veces en seis años*. <http://www.elcomercio.com.ec/tendencias/matrimonio-menores-crecio-seis-anos-embarazo-precoz-ecuador.html>. (acceso: 06/08/2014).

¹³⁸ Marcela Martínez Roaro. *Derechos y delitos sexuales y reproductivos*. *Óp. cit.*, p. 324.

infantiles, puede convertirse en la violación a derechos de personas adultas, máxime en el ejercicio de la sexualidad y, en especial, del erotismo.¹³⁹

En el ámbito social, los estados se han encargado de determinar el inicio de la vida adulta de los adolescentes al proporcionarles una serie de responsabilidades como son trabajar, beber alcohol, votar, establecer acciones civiles, entre otras.¹⁴⁰ Al considerar que los menores de edad pueden tomar decisiones de suma importancia como es casarse, o firmar un contrato de trabajo, o elegir a los representantes del pueblo, se está reconociendo que los jóvenes tienen la madurez para tomar decisiones antes de los dieciocho años. El hecho de que los jóvenes tengan acceso sin restricciones a preservativos y a pastillas como la del día después, se está presumiendo que los jóvenes tienen actividades sexuales antes de los dieciocho años. Como señala la autora Martínez cada joven llega a la edad de la adultez en edades diferentes, por lo que negarles tener acceso a una relación sexual sería impedir su derecho sexual:

(...) Pero negarle ese derecho a un/a joven de 16 o 17 años, ¿no es invadir su esfera de decisión? ¿No es negarle el ejercicio de un derecho sexual? Fueron muchos los jóvenes que expresaron sentirse violados en sus derechos sexuales cuando se aumentó la edad del sujeto pasivo de 16 a 18 años en el tipo de corrupción de menores en el Código Penal del D.F.¹⁴¹

Por lo anteriormente expuesto podemos deducir dos aspectos fundamentales. El primero es que los adolescentes en la actualidad cuentan con una gran influencia exterior que les hace desarrollarse hacia la adultez de manera más rápida. Además, los valores culturales han ido evolucionando y ahora los jóvenes lo consideran algo común tener relaciones sexuales previas al matrimonio mientras son aún menores de edad. En segundo lugar, la falta de información veraz proveniente de instituciones escolares y familiares tiene como consecuencia embarazos precoces, transmisión de enfermedades, deserción escolar, entre otros. Sin embargo, el Estado al estar consciente de esta realidad ha realizado esfuerzos para educar a los jóvenes y que puedan tomar decisiones midiendo las consecuencias.

Por lo tanto, no podemos generalizar que los menores de edad y mayores de catorce años no cuentan con la madurez suficiente para consentir en una relación sexual. Los jóvenes que

¹³⁹ Marcela Martínez Roaro. *Derechos y Delitos sexuales y reproductivos*. Óp. cit., p. 325.

¹⁴⁰ Douglas Kimmel, Irving Werner. *La adolescencia: una transición del desarrollo*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1998, pp. 3-4.

¹⁴¹ Marcela Martínez Roaro. *Derechos y delitos sexuales y reproductivos*. Óp. cit., p. 325.

se encuentren en tal capacidad no pueden ser impedidos de tomar decisiones libres y voluntarias que les conciernen. El trabajo del Estado es mejorar la educación sexual en los colegios y educar a los padres de adolescentes para que conversen con sus hijos abiertamente del tema. Los jóvenes que están bien informados y que están listos para tomar la decisión de ejercer su derecho a la sexualidad con su pareja, deben poder consentir en ello libremente.

Nuestro COIP en el Art. 175 numeral quinto dispone “En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante”.¹⁴² Esta disposición aplica para el delito de estupro que es el que se analiza en el presente trabajo.¹⁴³ Al no considerar como importante al consentimiento, se está asumiendo que todos los menores de edad y mayores de catorce años no están en la capacidad de tomar una decisión consciente sobre su sexualidad. Esto es contradictorio con el mismo ordenamiento jurídico ya que como hemos visto anteriormente, los menores pueden tomar la decisión de casarse, de votar, de trabajar, entre otras. Es decir, para ciertas decisiones que también marcan la vida y tienen efectos en su vida futura sí están facultados para hacerlo, pero para consentir en una relación sexual no lo están. Me parece incorrecta esta presunción ya que el proceso de maduración varía entre cada persona. Además, el hecho de cumplir dieciocho años no te hace mucho más maduro.

Enfocándonos en el delito de estupro, podemos observar que el sujeto pasivo accede a tener relaciones sexuales y es mayor de catorce años, la ley penal toma ese consentimiento como no importante y asume que hubo engaño. Esta manera de proceder es incorrecta ya que muchos jóvenes empiezan su vida sexual a temprana edad y están conscientes de su conducta. En el caso de los menores de catorce años no hay discusión de que no se encuentran en la capacidad de tomar este tipo de decisiones.

En mi parecer, el juez debe analizar en el caso de estupro en concreto, mediante un análisis psicológico, la capacidad y madurez que tiene el menor de edad para consentir en una relación sexual. Además, se debe tomar en cuenta las condiciones alrededor de ese

¹⁴² *Código Orgánico Integral Penal*. Art. 175. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁴³ La irrelevancia del consentimiento dada por los menores de edad fue incorporada en nuestro Código por el Tribunal Constitucional en el Registro Oficial publicado el 23 de junio del año 2005 No. 45.

consentimiento ya sean sociales, familiares, religiosas, entre otras. De esta manera, estamos previniendo la desnaturalización del delito de estupro. Habrán casos en que se pruebe inequívocamente que hubo estupro, por lo que el perpetrador cumplirá la pena respectiva. Sin embargo, cuando el sujeto pasivo está en condiciones de consentir y el sujeto activo es condenado, se está privando de la libertad a un inocente. Consecuentemente, se hace un tremendo daño irreparable al sujeto activo ya que éste pierde el trabajo y encima es privado de su libertad por un lapso suficiente para causarle traumas de por vida.

Dicha desnaturalización resulta muy peligrosa ya que terminan privados de libertad personas que no son delincuentes. Si nos ponemos a pensar que cometen estupro todas las personas mayores de edad que han tenido relaciones sexuales con menores, podemos imaginar a un gran número de ciudadanos que estarían en la cárcel por ello. Lo cual es una prueba de que el consentimiento dado por una persona con cierto grado de madurez y en circunstancias como por ejemplo un noviazgo, es relevante y debe ser una justificación de la antijuricidad. Esta medida al ser tan drástica abre la puerta a que haya denuncias falsas que no tienen ningún fundamento, sino que sirven de represalia o venganza contra ex parejas. Además, de modo general, son los padres los que denuncian este delito por lo que ni siquiera podemos identificar que bien jurídico es el que está siendo lesionado.

La prueba de que hay asambleístas y autoridades que coinciden con esta línea de pensamiento es que en el Segundo borrador del debate del COIP, el articulado 172 numeral quinto sobre las disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual, versaba:

“5. En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de catorce años de edad, será irrelevante.”¹⁴⁴ (Subrayado me pertenece). Por lo que se entiende que sólo el consentimiento del menor de catorce años es irrelevante, más no el de los mayores de dicha edad. Esta formulación me parece correcta, sin embargo no fue reformada en la versión final del COIP. Esto demuestra que si hay conciencia de que los mayores de catorce años sí pueden emitir un consentimiento relevante para el juicio y que muchos están en la capacidad de hacerlo.

¹⁴⁴ Asamblea Nacional República del Ecuador. *Borrador Segundo Debate Código Orgánico Integral Penal*. Quito, 09 de diciembre de 2012.

En suma, la no relevancia del consentimiento no sólo constituye una generalización ilógica, un atropellamiento a los derechos tanto del sujeto activo como del pasivo, sino que viola directamente la norma constitucional y supranacional que tienen los adolescentes a ser consultados.

2.3.7 Derecho constitucional de los niños y adolescentes a ser consultados

El mayor problema que tiene el artículo 175 numeral cinco es que es una norma que atenta un derecho amparado por la Constitución, por la Convención de los Derechos del Niño y por el Código de la Niñez y Adolescencia (CNA). Nuestra Constitución, que es la norma jerárquicamente superior, contempla este derecho en su artículo 45:

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

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a (...) a ser consultados en los asuntos que les afecten (...) ¹⁴⁵ (Subrayado me pertenece)

Asimismo, encontramos esta norma en la Convención de los Derechos del Niño¹⁴⁶ en el Artículo 12:

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

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.¹⁴⁷ (El subrayado me pertenece)

Nuestro CNA prevé la misma norma en su artículo 60 sobre el derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten teniendo en cuenta la medida de su edad y su madurez. Como lo establece la Constitución los niños gozan de los derechos comunes a los de los seres humanos, por lo que este derecho a la libertad de expresión u opinión, al constituir un derecho

¹⁴⁵ *Constitución de la República del Ecuador*. Artículo 45. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁴⁶ En esta Convención, se aclara en el artículo 1 que para efectos de dicho instrumento, se considera niño a todo menor de dieciocho años.

¹⁴⁷ *Convención sobre los Derechos del Niño*. Artículo 12. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

humano, está contemplado tanto en la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹⁴⁸ como en la Declaración Universal de Derechos Humanos.¹⁴⁹

Este derecho que se encuentra garantizado en nuestra Constitución, es también un principio general reconocido por el Comité de Derechos del Niño. Algunos aplicadores del derecho justifican la no relevancia del consentimiento en el caso del estupro alegando el principio del “interés superior” del niño. Sin embargo, se les pasó por inadvertido que la “opinión del niño” es otro principio reconocido¹⁵⁰. Éste, así como los demás principios, sirven de guía-rector para las legislaciones. Además, el Comité de los Derechos del Niño sostiene que estos principios deben estar plasmados en las normativas de los estados y que deben poder ser utilizados en las cortes y decisiones judiciales.¹⁵¹

Es menester señalar que el derecho a la opinión del niño está estrictamente vinculado con el interés superior del niño. Éste principio-rector conlleva el respeto a todos los derechos del niño contemplados en instrumentos internacionales. Además, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho principio debe estar presente en todas las acciones que haga el estado referente a los niños:

70. Por de pronto, es necesario recordar que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño⁹⁵.¹⁵²

El doctor Simon ha establecido cinco dimensiones que tiene el interés superior del niño: un criterio de prioridad sobre los otros derechos e intereses, criterio de garantía para asegurar los derechos de la niñez, un criterio informador para poder interpretar y resolver conflictos

¹⁴⁸ Previsto en el Art. 13.1 de la Convención Interamericana de DDHH: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

¹⁴⁹ Previsto en el Art. 19: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

¹⁵⁰ Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No. 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º período de sesiones (2003)*. Art. 12.

¹⁵¹ *Id.*, I. Introducción

¹⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC 21/14*, 19 de agosto 2014, párr. 70.

adecuadamente, un criterio de integración para auxiliar en el caso de lagunas normativas y un elemento de interpretación para encontrar el correcto sentido a las normas referentes a los niños.¹⁵³

El Comité de los Derechos del Niño (CDN) ha establecido que los principios alrededor de los derechos del niño son interdependientes. Esto significa que la opinión del niño deben ser considerados para decretar el interés superior del niño.¹⁵⁴ De igual manera, el autor Ricardo Perez sostiene que para poder establecer cuál es el interés superior del niño en un caso concreto, se debe tomar en cuenta la opinión del menor. Caso contrario, “(...) invocar el interés superior del niño será un acto puramente paternalista. El niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior.”¹⁵⁵ Por lo que vemos que la participación del niño es fundamental para poder resolver adecuadamente un caso concreto atendiendo a su interés superior.

Asimismo, el CDN en su observación No. 12 ha señalado que no se puede aplicar correctamente el interés superior si no se respeta la opinión de los niños.¹⁵⁶ De igual manera, en su observación No. 14 ha recalado que el derecho a ser oídos hace realidad el interés superior del niño. Además, ha señalado que mientras más maduro sea el niño, mayor peso tendrá en la evaluación de su interés superior.¹⁵⁷ Consecuentemente queda demostrado que ambos principios son interdependientes y que la opinión del niño es fundamental para establecer el interés superior.

Al analizar la descripción del Artículo 12 de la Convención y del Código de la Niñez y Adolescencia podemos destacar algunos aspectos fundamentales:

¹⁵³ Farith Simon Campaña. *Interés Superior del Niño: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. Quito: Ediciones IURIS DICTIO, 2014, pp. 156-161.

¹⁵⁴ Rachel Hodgkin y Peter Newell. *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Ginebra: Atar Roto Presse, 2001, p. 40.

¹⁵⁵ Ricardo C. Pérez Manrique. “Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes.” *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*. Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma (eds.). Quito: V&M Gráficas, 2010, p. 575.

¹⁵⁶ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 239, párr. 197.

¹⁵⁷ Comité de los Derechos del Niño. *Opinión Consultiva No. 14*, 29 de mayo de 2013, párr. 43-45.

1. *Los Estados garantizan a los niños el derecho a la opinión libre*

El Estado ecuatoriano, al haber ratificado la Convención de los derechos del niño en el año 1990, ha reconocido y garantizado este derecho, por medio de su articulado cuarenta y cinco en la norma suprema que es la Constitución. Esta garantía implica que el estado debe crear los escenarios y las condiciones adecuadas para que los niños puedan dar su opinión libre, es decir sin ser engañados, coaccionados, influenciados, amedrentados o forzados de ninguna forma.¹⁵⁸ El Comité ha explicado detalladamente lo que significa una expresión libre:

22. El niño tiene el "derecho de expresar su opinión libremente". "Libremente" significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. "Libremente" significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. "Libremente" es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva "propia" del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.¹⁵⁹

De igual manera, el Comité de los Derechos del Niño en una de sus observaciones estableció la necesidad de se considere la opinión de los niños en diferentes ámbitos de la sociedad, con el fin de fortalecer su condición de sujetos de derecho:

25. El Comité recomienda que se siga velando por que se apliquen los principios del "interés superior del niño" y del "respeto de las opiniones del niño", en especial de los derechos de niños y niñas a participar en la familia, en la escuela, en otras instituciones y en la sociedad en general, a fin de que alcancen su máximo desarrollo y dignidad. Todas las políticas y programas relacionados con la niñez también deben traducir estos principios. Habría que reforzar la sensibilización de toda la población, hasta los dirigentes de la comunidad, así como los programas de enseñanza en materia de aplicación de estos principios para cambiar la percepción tradicional de los niños y niñas como objeto en vez de sujeto de derecho.¹⁶⁰

Con esta recomendación nos queda claro que el Estado debe garantizar este derecho de opinión en todos los ámbitos de la vida de los niños. Las garantías son "técnicas previstas

¹⁵⁸ Rachel Hodgkin y Peter Newell. *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Óp. cit., p. 155.

¹⁵⁹ Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No. 12*. Ginebra, 2009, párr. 22.

¹⁶⁰ *Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño*, Dominican Republic, U.N. Doc. CRC/C/15/Add.150 (2001).

por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales”¹⁶¹. Las políticas públicas del Estado deben estar siempre enfocadas en reforzar este derecho. Un aspecto muy relevante es que esta importancia a la opinión fortalece la ideología actual de considerar al niño como sujeto de derechos, más no simplemente como sujeto pasivo de protección jurídica.¹⁶² El Comité recalca que se debe dejar atrás esa concepción de los niños únicamente como objetos del derecho.

Por otro lado la CIDH ha establecido que las autoridades deberán tomar en cuenta las condiciones específicas del menor para poder establecer su interés superior y hacer valer sus derechos. Además, la libertad de su opinión se extiende a que puedan ser representados por una tercera persona en los casos en que sus padres no representen sus intereses:

199. Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal²²⁵ (*supra* párr. 108). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.¹⁶³ Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.¹⁶⁴

Enfocándome en el delito de estupro y de la no relevancia del consentimiento en el mismo, hay algunos aspectos importantes que señalar. Tanto el COIP como el Código de la Niñez y Adolescencia¹⁶⁵ disponen expresamente que el consentimiento del menor de edad no

¹⁶¹ Luigi Ferrajoli. “Derechos y garantías. La ley del más débil”. Citado en Farith Simon. *Derechos de la Niñez y Adolescencia Tomo I*. Quito: Cevallos, 2008, p. 207.

¹⁶² Farith Simon. *Derechos de la Niñez y Adolescencia. Tomo I*. Quito: Cevallos, 2008, p. 125-126.

¹⁶³ Esta misma consideración la encontramos en la Opinión Consultiva No. 17 en el párrafo 199.

¹⁶⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 239, párr. 199.

¹⁶⁵ Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 737 de 03 de octubre de 2003:

Art. 68.- Concepto de abuso sexual.- Sin perjuicio de lo que dispone el Código Penal sobre la materia, para los efectos del presente Código constituye abuso sexual todo contacto físico, sugerencia de naturaleza sexual, a los que se somete un niño, niña o adolescente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje,

es relevante, lo cual significa que su opinión no es importante y no deberá tomarse en cuenta. Por lo que el Estado está contraviniendo con su obligación constitucional y supranacional de escuchar y tomar en cuenta la opinión de los menores de edad.

La obligación del estado consiste en emplear políticas públicas de educación sexual tanto para los padres y educadores, como para los menores de edad. La veraz y abierta educación sexual es imprescindible para que los adolescentes puedan tomar decisiones responsables midiendo las consecuencias de sus actos. Un ejemplo de esto son las campañas que ha promovido el estado para el uso de preservativos con el fin de evitar embarazos precoces y la transmisión de enfermedades.

Por lo tanto, si el estado cumple con generar escenarios en los cuales el menor de edad puede emitir una opinión libre, está respetando sus obligaciones. Si el joven, mayor de catorce y menor de dieciocho, cuenta con la información suficiente en torno a las relaciones sexuales y dicha educación es vinculada a la afectividad, su opinión debe ser escuchada y relevante.

2. Los niños que emiten dicha opinión deben estar en condiciones de formarse un juicio propio:

Esta formulación es inexacta y da lugar a múltiples interpretaciones ya que no hay una edad específica en la que los niños puedan “formarse un juicio propio”. Como he analizado anteriormente la adolescencia es una etapa en la cual los jóvenes están en la búsqueda de su propia identidad. Es precisamente en esta época cuando los jóvenes se forman juicios propios acerca de distintos aspectos que afectan su vida como son los siguientes: su vida amorosa, sus amistades, sus valores morales, sus creencias religiosas, sus criterios personales independientes de la opinión de sus progenitores, entre otros. Es importante mencionar la opinión de Alessandro Baratta al respecto:

intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio. Cualquier forma de acoso o abuso sexual será puesto en conocimiento del Agente Fiscal competente para los efectos de la ley, sin perjuicio de las investigaciones y sanciones de orden administrativo que correspondan. (Subrayado me pertenece).

A extensión de los tres derechos disminuye en el pasaje del primero al segundo y del segundo al tercero. La libertad de formarse un juicio propio no tiene ninguna limitación de contenido, en verdad se refiere a la total posición del niño frente al mundo. Pero el derecho de expresar la opinión no se extiende a toda su visión del mundo, sino que comprende solamente las situaciones que afectan al niño. Sólo con relación a estas situaciones el primer párrafo del artículo 12 prevé que su opinión sea tomada debidamente en cuenta...”En función de la edad y madurez del niño.¹⁶⁶ (El Subrayado me pertenece)

Por lo que la expresión “formarse un juicio propio” se la vincula al derecho de opinión del niño respecto al asunto que le afecta. Los niños deben estar en la madurez para tener su propia posición sobre un aspecto que influye en su vida. Esta condición de poder formarse un juicio propio dependerá del desarrollo evolutivo psicológico de cada niño.

A propósito de determinar lo que es formarse un juicio propio el Comité de los derechos del Niño ha hecho ciertas aclaraciones fundamentales al respecto, esta misma línea de pensamiento ha sido recogida por la Corte IDH:

198. Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”²²⁰; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”²²¹; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”²²²; v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”²²³, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente.¹⁶⁷ (El Subrayado me pertenece)

Se desprenden varios aspectos fundamentales como el hecho de que los niños no deben tener un conocimiento completo del asunto, pero sí es necesaria una comprensión suficiente del tema. Además, incluye la educación que deben dar los padres para que el niño puede

¹⁶⁶ Citado por Farith Simon. *Derechos de la Niñez y Adolescencia. Tomo II*. Quito: Cevallos, 2009, p. 293

¹⁶⁷ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 239, párr. 198.

formarse un juicio propio. Por último, lo fundamental es que la comprensión no esta ligada a la edad biológica por lo que debe verse la madurez de los niños en cada caso.

En el caso del estupro, los mayores de catorce años que han sido informados sobre la sexualidad y se encuentran psicológicamente maduros, están en perfectas condiciones de “formarse un juicio propio” sobre su vida sexual. Como se mencionó anteriormente, no deben tener un conocimiento exhaustivo del tema, sino comprender el acto que están realizando. Los educadores juegan un papel fundamental para constatar en el caso concreto el nivel de madurez que tiene cada niño. Consecuentemente, su opinión en juicio será totalmente imprescindible ya que están ejerciendo su derecho constitucional a opinar.

3. *Su opinión libre será respecto a todos los asuntos que les afecten*

Se garantiza a los niños que su opinión será respetada en todos los asuntos que les afecten. Esta formulación es de carácter muy amplio y no se establece limitaciones acerca del tema sobre el cual pueden opinar los niños. La única restricción que se puede destacar es que el asunto debe afectar al niño o que éstos tengan algún interés específico en dicho tema.¹⁶⁸ Este amplio alcance del derecho es explicado por el doctor Simon en los siguientes términos:

(...) cubre todas las dimensiones de la vida de la infancia y la adolescencia, por tanto se puede considerar que el mismo cubre variados aspectos de la vida en sociedad, la familia, la escuela, en los procedimientos judiciales y en los administrativos, en la definición de políticas y acciones que les afecten. Se impone la obligación de escucharles, y por tanto, se deben crear las condiciones y espacios para que esto suceda en lo público y en lo privado.¹⁶⁹ (El subrayado me pertenece)

Nos queda claro que la opinión es válida sobre cualquier aspecto de la vida de los niños y el Estado garantiza que se respetará dicha opinión. Es por eso que se puede afirmar que los niños pueden opinar acerca de su vida sexual ya que es un asunto que les afecta, y éste tema no está excluido en la norma. Además, cabe mencionar que el derecho a tomar decisiones

¹⁶⁸ Rachel Hodgkin y Peter Newell. *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Óp. cit., p. 156.

¹⁶⁹ *Id.*, p. 295.

sobre la propia sexualidad es un derecho constitucional respecto a todas las personas: Art. 66 numeral nueve.- “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.”¹⁷⁰

Dicha norma citada es común a todas las personas, por lo que se incluye a los menores de dieciocho años. Al respecto el doctor Simon señala que “En esta regla se encuentran incluidos los menores de 18 años, pero el ejercicio de este derecho se encuentra especialmente ligado a la edad y madurez.”¹⁷¹ Recordemos que los menores de edad tienen los mismos derechos comunes a las personas, más otros específicos para su edad. Este derecho incluye el tomar decisiones sobre su sexualidad. Para ello, como ya lo he argumentado, el Estado debe proveer de toda la educación sexual necesaria para que los menores de edad tomen decisiones responsables e informadas. Están en su derecho de exigir dicha información para poder ejercer su derecho plenamente.

Estos dos derechos constitucionales están claramente violentados en las normas penales que hemos estudiado previamente. Los mayores de catorce años y menores de dieciocho, que son el caso de estudio de este presente trabajo, tienen el derecho a tomar decisiones responsables sobre su sexualidad. Dichas decisiones deben estar ligadas a la educación sexual que deben tener y a la madurez de cada joven. En el caso de que una mayor de catorce años tome la decisión responsable de mantener relaciones sexuales con su pareja y expresa en un juicio de estupro que fue con su consentimiento, pues estamos frente a una conducta que no puede ser punible porque es el ejercicio correcto de dos derechos constitucionales. La norma al establecer la no relevancia de dicho consentimiento está vulnerando el derecho a opinión del menor en un asunto que le afecta directamente, el cual es su vida sexual.

De la misma manera, el doctor Simon expresa su opinión acerca del derecho a ser consultados de los menores de edad sobre temas de su vida sexual:

(...) las personas de menos de 18 años tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afectan, y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta de acuerdo a

¹⁷⁰ Constitución de la República del Ecuador 2008. Artículo 66. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁷¹ Fartih Simon. *Derechos de la Niñez y Adolescencia. Tomo II. Óp. cit.*, p. 79.

la evolución de sus facultades, por esto en caso de los adolescentes creemos que en los temas sobre su vida sexual deben tener la posibilidad de expresar su consentimiento directamente (cuando sus condiciones de edad y madurez así lo determinan).¹⁷²

4. La opinión será tomada en cuenta por las autoridades en función de la edad y la madurez

Esta formulación al igual que la de estar en condiciones de “formase un juicio propio” son desacertadas ya que dejan abierta la puerta a gran debate e interpretación. Frente a este notable problema, el doctor Simon encuentra una solución muy acertada para entender esta descripción de la norma:

Es evidente que las frases “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”, y que “sus opiniones se tendrán en cuenta en función de su edad y madurez” son de difícil aplicación y pueden generar más de un problema al momento de su utilización práctica, pero se relaciona con lo establecido en el artículo 5¹⁷³ respecto a que la orientación de los padres para el ejercicio de los derechos se de “en consonancia con la evolución de sus facultades”.¹⁷⁴ (El subrayado me pertenece)

Podemos observar que para poder valorar correctamente la opinión de los menores de edad se debe tomar en cuenta la madurez individual, la edad y la evolución de sus facultades. Respecto a la madurez, cada niño pasa por este proceso de distinta manera y a diferente edad. Existen muchos factores internos y externos, como por ejemplo: la educación escolar, los valores del hogar, la educación en el hogar, la influencia de los medios de comunicación, las amistades, entre muchos otros, que van marcando la distinción entre uno y otro. Además, la madurez es un proceso evolutivo no es algo que sucede de un día al otro. Hay personas que, a pesar de ser mayores de edad, aún no logran el proceso de madurez, mientras que otras a corta edad lo alcanzan. Un ejemplo de esto es que muchos menores de edad por sus condiciones sociales y económicas, deben a corta edad asumir el papel de padres o madres del hogar. Esto sucede con frecuencia en hogares donde hay ausencia de padre o madre

¹⁷² *Id.*, p. 82.

¹⁷³ Convención de los Derechos del Niño. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005, Art. 5: “ Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

¹⁷⁴ Fartih Simon. *Derechos de la Niñez y Adolescencia. Tomo I.* Óp. cit., p. 124.

debido a la inmigración. Los hijos, al asumir ese papel, se ven en la necesidad de tomar decisiones importantes y de llevar una vida muy responsable. Lo que tiene como consecuencia un proceso de madurez precoz.

De igual manera se ha pronunciado el Comité, aclarando que la madurez no está ligada solo a la edad y que depende del entorno del niño para poder examinar caso por caso el nivel de madurez que tiene el niño para expresar su opinión:

29. Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.¹⁷⁵

Por lo anteriormente expuesto no se puede establecer una edad específica en la que se asuma que las personas están maduras. Conuerdo con la opinión del doctor Simon, quien señala que:

Por la forma de redacción de la norma es imposible ubicar “una” edad a partir de la cual se debe escuchar una persona menor de 18 años, pero se debe diferenciar el caso de los adolescentes que normativamente es obligatorio escucharlos (inclusive expresan “consentimiento” en algunos casos).¹⁷⁶

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño estipula una definición para el término “madurez” y explica que mientras más afecte al niño el tema, más se debe evaluar su opinión dependiendo su madurez.

30. "Madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse

¹⁷⁵ Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 12. Ginebra, 2009, párr. 29.

¹⁷⁶ Fartih Simon. *Derechos de la Niñez y Adolescencia. Tomo II. Óp. Cit.*, p. 297.

en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.¹⁷⁷

Claramente, no es lo mismo la opinión de un niño de cinco años que de uno de quince. El primero no está en condiciones para entender muchas conductas, mientras que el segundo si lo está. Es por eso, que en el presente trabajo no hay discusión sobre los menores de catorce años de edad. A partir de dicha edad, sí se debe tomar como relevante su opinión en función de su madurez. Asimismo, el autor Cabrera concluye, tras su trabajo investigativo, que desde los catorce años los jóvenes están facultados para discernir y hacer uso pleno de su derecho a la opinión.¹⁷⁸

El tercer aspecto es la evolución de las facultades de los menores. Como dije anteriormente esto depende mucho de factores internos y externos de cada niño, por lo que deberán ser evaluados caso por caso. Sin embargo, mientras más responsabilidades van adquiriendo los jóvenes, más evolucionan sus facultades. Con respecto a este punto el doctor Simon señala lo siguiente: “A medida que los niños van adquiriendo competencias cada vez mayores se reduce la necesidad de recibir orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto a las decisiones que afectan sus vidas.”¹⁷⁹ Además, mientras el menor adquiere más madurez, puede participar directamente y sus patrocinadores en juicio deberán expresar los deseos del menor.¹⁸⁰

Estos mismos tres aspectos deben ser tomados en cuenta en un enjuiciamiento del delito de estupro. La víctima u ofendida debe emitir su opinión sobre el hecho ocurrido. Si ésta consintió en el acto, esa opinión es relevante. Al ser mayor de catorce años está en una edad en la cual comprende los actos y sus consecuencias. Además, el psicólogo respectivo deberá medir, con el respectivo examen psicológico, la madurez de la víctima para tomar la decisión correcta del caso. También, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias en las cuales

¹⁷⁷ Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No. 12*. Ginebra, 2009, párr. 30.

¹⁷⁸ Juan Pablo Cabrera Vélez. *Interés Superior del Niño*. Quito: Cevallos, 2010, p. 138.

¹⁷⁹ *Id.*, p. 298.

¹⁸⁰ Ricardo C. Pérez Manrique. “Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes.” *Óp. Cit.*, p. 580.

se otorgó dicho consentimiento. Al llevar a cabo estos pasos, se estaría dando cumplimiento a la norma.

Por otro lado, tanto el Comité de los Derechos del Niño como la Corte IDH, han resaltado la importancia de que las opiniones dadas por los niños sean tomadas en cuenta. No solo deben ser escuchadas sus opiniones, sino valoradas y deben ser importantes al momento de resolver el caso:

200. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño²²⁷. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso²²⁸. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. (...) ¹⁸¹

5. El niño tendrá la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

La opinión del niño debe ser escuchada no sólo en los asuntos que les afecte, sino también en los procedimientos judiciales y administrativos que les afecten. Esta formulación es respetada en muchos procedimientos. En el CNA se establecen una serie de normas en las cuales la opinión del niño debe ser escuchada dentro de los procedimientos:

En la **aplicación del principio interés superior del niño** (artículo 11); en casos de **inscripción tardía** para decidir sobre el nombre que se hará constar en la inscripción (artículo 36); para confiar el ejercicio de la **patria potestad y la tenencia** (artículo 106 y 118); en la **adopción** (artículo 156, 165, 173, 285); para resolver el **acogimiento familiar** (artículo 229); en la **acción administrativa de protección** de derechos (artículo 238); en la escuela, al establecer el artículo 249 la sanción en caso de que se impida a un menor de edad expresar su opinión en los asuntos que son de su interés; en los **procesos judiciales** (artículo 273); y, en los **procesos de mediación** (artículo 295).¹⁸² (Negrita me pertenece)

¹⁸¹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 239, párr. 200.

¹⁸² Farith Simon. *Derechos de la Niñez y Adolescencia. Tomo II*. Quito: Cevallos, 2009. p. 296

Por lo expuesto, nuestro Código de la Niñez contiene el derecho de opinión de los niños en una serie de normas. El proceso penal de estupro constituye un procedimiento judicial. Por lo tanto, la opinión del mayor de catorce años debe ser relevante y tomada en cuenta. La norma constitucional del derecho de opinión no excluye proceso judicial alguno, por lo que se deduce que el de estupro se encuentra contemplado por la norma.

Un aspecto que me parece importante mencionar es que la opinión del menor de edad es valorada y tomada como relevante en procedimientos que son determinantes para la vida del menor como son en los juicios de tenencia, patria potestad, adopción, entre otros. Si en esos juicios es imprescindible la opinión de los menores, de igual manera lo es en el de estupro. Al juzgar este delito no sólo hay una importancia en la vida de la víctima sino también del demandado. La víctima tiene su derecho a opinar y a decir que tomó la decisión de mantener relaciones sexuales con el demandado, lo cual significa que la víctima tomó una decisión importante en su vida. De igual forma, ese consentimiento determina la vida del supuesto perpetrador ya que le salva de una privación de libertad hasta por tres años que definitivamente puede cambiar su vida para siempre.

También, la CIDH, en su opinión consultiva No. 21¹⁸³, ha agregado que participación de los niños es en cada una de las etapas judiciales o administrativas. Ellos deberán contar con todas las garantías procesales establecidas en la Constitución. Su participación se hace sumamente necesaria para poder resolver conforma a su mayor conveniencia.

122. Resulta pertinente primeramente señalar que los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña o niño participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño²¹⁹, el cual contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña o niño se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino²²⁰. La Corte recuerda que las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a

¹⁸³ En esta Opinión consultiva la CIDH establece la relevancia de la opinión de los niños en los casos de separación familiar cuando por su condición migratoria son expulsados del país.

su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños²²¹. (...) ¹⁸⁴

Por último, debo mencionar el Artículo 424 de la Constitución¹⁸⁵ el cual establece que las normas del ordenamiento jurídico deben estar conformes a la Constitución, caso contrario carecen de eficacia jurídica. La norma del COIP sobre la no relevancia del consentimiento del menor de edad quebranta dos normas constitucionales que hemos estudiado, por lo que carecería de eficacia.

2.4 Jurisprudencia

En este apartado expongo algunos casos en los cuales es interesante observar la forma en que los jueces han ignorado el consentimiento de la ofendida, estableciendo una pena privativa de libertad sin ningún tipo de razonamiento lógico. Sin embargo, muy pocas cortes han dado relevancia al consentimiento en sus sentencias, respetando así los derechos constitucionales de la ofendida y del demandado. Un aspecto muy curioso es el hecho de que las sentencias y el concepto del consentimiento del ofendido menor de edad no ha tenido ninguna evolución a través del tiempo, ni ha cobrado relevancia. Esto lo podemos evidenciar en la sentencia condenatoria de estupro y rapto contra el Sr. Pazmiño de 1967. De los hechos podemos concluir que la ofendida tenía quince años al momento que consintió en escaparse de sus padres con su enamorado de más de un año de relación. Ellos se pusieron de acuerdo, se escaparon y mantuvieron relaciones sexuales. La Corte establece que la menor fue seducida y engañada por su enamorado, fundamentando que “El enamorado que cautiva a una menor, ejerce irresistible influencia en su ánimo por medio del atractivo físico-moral, de amor para defenderse del cual aquél no está preparada a causa de su edad.” (El subrayo me

¹⁸⁴ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC 21/14*, 19 de agosto de 2014, párr. 122

¹⁸⁵ Constitución de la República de Ecuador, 2008. **Art. 424.**- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.” (El subrayado me pertenece)

pertenece). Por lo que la Corte de tercera instancia le impone al acusado una pena de dos años de reclusión menor por los delitos de rapto y estupro.¹⁸⁶

De igual manera, en un caso reciente, seguido contra el Sr. Marcatoma resuelto por la Corte Nacional de Justicia en el año 2009, se desprende que se ratifica la sentencia contra el demandado por delito de estupro, consistente en la pena de seis meses de prisión correccional. Queda comprobado con los hechos que la menor consintió en las relaciones y que las mantuvieron durante un largo periodo de tiempo. El demandado alega que la ofendida ha declarado que no fue engañada ni seducida, tampoco se le ofreció promesa de matrimonio. Consecuentemente, recurre fundamentando su petición en que no se configuran los elementos del tipo penal del estupro. La Corte fundamenta que el menor de edad no tiene la experiencia para consentir y que la seducción se la puede dar a través del atractivo físico sexual del perpetrador:

(...) Al respecto, en nuestro sistema penal las relaciones sexuales con una menor de edad, aunque sean consentidas son ilícitas, porque afectan al natural desarrollo biopsicológica de la personalidad de la menor que consiente, razón por la cual se trata de una forma de violencia sexual, porque el consentimiento lo presta una persona en estado de indefensión, que por su corta edad no tiene la experiencia suficiente para darse cuenta de las consecuencias de sus actos de entrega sexual, de tal modo que; tal consentimiento puede ser obra del atractivo físico sexual que ejerce el sujeto activo del delito, que por tal consideración es un seductor. En efecto, la seducción se refiere exclusivamente a la atracción física sexual que ejerce el sujeto activo para obtener el consentimiento del menor para la cópula carnal. En tal virtud, para que se configure el delito de estupro es suficiente que la menor haya consentido en la relación sexual ante el requerimiento del seductor.¹⁸⁷
(El subrayado me pertenece)

Considero absurda la conclusión de la Corte ya que acepta que no hubo engaño y que la víctima consintió libremente, sin embargo asume que la seducción se da a través de la atracción física sexual del demandado sin comprobar los elementos del tipo del estupro. Más preocupante aún, usando el mismo criterio que aplicaron los jueces en el año 1967 de que se presume que el menor fue engañado por la atracción que ejerce el mayor de edad. La Corte asume que la víctima no estaba en la capacidad o madurez de consentir, presume que fue

¹⁸⁶ GACETA JUDICIAL. Año LXXI. Serie XI. No. 3. Pág. 350. Quito, 29 de septiembre de 1967.

¹⁸⁷ Corte Nacional de Justicia Segunda Sala de lo Penal No. 884-2009. Expediente 884, Registro Oficial Suplemento 28, 24 de Julio del 2013.

engañada. Además le parece suficiente criterio, merecedor de una pena, el hecho de que la ofendida haya aceptado, asumiendo nuevamente que el demandado fue quien propuso mantener las relaciones sexuales.

El caso Trajano López Paredes es, también, merecedor de observación ya que el Tribunal Penal de Tungurahua impone una pena de tres años de prisión correccional al señor Trajano por haber cometido estupro con una menor de edad. Dicha sentencia es muestra de cómo se aplica la ley a ciegas sin ningún razonamiento lógico, menos aun buscando hacer justicia. El juzgador sentencia al señor Trajano de estupro a pesar de las múltiples declaraciones de la ofendida que sostiene haber estado enamorada de él y de haber mantenido por varias ocasiones relaciones sexuales voluntarias, sin mediar ningún tipo de engaño. De esta manera declara la ofendida:

Al respecto en la declaración preprocesal rendida por la menor en presencia de su padre como representante legal, manifiesta que conoce a John López desde cuando tiene uso de razón ya que "vivía con nosotros"; que a los doce años fue su enamorada y mantuvo relaciones sexuales en forma libre y voluntaria, habiendo perdido su virginidad en una relación que la tuvieron en el comedor de su casa, que nunca le ofreció matrimonio. Aclara que hace tres años López Paredes se casó con otra chica, pero a pesar de eso continuaba teniendo relaciones con él en forma libre. Esta declaración preprocesal es ratificada por la menor en su declaración instructiva que consta a foja 27 del cuaderno del sumario, pues afirma: Que su primera relación sexual la tuvo en el comedor de su domicilio, a la edad de doce años, con John Trajano López Paredes, sin que haya habido intimidación de ninguna clase y sin la utilización de droga, declara que no hubo violación ya que se encontraba enamorada de él y que continuó manteniendo relaciones con él en forma voluntaria no obstante que él ya se casó.¹⁸⁸ (El Subrayo me pertenece)

Por fortuna, la Corte Suprema de Justicia de la Primera Sala de lo Penal declara absuelto al señor Trajano tomando en cuenta las afirmaciones de la ofendida. Sostiene que no se han probado engaño y que la relación fue libre y voluntaria por lo que no puede ser juzgado. Agrega que el querellante, quien es el padre de la ofendida, hizo la acusación de un delito que su propia hija desmintió. De esta manera argumenta la Corte la inocencia del señor Trajano López:

No hay constancia en autos de prueba o referencia alguna en la sentencia sobre engaño o seducción del procesado, siendo la propia declaración de la agraviada la que demuestra

¹⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal. Expediente 157. Registro Oficial 332 de 23 de mayo de 2001.

que la cópula con John López Paredes no fue resultado de seducción o engaño, sino de su enamoramiento y libre consentimiento que pese, a la minoría de edad, reafirma la inexistencia de arte y maña para persuadir a dicha menor y vencer su voluntad, aspectos que no han sido probados en esta causa, por lo que se estima procedente el recurso, al no haberse comprobado conforme a derecho la existencia del elemento esencial para configurar la infracción acusada, esto es la seducción o engaño a la menor de edad, hija del acusador particular, para obtener su consentimiento.¹⁸⁹ (El Subrayado me pertenece)

Esta sentencia de la Corte Suprema es una muestra de que los juzgadores si le dieron relevancia al consentimiento de la menor, a pesar de que la ley dispone lo contrario. Sin embargo, impartiendo justicia y razonando de una manera lógica, llegan a la conclusión de que no hubo delito alguno. Es muy importante destacar que la Corte acepta que la ofendida haya consentido, negando así el empleo de engaño. Esto demuestra que no se debe presuponer que por ser menores de edad son engañadas, sino que se debe evaluar caso por caso las declaraciones de las ofendidas. Lamentablemente no todos los juzgadores hacen este tipo de razonamiento, por el contrario encontramos justificaciones ilógicas de Cortes que presuponen que si la víctima consiente ha sido por engaño, sin darle ningún tipo de razonamiento al asunto, como por ejemplo esta: “Lo expuesto nos permite señalar, que para la configuración del delito de estupro, se requiere que exista, el consentimiento de la víctima el cual ha sido conseguido mediante engaño o seducción, por lo que en si el consentimiento se encuentra viciado.”¹⁹⁰

Por otro lado, la relevancia del consentimiento de la víctima evita que se lleven a cabo denuncias y juicios impulsados por venganza, iras, represalias, entre otras. Cuando el juzgador valora con razonamiento y sana crítica las pruebas y considera relevante el consentimiento de la víctima, haya sido expreso o por actos inequívocos que hagan presumir su existencia, se puede evitar enjuiciar a personas que no han cometido delito alguno. Un ejemplo de esto es el caso contra el señor Sarmiento Loja. El Tercer Tribunal de lo Penal de Azuay declara culpable al señor Sarmiento por delito de violación y le imponen la pena de doce años de reclusión mayor. La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia haciendo un análisis lógico y valorando las pruebas adecuadamente revoca la sentencia y lo

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal. Resolución No. 656-2013-Sala Penal, contra el Señor William Chicaiza Chiluiza.

absuelve al acusado. La Corte toma en cuenta que el ofendido y otros testigos declaran que éste mantuvo relaciones sexuales consentidas con la ofendida, con la cual salía algunas semanas. En esa fiesta se encontró con la ex enamorada y decidió regresar con ella. Por lo que la ofendida con muchas iras salió de la fiesta e hizo la denuncia alegando violación:

(...)seguimos teniendo relaciones, salimos a la sala a las tres de la mañana, estuvimos conversando, ella se fue a la cocina y estaba mi ex novia y me acerque a ella, nos pedimos disculpas y volvimos a ser novios, ella vino enojada y quería pegarla a ella, vino José y me dijo que me retire, estaba yéndome a mi casa por Indurama, han llamado a la Policía y a pocas cuerdas vino la Policía y me cogen diciéndome que estaba detenido por violación, ella me dijo que de ella nadie se burla, (...) ¹⁹¹

En este caso el juzgador valora correctamente las pruebas y observa que la víctima mantuvo relaciones sexuales consentidas y hubo testigos de ello. Los actos llevados a cabo por la ofendida mostraron su consentimiento, por lo que la denuncia fue hecha por venganza. El Juzgador tomo en cuenta dicho consentimiento, que fue probado por los actos inequívocos que muestran que ella quiso mantener relaciones sexuales con el ofendido, y reconoció que ese consentimiento es incompatible con un delito ya que fue por motivos como venganza: “(...)se acepta el recurso de casación presentado por el acusado Juan Alberto Sarmiento Loja y corrigiendo los errores de derecho en la sentencia condenatoria de mayoría, se la revoca y en su lugar acogiendo la sentencia de minoría se dicta sentencia absolutoria.” ¹⁹²

Por el contrario, otro caso fuera de toda lógica es el caso de estupro contra el señor Bermello Vera, a quien el Tribunal Quinto de lo Penal de Manabí lo sentenció con la pena de cuatro meses de prisión. La Corte Suprema de Justicia recibe el recurso de casación y actúa contra toda sana crítica al sentenciar al demandado, a pesar del testimonio otorgado por la ofendida la menor Moreira:

En el testimonio de Betsy Moreira Farias, en el que afirma que con el imputado fueron enamorados y por ende mantuvieron relaciones sexuales, aclarando que se quisieron casar pero sus padres no estaban de acuerdo; que cuando se fue de su hogar, con Bermello Vera, lo hizo por amor y voluntariamente, jamás hubo violación; c) Los testimonios de José Antonio Moreira y Zoila Narcisa Farias Moreira, padres de la menor agraviada acusan al reo de ser autor del delito de violación en perjuicio de su hija; y, Wilmer Alexis Intriago; Edison Jacinto Ramos Zambrano, Manuel Lizardo Varela, indican que toda la población del cantón Pichincha conocían que el acusado y la ofendida eran enamorados, afirman también

¹⁹¹ Corte Nacional de Justicia, Segunda Sala de lo Penal. Expediente de Casación 182. Registro Oficial Suplemento 24 de 17 de julio de 2013.

¹⁹² *Ibíd.*

que en el día que ocurrieron los hechos, a las 02h00 vieron a la menor con Bermello Vera, tomados de la mano y abrazados.¹⁹³ (El Subrayado me pertenece)

Podemos observar que la ofendida declara haber mantenido relaciones sexuales con su enamorado libre y voluntariamente. Los padres que no estaban de acuerdo con que se casaran, motivo por el cual hicieron la denuncia de estupro contra el demandado. Además, otros testimonios indican que ellos eran enamorados y todos sabían ese hecho. A pesar de estas declaraciones, la Corte omite todas estas declaraciones y condena al señor Bermello a dos años de prisión:

(...) acogiendo parcialmente el criterio del Ministerio Público casa la sentencia y condena a Fulton José Bermello Vera, ecuatoriano, mayor de edad, soltero, católico, de ocupación estudiante, nacido en el cantón Pichincha, al cumplimiento de la pena de dos años de prisión, fundada en lo dispuesto en los Arts. 509 y 511 del Código Penal (...) ¹⁹⁴ (El Subrayado me pertenece)

Se puede apreciar en este caso la importancia que tiene el consentimiento de la víctima y las circunstancias en que éste se otorga. En este caso, el demandado y la ofendida estuvieron de acuerdo en mantener relaciones sexuales y el consentimiento fue dado en el contexto de que eran enamorados y tenían intenciones de casarse. Por lo que me pregunto, ¿cómo puede sentenciarse con dos años de prisión y arruinarle la vida al demandado, después de que han declarado que se querían casar y que lo hicieron con consentimiento? Es un acto injusto, contrario a la sana crítica y a los derechos constitucionales anteriormente vistos, el hecho de sentenciar a alguien por haber mantenido relaciones con la enamorada con la que querían casarse y darle un trato como un delincuente.

Otro caso que cabe analizar el argumento erróneo de la Corte, la cual sostiene que el derecho a tomar decisiones sobre la propia vida sexual es un derecho para los mayores de edad por lo que el consentimiento de los menores están viciados y asumen que son obtenidos mediante engaño:

Es importante dejar en claro que la Carta Magna, anterior en su Art. 23 numeral 25, hoy Art. 66 numeral 9 de la Constitución Política de la República, vigente, consagra como

¹⁹³ Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Penal. Expediente de Casación 116. Registro Oficial 88 de 21 de mayo de 2007.

¹⁹⁴ *Ibíd.*

derecho de la persona a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual, derecho que cobra plenitud a partir de los 18 años de edad de todo ser humano, puesto que el Art. 51 de la anterior Carta Política, hoy Art. 175 de la Carta Magna vigente, coloca a los niños, niñas y adolescentes bajo la legislación de menores y sujetos a un régimen de administración de justicia especializada, ubicando a dichas personas dentro del grupo de personas vulnerables cuya protección proclama instituyendo el principio de interés superior del niño que luego en la legislación especial de menores declara como principio de interpretación, y que en la parte final del Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que adolescente es la persona que se encuentra entre los 12 y 18 años de edad, todo lo cual nos lleva a concluir, que las manifestaciones de voluntad y consentimiento dados por la menor de edad adolecen de vicio y se entiende que su consentimiento se lo ha obtenido mediante engaño (...)¹⁹⁵ (El Subrayado me pertenece)

Estoy en total desacuerdo con este argumento ya que la misma Carta Magna establece que los menores de edad tienen los mismos derechos comunes al ser humano y además cuentan con los específicos de su edad. Por lo tanto, el derecho a tomar decisiones sobre su vida sexual, como lo expuse en apartados anteriores, es un derecho de los menores de edad que debe ser valorado dependiendo de su madurez. Además, la Corte parece olvidar que dar el consentimiento es un derecho constitucional de los jóvenes y que no se puede presumir que solo den su opinión porque son engañados. La misma Constitución exige que se tome en cuenta las opiniones de los menores de edad en los asuntos que les afectan.

Otro caso que vale la pena mencionar es el seguido contra el señor Saetama Ordoñez. La Primera Sala de la Corte Superior de Zamora dicta sentencia condenatoria en su contra y establece la pena de dos años de prisión correccional por el delito de estupro. Se casa la sentencia y la Corte Suprema de Justicia es la competente para conocer el recurso. De los hechos se deduce que la menor de edad y el acusado han mantenido relaciones sexuales y se encuentran viviendo juntos, por lo que el padre de la menor presenta una denuncia en la fiscalía alegando que su hija habría sido violada por el demandado. La Corte de Zamora emite una sentencia absurda condenando al demandado a prisión, a pesar de que ambos sostienen que tienen una relación amorosa, que viven juntos y que ella ha consentido en las relaciones sexuales. Sin embargo, la Corte Suprema realiza un buen análisis ya que da relevancia a la

¹⁹⁵ Corte Nacional de Justicia, Segunda Sala de lo Penal. Expediente de Casación 625, Registro Oficial Suplemento 186 del 01 de septiembre de 2011. Seguido por estupro contra Manuel Vargas Maldonado.

opinión de la víctima y acepta que ese consentimiento es válido, a pesar de que la víctima tiene la edad de quince años:

(...) ha de analizarse la declaración de Manuel de Jesús Saetama Ordóñez de fojas 29 en la que señala que en ningún caso ejerció intimidación, seducción o fuerza para copular con la menor, una vez que esta tuvo pleno conocimiento y consentimiento de lo ocurrido. Añade que esto se explica, por cuanto son enamorados y por tal causa cuenta con el pleno consentimiento de N.N. Este análisis lleva a la Sala a la conclusión de que no hay el elemento intencional ilícito propio del delito de estupro, sino la existencia de relaciones normales entre una pareja, por mucho que ella tenga la edad de quince años y él la de veinticinco, pero queda en evidencia el pleno acuerdo de voluntades para convivir como lo han venido haciendo.¹⁹⁶ (El Subrayado me pertenece)

La Corte de manera lógica casa la sentencia y absuelve al denunciado el señor Saetama ya que la ofendida mantiene una relación amorosa con el denunciado y ambos han aceptado que viven juntos y que ambos han consentido en las relaciones, por lo que no se ha demostrado el delito de estupro:

QUINTO: De las declaraciones que obran de autos rendidas por la menor, asistida por el respectivo curador, se infieren, que esta de modo enfático asegura en primer término su relación amorosa con el sentenciado y luego su decisión plena y voluntaria para tener relaciones sexuales por su personalísima aquiescencia. Finalmente el recurrente agrega un escrito en el que manifiesta que se halla unido de hecho a la menor, manteniendo un estado de convivencia permanente, afirmación que no ha sido desmentida en forma alguna por la contraparte lo que clarifica aún más el caso en el sentido de que ambas partes están totalmente de acuerdo en mantenerse en ese estado de relación.¹⁹⁷ (El Subrayado me pertenece)

Otro caso digno de análisis es el seguido contra Sixto Suquilanda Guamán por el delito de estupro. De los hechos se puede extraer que la menor de edad, de catorce años ocho meses, mantuvo relaciones sexuales con su enamorado el demandado durante tres ocasiones de forma voluntaria, consecuentemente se quedó embarazada. Varios testimonios acreditan que ellos eran enamorados y el demandado en su testimonio señala que se quiso casar con la ofendida pero ella no quiso por temor a su padre. Es por ello, que el Tribunal Penal de Zamora Chinchipe emitió sentencia absolutoria contra el demandado, alegando "tener certeza, de que en el caso que nos ocupa, no hay el elemento intencional ilícito propio del estupro, sino la

¹⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal. Gaceta Judicial Año CI. Serie XVII. No. 3, p. 756 de 28 de julio de 2000.

¹⁹⁷ *Ibíd.*

existencia de relaciones amorosas entre una pareja, quedando evidenciado el pleno acuerdo de voluntades.¹⁹⁸ (El Subrayado me pertenece)

El Ministerio Público caso la sentencia y la Corte Suprema de Justicia conoció la presente causa. Dicha Corte reconoce que de los testimonios llevados a cabo se puede extraer que las relaciones amorosas y sexuales mantenidas entre la ofendida y el demandado fueron libres y voluntarias: “(...) con el testimonio de la víctima y el prestado en la audiencia de juzgamiento, con juramento por parte del acusado, en los que ambos admiten haber sido enamorados y haber mantenido relaciones sexuales en forma libre y voluntaria (...)”¹⁹⁹ (El Subrayado me pertenece)

Sin embargo, la Corte argumenta que pese a que fueron consentidas las relaciones sexuales, el derecho a tomar decisiones libres y voluntarias acerca de su vida sexual es un derecho reservado para las personas que han cumplido la mayoría de edad, ya que los menores de edad son un grupo vulnerable protegido por la legislación. Consecuentemente, concluye lo siguiente:

(...) todo lo cual nos lleva a concluir, que las manifestaciones de voluntad y consentimiento dados por la menor de edad adolecen de vicio y se entiende que su consentimiento se lo ha obtenido mediante engaño; esto es que el acusado en su condición de enamorado alcanzó mediante engaño el consentimiento de la víctima para lograr el acceso carnal, perfeccionándose de ese modo el delito tipo de estupro, establecido en el Art. 509 del Código Penal, por lo que el juicio de valor emitido por el Tribunal Juzgador en sentido contrario, resulta errado (...)²⁰⁰

La Corte finaliza declarando procedente el recurso y le impone una pena de prisión correccional de 30 días. Como lo he expuesto anteriormente, el argumento de la Corte carece de peso ya que es un derecho que abarca a los menores de edad y además se olvida de mencionar el derecho constitucional a la opinión. Además, me parece absurdo sostener que la ofendida ha sido engañada por la condición de estar enamorada. Al no haberse probado que fue engañada se está juzgando sin cumplir con la descripción del tipo penal.

¹⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal. Proceso 174-07. Sentencia 12 de abril de 2007. Publicado en el Registro Oficial 388 de 24 de Julio de 2008.

¹⁹⁹ *Ibíd.*

²⁰⁰ *Ibíd.*

En esta sentencia hay un voto salvado en el cual se da un mayor análisis al tipo penal del estupro. El juez argumenta que en el caso de violación de menores de catorce años el sólo hecho de mantener una relación sexual constituye el delito, pero que en el estupro se debe probar el dolo en la relación sexual:

(...) que indudablemente en el caso del estupro, debe de probarse el dolo en la cópula con una persona, empleando la seducción o engaño, si no existe estos elementos es indudablemente que no puede existir este delito, conclusión a la que correctamente llega el Tribunal Juzgador de Zamora Chinchipe.²⁰¹

Por lo que declara improcedente el recurso interpuesto por el demandante. Me parece correcta la opinión del voto salvado ya que muchos jueces simplemente asumen que porque es menor de edad fue engañada. Esto se debe probar para que se constituya el delito. Caso contrario estamos frente un acto voluntario que no puede ser penado.

Otro caso en el cual no le dan relevancia alguna al consentimiento es en el juicio seguido contra el señor Paillacho Armero en la Unidad de Flagrancia. Se desprende de los hechos que la madre de la ofendida pidió a la policía de Pifo que le ayuden a buscar a su hija, menor de quince años de edad, en el domicilio del demandado ya que había desaparecida de su hogar el fin de semana. La ofendida manifestó que ella había ido a la casa del demandado, de veinte años de edad, y había consentido en tener relaciones sexuales con él. El policía que estuvo a cargo manifestó lo siguiente: “la menor supo manifestar que había tenido relaciones sexuales por su propia voluntad, motivo que procedimos a detener al mencionado ciudadano.”²⁰² Posteriormente en la Audiencia de Calificación de Flagrancia se vuelve a mencionar que “en virtud que su hija estaba en el domicilio del señor hoy detenido para lo cual acude la policía hasta el domicilio de dicho señor donde se encuentra a la menor quien ha indicado que ha tenido relaciones sexuales por su propia voluntad y solicita calificar la legalidad de la detención y la flagrancia”²⁰³. Por lo que la jueza concluye que se constituye el delito de

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² Juzgado Décimo Noveno de Garantías Penales. Juicio No. 2013-0199 seguido en contra del señor José Fabricio Armero Paillacho. 30 de agosto de 2013.

²⁰³ Unidad Judicial de Garantías Penales de Pichincha con competencia en delitos flagrantes. Expediente No. 17281-2013-1805, 23 de junio de 2013.

estupro y ordena prisión preventiva. Por último en sentencia el juez sostiene que se cometió el delito de estupro y que el acusado aceptó haber mantenido relaciones con la menor por lo que dicta sentencia condenatoria de cinco meses de prisión correccional para el demandado.²⁰⁴

Nuevamente podemos observar la detención de un chico de veinte años, después de que la ofendida fue a su casa a tener relaciones sexuales voluntariamente. Claramente, se desnaturaliza al delito de estupro y se condena a personas que no son delincuentes.

2. 5 Opiniones de Profesionales

Entrevisté a tres especialistas que cuentan con amplia experiencia laboral respecto al tema de los adolescentes. Les pregunté su opinión sobre si los mayores de catorce años y menores de dieciocho años están en la capacidad psicológica de acceder a tener relaciones sexuales, y si ellas tomarían como relevante su consentimiento.

a. Opinión de Trabajadora Social del Juzgado Décimo Séptimo de la Niñez y Adolescencia: En su criterio los adolescentes en dicho rango de edad no han adquirido aún madurez suficiente para medir las consecuencias de sus actos. Los adolescentes acceden a tener relaciones sexuales por un impulso, pero no tienen un razonamiento objetivo de lo que están haciendo. Para ella, su consentimiento debe considerarse relevante desde los dieciocho años, una vez que han salido del colegio con enseñanzas en temas sexuales.²⁰⁵

b. Opinión de la Psicóloga Clínica del Juzgado Décimo Séptimo de la Niñez y Adolescencia: En su criterio el consentimiento debe ser tomado en cuenta dependiendo de las circunstancias. Cuando los jóvenes tienen formación en sus hogares sobre la sexualidad vinculada al amor, ellos están en capacidad de consentir. Por el contrario, cuando el tema de la sexualidad es un tabú en el hogar, cuando los jóvenes sienten carencia de afecto, no están en la capacidad de consentir. Los jóvenes, es éste último supuesto, sienten culpa, vergüenza de sus acciones por lo que lo hacen a escondidas. En su experiencia el inicio sexual en la sierra es alrededor de los quince años, mientras que en la costa se inician alrededor de los

²⁰⁴ Unidad de Flagrancia de Garantías Penales de Pichincha. Expediente No. 17281-2013-1805, 28 de noviembre de 2013.

²⁰⁵ Entrevista realizada el 15 de septiembre de 2014.

trece años de edad. Por lo que recalca, que el aprendizaje sexual debe estar vinculado a lo afectivo para que los jóvenes puedan ejercer su derecho a la sexualidad en óptimas condiciones. Por último, resalta que los jóvenes recién desde los veinte y un años empieza una etapa de madurez.²⁰⁶

c. Opinión de la Psicóloga Clínica de la Unidad de Protección de Víctimas y Testigos. También tiene gran vasta experiencia como perita en juicios con adolescentes:

En su opinión, basada en su experiencia como perita y como protectora de víctimas de delitos sexuales, los adolescentes tienen capacidad intelectual y formal de comprensión desde alrededor de los trece años. Por lo que expresa que los adolescentes que tienen deficiencias en sus emociones o carencias afectivas no están en la capacidad de tomar una decisión responsable. En cambio, los adolescentes que no tienen estas deficiencias o carencias, sí están en condiciones de tomar decisiones sobre su sexualidad. Señala que el exceso de información sexual en los medios de comunicaciones influye mucho en los jóvenes y va distorsionando su código de valores. Varias decisiones irresponsables tomadas por los jóvenes son por falta de información sexual y por falta de estructuras familiares. Por lo que dependerá de las experiencias, de la familia y de la comunicación que tenga cada joven.

Además, sostiene que cada caso debe ser estudiado. Se debe llevar a cabo un estudio de inteligencia de la víctima, en el cual se miden tres factores: la comprensión, el análisis y la escala de valores. Con este examen, el psicólogo puede presentar en juicio la conclusión sobre si la víctima está en las capacidades de entender su acción y sus consecuencias. Además, se lleva a cabo un estudio de credibilidad de víctimas. Estos dos exámenes son de gran importancia para la decisión final del juez. Señala que la falta de estos exámenes en los juicios flagrantes genera un gran problema.

Por otra parte, argumenta que hay casos de estupro y de violación que son denuncias falsas que pueden ser venganzas o represalias por parte de los padres o de la misma víctima. Esto se debe a que muchas veces la información sobre los delitos sexuales es exagerada y

²⁰⁶ Entrevista realizada el 15 de septiembre de 2014.

usada de forma incorrecta. En cambio, las verdaderas violaciones no son denunciadas por temor de las víctimas.

d. Argumento sustentado por ayudantes judiciales de la fiscalía especializada en delitos sexuales:

La respuesta que obtuve fue que la ley así lo establece y su accionar es apegado a la norma penal.

Por lo tanto, no hay un mayor cuestionamiento sobre la norma, sino que simplemente aplican la ley.

Capítulo 3: Legislación y Jurisprudencia comparada

Una vez analizada la legislación y jurisprudencia nacional, es menester observar lo que ocurre en otros países. La edad en la que los menores de edad pueden consentir en tener relaciones sexuales se ha convertido en un tema de debate en distintas legislaciones y encontramos opiniones encontradas. Por lo que a continuación expondré la normativa y el debate en otros países.

3.1 Argentina:

Es interesante observar el Art. 120 del Código Penal argentino en donde se contempla la figura del estupro. Se lo penaliza con pena privativa de libertad de tres a seis años a la persona mayor de edad que tiene relaciones con un menor de dieciséis años, valiéndose de la inmadurez del menor, de la relación de preeminencia del autor con la víctima, o de otras situaciones equivalentes. Por lo que podemos observar que se considera que los menores de edad que tienen dieciséis y diecisiete años sí están facultados por la ley penal para consentir en una relación sexual.

Art. 120

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

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119.²⁰⁷

El legislador argentino ha concluido acertadamente que no todos los menores de edad deben estar excluidos de su derecho a ejercer su sexualidad, sino que ha establecido que únicamente será penado cuando la víctima sea menor de dieciséis años. Otro aspecto muy importante, señalado en la norma, es que el autor para encuadrar en el tipo penal debe aprovecharse de la inmadurez sexual de la víctima o de una relación de preeminencia o de otra “situación equivalente”. Con estas expresiones el legislador expresa que son penalizadas las conductas en las cuales hay un aprovechamiento por parte del autor, dejando así abierta la posibilidad de que haya ciertas relaciones con menores que no encajen en el tipo penal. Una de estas posibilidades es las relaciones entre adolescentes como lo ha señala la autora Rodríguez:

Al regular la figura de estupro se ha optado correctamente por contemplar los factores que pueden viciar el libre consentimiento de los y las menores de dieciséis años. En este sentido, se desincriminan aquellas situaciones en las que se trata de noviazgos o relaciones entre adolescentes dado que no configuran situaciones abusivas que produzcan daño a la integridad y la salud mental de los y las menores.²⁰⁸

De igual manera, la jurisprudencia argentina ha establecido ciertos parámetros para determinar si hubo aprovechamiento de la víctima o no. Es muy interesante la opinión de la Corte ya que señala como ejemplo que el uso de los anticonceptivos es una muestra de que el menor de edad conoce sobre la sexualidad, por lo que no se cumpliría con el tipo penal. Otro aspecto relevante que señala el Tribunal es que se debe probar el aprovechamiento por parte del autor, aun cuando se ha declarado inmadura a la víctima.

(...) Si la ley exige aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, debe en primer lugar constatar que se trate de una cuestión de hecho que debe resolverse mediante el análisis racional de los elementos convictivos legalmente incorporados al proceso.

El uso de elementos anticonceptivos (para evitar embarazos no queridos), de prevención de contagios venéreos, o de cualquier otro tipo revelaría madurez sexual, o por

²⁰⁷ Código Penal Argentino. Artículo 120. : <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigopenalargentino.pdf>.

²⁰⁸ Marcela Rodríguez. “Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas.” *Las trampas del poder punitivo*. Haydée Birgin (comp.). Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000, p. 158.

lo menos, conocimiento acerca de la sexualidad incompatibles con el aprovechamiento exigido en el tipo.

Aun en el caso en que se haya acreditado la inmadurez, también debería probarse el aprovechamiento del sujeto activo, puesto que los principios del derecho procesal moderno no toleran la inversión del *onus probandi* y ello hace que, en el ilícito en cuestión, aquel extremo deba siempre probarse en forma positiva, efectiva y fehaciente. De modo que es exigencia típica, el aprovechamiento doloso de la inmadurez, circunstancia cuya prueba negativa no puede ser puesta en cabeza del imputado y mucho menos ser presumida en perjuicio.²⁰⁹

Esta interpretación que hace la Corte argentina es la muestra de que no se puede simplemente asumir que la víctima ha sido engañada o que se ha aprovechado de ésta por el simple hecho de que el autor es mayor de edad. Se debe hacer un profundo análisis de las circunstancias del caso, con el fin de probar si realmente la víctima es inmadura y si los actos que ha realizado demuestran dicho estado o no. Además, se debe demostrar la forma en la que el autor se ha aprovechado de la víctima, más no presumir que éste lo ha hecho por el simple motivo de ser mayor de edad.

En Argentina también ha habido debate sobre la participación de la víctima en el proceso. La autora Rodríguez expresa su desacuerdo en que la víctima no pueda dar su libre consentimiento dentro del proceso judicial en un caso de estupro. Ella observa dos consecuencias negativas a esta exclusión: la primera que la víctima resulta ser un simple objeto de protección, y la segunda que conlleva una solución igual de los casos de estupro:

La crítica más importante se refiere a la exclusión de la víctima del proceso, que se traduce en no darle ninguna consecuencia a su voluntad, a sus intereses ni a lo que ella considera adecuado. Así, no sólo se ha cosificado a la víctima como objeto lesionado, sino que previo una única respuesta automática e igual para todos los casos.²¹⁰ (El Subrayado me pertenece)

3.2 Uruguay

En este país se ha generado un fuerte debate en torno a la edad en que puede consentir la víctima para tener relaciones sexuales, ya que el artículo 272 de la ley penal señala que desde

²⁰⁹ Cám. Casación Penal. Buenos Aires: Sala I, 28-8-2003, “Oviedo, Cristian Andrés s/Recurso de Casación”, JUBA.

²¹⁰ *Id.*, p. 165.

que la víctima tiene doce años de edad se admite prueba en contrario a la violencia presumida. Esto significa que si el menor consintió se lo puede probar y no encajaría en el tipo penal.

ARTICULO 272.

Comete violación el que compele a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias o

amenazas a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse.

La violencia se presume cuando la conjunción carnal se efectúa: 1° Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años. No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere doce años cumplidos;

2° Con persona que, por causas congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, se halla, en el momento de la ejecución del acto, privada de discernimiento o voluntad;

3° Con persona arrestada o detenida, siempre que el culpable resulte ser el encargado de su guarda o custodia;

4° Con fraude, sustituyéndose el culpable a otra persona.

Este delito se castiga, según los casos, con penitenciaría de dos a doce años.²¹¹

Consecuentemente varios grupos de defensa de los menores se han pronunciado en contra de que no se presuma violación cuando se trata de un menor de doce años de edad. La Fiscal adjunta uruguaya Beatriz Scarpusio señaló que originalmente se quiso evitar la prostitución de menores con dicha norma y agregó: "En este país hoy se puede tener sexo con una mayor de doce años libremente si hay consentimiento", explicó.²¹²

El Coordinador del Comité de los Derechos del Niño, Juan Fumeiro, se pronunció en contra de esta norma acotando que los menores a los doce años no están en condiciones de comprender lo que una relación sexual implica.

(...) Con doce años una persona no está capacitada para entender todas las consecuencias de tener relaciones sexuales y a la situación de enfrentarse a una posible maternidad y lo que implican estas responsabilidades", apuntó.

También podía darse que fuera una relación de noviazgo bienintencionada. Eso no va a estar prohibido. Otra cosa es una situación de abuso de la persona con diferencia de edad que está ejerciendo cierta relación de dominio. Depende del contexto donde se dé el hecho, dijo Fumeiro.²¹³

²¹¹ Código Penal de Uruguay. Artículo 272. :

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080626_18.pdf

²¹² Andrea Cortizas. "Polémica por edad mínima para consentir actos sexual." *El País*. (Uruguay) 13/07/2014.

<http://www.elpais.com.uy/informacion/polemica-edad-minima-consentir-acto.html>.

²¹³ *Ibíd.*

Esta opinión es muy acertada ya que se toma en cuenta lo más conveniente para el menor. Queda claro que a los doce años el menor no está capacitado para consentir ni comprender lo que significa una relación sexual. Además, señala un aspecto sumamente importante para el presente trabajo de investigación, se debe tomar en cuenta el contexto en el que se da el consentimiento. Por lo que reiteró la importancia de analizar caso por caso y observar las circunstancias en torno a la voluntad de la víctima.

3.3 Costa Rica

En esta legislación, a mi juicio, han acertado en fijar la edad de la víctima del estupro, el cual sanciona con prisión de dos a seis años a quien tenga acceso carnal o introducción de objetos a un mayor de trece años y menor de quince años, aún con su consentimiento.

ARTÍCULO 26.-

No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo.

Artículo 159.-

Será sancionado con pena de prisión de dos a seis años, quien aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal con una persona de uno u otro sexo, mayor de trece años y menor de quince años, por la vía oral, anal o vaginal, con su consentimiento.

Igual pena se impondrá si la acción consiste en la introducción de uno o varios dedos, objetos o animales por la vía vaginal o anal.

La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando la víctima sea mayor de trece años y menor de dieciocho años, y el agente tenga respecto de esta la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador.

(Así reformado mediante el artículo 1° de la ley N° 8590 del 18 de julio del 2007).²¹⁴

El legislador de Costa Rica ha otorgado a los menores de edad, a partir de los quince años de edad, la facultad de consentir válidamente en una relación sexual. Por lo que, considera que los menores de quince años, no están en la edad suficiente para comprender sus actos. Me parece que en este país se ha hecho un correcto análisis social para expedir una norma que no afecte a los menores que ya pueden comprender y expresar su voluntad en una relación sexual libremente.

²¹⁴Código Penal de Costa Rica. Artículos 25 y 159.:
http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Costa_Rica.pdf

3.4 España

Esta legislación se ha caracterizado por tener fuerte debate acerca de cuál es la edad adecuada para consentir. Todo se originó en el caso “El Saboral”, en el cual una niña de trece años de edad murió a consecuencia de haber mantenido relaciones sexuales con un hombre de 39 años de edad.²¹⁵ En el anterior Código Penal constaba la edad de trece años, lo cual fue modificado debido a la gran cantidad de oposiciones que tuvo. Sin embargo, la ministra de sanidad, Ana Mato, propuso reformar el Código elevando la edad en la que pueden consentir los menores de edad en una relación sexual. Por lo que en la actualidad el artículo 182 del Código Penal establece el estupro con menores de dieciséis años de edad y mayores de trece. Por lo que se elevó la edad de consentir en tener relaciones sexuales de trece a dieciséis años. Este articulado contempla tanto al acceso carnal, como el acceso de objetos por la vía anal o vaginal.

Artículo 182.[Actos de carácter sexual. Tipos agravados]

El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3ª, o la 4ª, de las previstas en el artículo 180.1RCL 1995\3170 de este Código.²¹⁶

En el proceso de modificar la ley, hubo un gran debate sobre la edad adecuada, que debía constar en el Código Penal, en la que los menores de edad puedan consentir en una relación sexual. La edad fue elevada a los dieciséis años, por lo que, para mantener la concordancia entre normas, también se elevó a 16 la edad para poder contraer matrimonio.²¹⁷

²¹⁵ Lorena Moreno. “Relaciones sexuales cuando se es menor; el debate de la edad mínima.” *Zoom News*. 01/06/2013. <http://www.zoomnews.es/55220/actualidad/espana/adolescentes-maduros-sexo-pero-no-votar> (acceso: 28/10/2014)

²¹⁶Código Penal España. Artículo 182: <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-en-vigor.pdf>

²¹⁷ Vera Gutiérrez Calvo. “La edad mínima de consentimiento sexual pasará de los 13 años a los 16.” *El País*. 03/09/2013. http://politica.elpais.com/politica/2013/09/03/actualidad/1378239222_040657.html (acceso: 04/11/14)

Entre los argumentos en contra de elevar la edad del consentimiento, podemos encontrar quienes piensan que el Estado estaría desconociendo la realidad social de los jóvenes que deciden mantener relaciones sexuales voluntarias antes de los dieciséis años de edad. Otros sostienen que lo importante es la educación como prevención, más que fijar una edad en la ley penal.

Establecer la edad mínima de consentimiento en los 16 años supone negar la posibilidad de que los jóvenes tengan relaciones sexuales con anterioridad, so pena de incurrir en un delito, lo cual implica **desconocer la realidad social en la que nos movemos en la actualidad** ya que todos sabemos que muchas chicas y chicos tienen relaciones antes.²¹⁸

Por ello en lo que yo haría hincapié es en trabajar para reforzar las **medidas de prevención**, información y educación sexual igualdad, especialmente entre jóvenes adolescentes, pues la prevención es la mejor manera de luchar en contra este tipo de conductas que desgraciadamente son tan comunes en nuestra sociedad.²¹⁹

Además, un grupo de psicólogos se pronunciaron acerca del complejo tema que representa establecer la madurez de los jóvenes, ya que es una experiencia personal que no está condicionada únicamente a la edad.

Otros psicólogos consultados por *ZoomNews* admiten que "sería más sencillo homogeneizar todas las edades", aunque, reconocen, en la práctica depende de cada persona. "Es como intentar ponerle una fecha a la madurez. Y la madurez nunca depende de lo cronológico, sino de las propias experiencias y el desarrollo personal", declaran.²²⁰

Otros abogados que fueron consultados, manifestaron su inconformidad con elevar la edad ya que en su experiencia profesional han podido constatar que los menores de edad tienen los suficientes conocimientos como para consentir en una relación sexual.

Estas fuentes sostienen que ahora los adolescentes tienen más conocimientos sociales que antes y que las estadísticas demuestran que, en un alto porcentaje, mantienen sus primeras relaciones sexuales antes de los 16 años. "Elevar la edad de consentimiento a esa edad es una barbaridad", opinan abogados que han tratado este tipo de asuntos. "A los 16

²¹⁸ Susana Martínez Novo. *Consentimiento Sexual, ¿cuestión de edad?* .12/09/2013. <http://blogs.20minutos.es/mas-de-la-mitad/2013/09/12/consentimiento-sexual-cuestion-de-edad/> (acceso: 30/10/2014)

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ Lorena Moreno. "Relaciones sexuales cuando se es menor; el debate de la edad mínima." *Zoom News*. 01/06/2013. <http://www.zoomnews.es/55220/actualidad/espana/adolescentes-maduros-sexo-pero-no-votar> (acceso: 28/10/2014)

años, un niño tiene muchos conocimientos sexuales como para consentir o no la relación con un adulto".²²¹

Por el contrario, otros grupos consultados argumentan que los menores de edad hasta los trece años no están en la capacidad ni en la madurez para consentir, ni tampoco para medir las consecuencias de sus actos. Por lo mismo, les parece adecuado elevar la edad.

La edad de 13 años es insuficiente para mantener relaciones sexuales, sostiene Fernández, ya que existen cuestiones de maduración biológicas "que necesitan un mayor desarrollo". Respecto a elevar la edad de consentimiento a los 16 años, Cubel considera que la propuesta del Ministerio es "muy sensata". "Doce años es una edad muy peligrosa, porque se están empezando a formar en la adolescencia, y a esa edad lo más importante es pertenecer a un grupo por encima de todo", explica.²²²

Sin embargo, Magdalena Cubel mantiene que "un adolescente no es maduro para valorar las consecuencias de una relación sexual". La gran cantidad de embarazos no deseados en adolescentes se debe, explica, a la impulsividad, la reacción hormonal y el miedo a perder al chico.²²³

De igual manera se ha pronunciado la presidenta de la Federación de mujeres progresistas, Yolanda Besteiro, señalando que "la edad de 16 años es una edad "a tener en cuenta" pues considera que la personalidad del menor ya está más "formada" para que una relación se pueda considerar consentida."²²⁴

El argumento que encontramos reiteradamente, con el cual concuerdo, es que cada joven madura en diferente momento y depende de una serie de circunstancias. Es por ello, que la decisión para que sea responsable requiere de una buena educación sexual.

Está claro que hay que proteger a las menores de 16 que no sean suficientemente maduras y que puedan relacionarse con adultos que les coaccionen, pero **no se puede generalizar que todos los menores son inmaduros** para dar un consentimiento, han explicado.

²²¹ *Ibíd.*

²²² Lorena Moreno. "Relaciones sexuales cuando se es menor; el debate de la edad mínima." *Zoom News*. 01/06/2013. <http://www.zoomnews.es/55220/actualidad/espana/adolescentes-maduros-sexo-pero-no-votar> (acceso: 28/10/2014)

²²³ *Ibíd.*

²²⁴ Forum Libertas.com. *Se corrige un error de décadas: la edad mínima de relaciones sexuales consentidas pasará de 13 a 16 años.* 05/09/2013. http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=27245. (acceso: 02/11/2014)

Además, han defendido que la sexualidad responsable debe basarse en la educación en valores, y para ello es necesario que no se sigan produciendo **recortes en el ámbito educativo.**²²⁵

Dicha decisión del gobierno español en elevar la edad se dio también por las recomendaciones hechas por el Comité de Derechos del Niño de la ONU a España:

De hecho, según han informado desde Justicia, se eleva la edad siguiendo las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de la ONU, así como una directiva de la Unión Europea que consideraba que por debajo de los 15 años un niño no puede dar su consentimiento para mantener una relación sexual con un adulto.²²⁶ (El Subrayado me pertenece)

Cabe recalcar que se le ha recomendado a España elevar la edad del consentimiento ya que los menores de edad bajo los quince años no deberían poder otorgar su consentimiento válidamente. Estas sugerencias otorgadas tanto por el Comité de los Derechos del Niño como por una directiva de la Unión Europea, han señalado que los menores de quince no están en condiciones para consentir. Contrario sensu, los mayores de quince sí lo estarían, lo cual ratifica la hipótesis de la presente tesina.

3.5 Perú

Dentro de la jurisprudencia peruana podemos encontrar varios pronunciamientos de las cortes, que a pesar de que su normativa no admitía relaciones sexuales con menores, han considerado el consentimiento de los menores de edad en juicio. A continuación, podemos observar algunos fundamentos de la corte para justificar las relaciones sexuales cuando ha mediado el consentimiento libre de la víctima. Lo que demuestra que, a pesar de la normativa penal, los jueces han realizado un análisis más profundo de cada caso para tomar una decisión justa y razonada.

Uno de los argumentos que encontramos, tanto en Perú como en nuestra jurisprudencia, es que cuando hay unión de hecho entre los litigantes, y ambos manifiestan que lo hicieron

²²⁵ ElMundo.es. *Pediatras ven extremo subir de 13 a 16 años la edad de consentimiento sexual.* 04/09/2013. <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/09/04/espana/1378312379.html>. (acceso: 04/11/2014)

²²⁶ Forum Libertas.com. *Se corrige un error de décadas: la edad mínima de relaciones sexuales consentidas pasará de 13 a 16 años.* 05/09/2013. http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=27245. (acceso: 02/11/2014)

por mutuo consentimiento, se presume que no hubo delito alguno: “Tercero: (...) las relaciones (...) fueron por mutuo acuerdo (...) se descarta todo (...) aprovechamiento (...) cuando la misma afectada señala que (...) se encuentran realizando vida convivencial”.²²⁷

Siguiendo la misma línea de este argumento expuesto, encontramos que la Corte ha sostenido que cuando las relaciones sexuales que mantienen los menores de edad, dando su consentimiento, al encontrarse en una relación de pareja pueden ayudar al desarrollo de las relaciones interpersonales, más no perjudicarlas:

(...) han sido objeto de crítica por MUÑOZ CONDE, quien sostiene que dichas objeciones no se comprobado científicamente, postulando que algunos psicólogos sostengan que los actos sexuales voluntarios, en los que consideramos incluidos a los actos sentimentales entre enamorados y convivientes “favorecen el desarrollo psíquico y una mejor afectividad en las relaciones interpersonales futuras”, pensamiento que fue recogido en una oportunidad por la jurisprudencia de la Suprema Corte en el exp. No.2456-99 Junin del 05/oct/1999.²²⁸

Por otra parte, en este apartado cabe mencionar un argumento expresado en Colombia, el cual es que en muchos casos es la menor de edad la que propone y convence a la pareja mayor de edad de mantener relaciones sexuales. Por lo que es erróneo asumir que por el hecho de ser menor de dieciocho años, la víctima ha sido aprovechada y engañada. Encontramos varios casos en los cuales las o los menores son los que proponen y tienen plena conciencia de sus actos: “(...) fue la misma [menor] (...) quien busco al [procesado] y le insinuó que tuvieran relaciones (...), logrando convencerlo (...).”²²⁹

Asimismo, se ha reconocido en la jurisprudencia colombiana que no se puede presumir que todos los menores de edad no saben las consecuencias de sus decisiones y acciones, ya que muchos de ellos están en total consciencia de lo que hacen:

la libertad, integridad y formación sexual no fueron afectados (...). Fue la misma joven quien afirma que tenía conocimiento de las consecuencias de su acción (...) a pesar de su

²²⁷ Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Lima. Exp. 80-1998. Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011, p.43.

²²⁸ Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011, p.44.

²²⁹ Juzgado Primero Penal del Circuito, Apartadó, Antioquia. 15.08.2002. Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011. p.50.

edad, tenía conciencia plena de sus actos, (...) y que no sufrió alteración alguna con el contacto sexual que tuvieron.²³⁰

Además, se ha reconocido que los mayores de catorce años están en las capacidades necesarias para disponer libremente de su sexualidad: “Un adolescente mayor de catorce años debido a su desarrollo bio-psico-social, cuenta con los elementos indispensables para la disposición de su sexualidad (...)”²³¹. Este pronunciamiento ratifica la hipótesis del presente trabajo de que el consentimiento dado por los mayores de catorce años debe ser tomado en consideración por los jueces:

Cuarto: (...) 2) (...) cada individuo tiene la capacidad de (...) disponer libremente de su sexualidad cuando se encuentre con la capacidad física y psicológica para hacerlo; (...) un adolescente mayor de catorce años, debido a su desarrollo, tiene ya la capacidad de disposición de su sexualidad; (...) es libre de decidir en qué momento y con quien entablar relaciones de carácter sexual (...) ²³²

Otro argumento empleado por las cortes ha sido el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad. Se lo ha entendido como el derecho que tienen las personas a ejercer su vida sexual de la manera que libremente elijan. Por lo que se ha incluido a los mayores de catorce años dentro de este derecho, siempre y cuando sea realizado con su libre consentimiento:

7.3 (...) resulta congruente interpretar como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, del grupo humano compuesto por los y las adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, la libertad de tener relaciones sexuales con quienes elijan, sea ésta una persona menor (hasta 14 años) o mayor de edad (de 18 años a más), por corresponder eminentemente al ámbito privado e íntimo de disposición de su propio cuerpo para la práctica sexual, en tanto tal decisión constituya un acto plenamente libre y espontáneo. ²³³

De igual manera, la Corte ha estimado que los adolescentes que estén en la madurez psíquica para tomar decisiones sobre su sexualidad, están en la libertad de hacerlo. Por lo que

²³⁰ *Íd.*, p.51.

²³¹ Segunda Sala Penal de Arequipa. Exp. 2156-2006, 28 de mayo de 2007. Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011, p. 117.

²³² Segunda Sala Penal de Arequipa. Exp. 1753-2007, 10 de agosto de 2007. Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011, pp. 117-118.

²³³ Corte Superior de Justicia de la Libertad. Exp. 3312-2007. Trujillo, 31 de marzo de 2008. Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011, p. 175.

la madurez dependerá en cada caso y no se la puede generalizar. Por lo tanto, la ley penal no puede establecer una pena a las personas que están en la capacidad de tomar una decisión que se encuentra en la esfera de su intimidad. Además, agrega que la familia será la que deberá guiar a los adolescentes para que tomen las decisiones conscientemente:

DÉCIMO SEGUNDO: (...) la determinación del inicio de la actividad sexual de una persona no puede estar impuesta por una ley positiva, en atención a criterios subjetivos preestablecidos o meramente cronológicos, ni la legislación penal puede reprimir la actividad sexual consentida de una persona que tiene el desarrollo necesario y la aptitud suficiente para decidir sobre su sexualidad, antes bien corresponde a la persona humana dicha decisión, es la propia persona la que de acuerdo a su propio desarrollo psíquico y fisiológico quien deberá determinar en que momento estará lista o ha adquirido la madurez necesaria para dar inicio a su actividad sexual; los padres en ese sentido cumplen una función esencialmente orientadora y favorecedora del desarrollo integral de los hijos menores de edad.²³⁴

De igual forma, las Cortes en Perú que reconocen la manifestación de voluntad de los mayores de catorce años de edad y menores de dieciocho como válidas, han fundamentado sus decisiones basándose en el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad. Se argumenta que la decisión del menor en consentir en una relación pertenece a su esfera íntima y privada, en la cual puede decidir libremente sobre sus actividades sexuales. Ambas Cortes, la una en la ciudad de Trujillo y la otra en la ciudad de Arequipa están de acuerdo en que los mayores de catorce años están ejerciendo un derecho humano reconocido en la Constitución, por lo que la ley penal no puede interferir con dicho derecho.

(...)VIGÉSIMO TERCERO: Que, en el presente caos, de la declaración prestada por la menor (...) y de los medios de prueba merituados por la Sala Penal, se infiere razonadamente, que las relaciones sexuales mantenidas con el acusado Leonidas Vicente Jilhuallanca Arapa se han realizado con su consentimiento, por lo que resulta evidente que la menor en referencia al consentir las relaciones sexuales (...) no ha hecho otra cosa que decidir sobre su propia actividad sexual, lo que constituye la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su libre desarrollo y bienestar personal, derecho fundamental reconocido en el artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política del Estado.²³⁵ (Subrayado me corresponde)

²³⁴ Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Consulta 637-2008. Arequipa. 30/04/2008. Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011. p. 135.

²³⁵ *Id.*, p.139.

7.3. (...) [los] espacios de libertad excluidos de la intervención penal estatal, necesarios para el pleno desarrollo de nuestra personalidad, comprende (...) a los derechos sexuales de hombre y mujeres en edad núbil, como: el derecho a disfrutar de la sexualidad sin necesidad de procrear, derecho a la libre elección de prácticas sexuales (con quien, como y cuando), derecho a la libre expresión de la orientación sexual, derecho a recibir información y/o educación sobre sexualidad, entre otros. En consecuencia, bajo la misma ideología de la defensa de la persona humana y del respeto a su dignidad reconocida en el artículo 1 de la Constitución Política (...), resulta congruente interpretar como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, del grupo humano compuesto por los y las adolescentes entre (14) y menos de dieciocho (18) años, la libertad de tener relaciones sexuales con quienes elija, sea ésta una persona menor (hasta 14 años) o mayor de edad (de 18 años a más), por corresponder eminentemente al ámbito privado e íntimo de disposición de su propio cuerpo para la práctica sexual, en tanto tal decisión constituya un acto plenamente libre y espontáneo.²³⁶ (El Subrayado me pertenece)

Sentencia del tribunal Constitucional peruano

La Sentencia que expondré a continuación es de gran relevancia para la presente tesis ya que el Tribunal Constitucional del Estado Peruano analiza minuciosamente si los mayores de catorce años y menores de edad tienen el derecho a consentir en relaciones sexuales o no. Considerando la semejanza cultural y social que tiene dicho país con el nuestro, es menester observar cómo se ha pronunciado el Tribunal.

Ante el Tribunal Constitucional presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley No. 28704 que modifica el numeral tercero del Art. 173 del Código Penal Peruano. La demanda fue interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos alegando la violación de derechos constitucionales de los adolescentes. La norma objeto de la demanda es la siguiente:

Artículo 173º.- violación sexual de menor de edad

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

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

²³⁶ Tercer Juzgado de Interpretación Preparatoria. Expediente 3312-2007. Trujillo. 31 de marzo de 2008. Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011, p. 175.

Si el agente tuviere alguna posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.²³⁷ (El Subrayado me pertenece)

Podemos observar que están categóricamente prohibidas las relaciones sexuales con menores de edad, sean las circunstancias que fueren. Es por ello que una gran cantidad de ciudadanos interpusieron esta demanda, la cual fue presentada ante el Tribunal Constitucional con fecha 03 de abril del 2012, en contra de que se penalice de manera tan severa las relaciones con mayores de catorce años y menores de edad.

Los ciudadanos demandantes alegan la inconstitucionalidad de la reforma al numeral tercero del Art. 173 del Código Penal debido a que se vulneran los siguientes derechos fundamentales y principios de los adolescentes: el derecho al libre desarrollo de la personalidad (en especial los derechos sexuales), el derecho de no ser privado de información, el derecho a la salud sexual y reproductiva, derecho de intimidad y vida privada, derecho a la igualdad y a no ser discriminado, el principio de interés superior del niño y adolescente, principio de lesividad, de proporcionalidad, y el principio del carácter subsidiario del derecho penal. Su pretensión es que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de dicho artículo y, además, que despenalice los actos sexuales mantenidos con adolescentes mayores de catorce años y menores de edad.²³⁸

El apoderado del Congreso de la Republica contestó la demanda sosteniendo que la misma se encuentra infundada; sustentó que para que se declare inconstitucional la medida debe pasar el examen de idoneidad, proporcionalidad y necesidad, lo cual la norma alegada en el caso cumple con dichos requisitos.

Por otro lado, varios grupos se pronunciaron mediante escritos a favor de la demanda. En primer lugar el Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas y el Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA apoyaron la demanda sosteniendo que se vulneran los

²³⁷ Ley No. 28704. Artículo 1. Diario Oficial El Peruano de 05 de abril de 2006.

²³⁸ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre de 2012, p. 5. (http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20130308_01.pdf)

derechos al libre desarrollo de la personalidad, intimidad, igualdad y los derechos sexuales de los adolescentes. Además, señalaron su desacuerdo en que “la norma considera a los adolescentes entre los 14 y 18 años como incapaces de comprender el acto sexual y disponer de su realización, por lo que su consentimiento carece de valor”.²³⁹

En segundo lugar, la Defensoría del Pueblo presentó un informe apoyando la inconstitucionalidad del artículo alegando el quebrantamiento del derecho a la salud sexual y reproductiva, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad y alega que se desconoce la categoría de sujetos del derecho a los adolescentes. En tercer lugar, la organización Women’s Link Worldwide expresó su apoyo a la demanda, debido a la vulneración evidente de derechos humanos.²⁴⁰

Los demandantes sostuvieron que una interpretación de la norma es contraria a la Constitución ya que “considera que dicha disposición penal es incompatible con la Constitución, toda vez que al buscar proteger la *indemnidad sexual* de los menores de edad entre 14 años a menos de 18, asume que no están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que por ello su consentimiento es irrelevante.”²⁴¹

Además, argumentaron que los adolescentes son sujetos de derecho, por lo que les corresponde ejercer también sus actividades sexuales, lo cual forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad:

la regulación penal como está configurada ahora sólo refleja el desfase del legislador, que no entiende al adolescente como sujeto de derechos, obviando que ellos se relacionan también en el ámbito sexual, lo cual no tiene un solo aspecto físico, sino también psicológico cuando se trata de relaciones amorosas.²⁴²

²³⁹ *Id.*, pp. 6-7.

²⁴⁰ *Id.*, p. 7.

²⁴¹ *Id.*, p. 8.

²⁴² *Id.*, p. 10.

De igual manera, argumentan que la disposición y su sanción no son idóneas para proteger la indemnidad sexual de los adolescentes ya que se penaliza relaciones sexuales consentidas.

la finalidad de penalizar las relaciones sexuales con adolescentes es salvaguardar su indemnidad sexual, es decir, garantizar que su libertad sexual no sea violentada y padezcan agresiones sexuales, lo cual puede ser especialmente grave y sensible con respecto a niños y adolescentes”. Así, “si bien se trata de proteger un bien de relevancia constitucional, la sanción establecida, que penaliza cualquier tipo de relación sexual sostenida con adolescentes, con prescindencia de su consentimiento, no ayuda a ello.”²⁴³

Consideraciones del Tribunal Constitucional:

El Tribunal inicia su exposición señalando que debe valorar si la injerencia de la ley penal materia de la demanda constituye o no una intervención injustificada en los derechos constitucionales que menciona la parte demandante.²⁴⁴

La Corte retoma los argumentos de las partes para proceder a hacer el examen de constitucionalidad de la norma penal invocada. Los ciudadanos demandantes alegan la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual implica los derechos sexuales de las personas, añaden que “la regulación penal como está configurada ahora sólo refleja el desfase del legislador, que no entiende al adolescente como sujeto de derechos, obviando que ellos se relacionan también en el ámbito sexual, lo cual no tiene un solo aspecto físico, sino también psicológico cuando se trata de relaciones amorosas”.²⁴⁵

Manifiestan que la norma en cuestión no cumple con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Al respecto señalan que la norma no es idónea ya que “si bien se trata de proteger un bien de relevancia constitucional, la sanción establecida, que penaliza cualquier tipo de relación sexual sostenida con adolescentes, con prescindencia de su

²⁴³ *Ibíd.*

²⁴⁴ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre de 2012. p. 11 (http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20130308_01.pdf).

²⁴⁵ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre de 2012, párr. 8.

consentimiento, no ayuda a ello”.²⁴⁶ En cuanto al principio de necesidad, argumentan que para llegar al fin de la norma, que es proteger la indemnidad sexual de los menores, se debería penalizar severamente las relaciones no consentidas, más no las que son llevadas a cabo con el consentimiento del menor. Por último, sostienen que se viola la proporcionalidad ya que se quebranta el derecho a la libertad sexual de los adolescentes que mantienen relaciones sexuales consentidas.²⁴⁷

La parte demandada señala que la norma es idónea para proteger la indemnidad sexual de los menores de edad. De igual manera, la consideran necesaria ya que sugieren que la parte demandada no ha otorgado una medida alternativa y por último la estiman proporcional.

248

Una vez expuestos los argumentos de las partes la Corte analiza detalladamente la norma en cuestión. Comienza señalando que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra reconocido en la Constitución peruana y éste se refiere a “las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada (...) de una persona, propia de su autonomía y dignidad.”²⁴⁹

Continúa exponiendo que dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra la libertad sexual, la cual se refiere a auto determinarse en dicha esfera íntima y que los titulares de dicho derecho no son únicamente los mayores de edad. Los menores de dieciocho y mayores de catorce años son considerados titulares de dicho derecho tras analizar distintas normas que constituyen el ordenamiento jurídico peruano como son las siguientes: la Convención de los Derechos del Niño en su

²⁴⁶ *Id.*, párr. 9.

²⁴⁷ *Ibíd.*

²⁴⁸ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre de 2012, párrafos 12-14.

²⁴⁹ *Id.*, párr. 17.

articulado cinco y seis, normas del Código Civil Peruano respecto a la capacidad de contraer matrimonio, normas de delitos sexuales como la que penaliza el estupro:

Así, el artículo 175° del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).²⁵⁰

Además, tras analizar una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, informes sobre la sexualidad en el Perú y encuestas sobre los adolescentes, la Corte concluye que los menores de 18 años y mayores de 14 años son titulares de dicho derecho.

En cuanto a la *titularidad del derecho* a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, queda claro que son titulares todos los mayores de 18 años de edad. En lo que al caso importa, el Tribunal Constitucional estima que, conforme a determinados elementos normativos y fácticos que operan en el ordenamiento jurídico peruano, *prima facie*, los menores de edad entre 14 años y menos de 18 también pueden ser titulares de dicho derecho.²⁵¹

Una vez analizados el conjunto de normas tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal, el Tribunal establece que sancionar toda relación sexual con menores, que han otorgado su consentimiento para ello, es una violación del derecho a auto determinarse sexualmente, lo cual es parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

el cuestionado artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, sanciona a todo aquel que tenga relaciones sexuales con menores de 14 años de edad a menos de 18, independientemente de que se manifieste consentimiento en dichas relaciones. Teniendo en cuenta el mencionado contenido prohibitivo, respecto de dichos menores de edad, es evidente que constituye una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por su libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues al hacer irrelevante el consentimiento de los menores que tengan entre 14 años y menos de 18, interviene y limita la libertad de autodeterminación de estos en el ámbito de su sexualidad.²⁵²

²⁵⁰ *Id.*, párr. 8.

²⁵¹ *Id.*, párr. 22.

²⁵² *Id.*, párr. 25.

El Tribunal analiza si la norma en cuestión cumple con los tres requisitos necesarios para estar acorde a la Constitución: el principio de idoneidad, principio de necesidad y de proporcionalidad. Inicia analizando la idoneidad de la norma en cuestión; el Tribunal observa que el proyecto de Ley No. 28704 tiene como objetivos eliminar las violaciones sexuales a menores, demostrar a la población que pueden confiar en que la normativa jurídica protege y ampara a los menores de edad y reeducar al sujeto activo²⁵³, todo ello con el fin de proteger el bien jurídico “(...) *indemnidad sexual* de los “niños” en la medida en que se busca garantizar la preservación de la sexualidad de estos cuando *no se está en las condiciones de decidir sobre su actividad sexual*, de modo que resulta irrelevante que dichos menores otorguen o no otorguen su consentimiento.²⁵⁴ Analizada la finalidad de la norma, la Corte considera que hay un fin constitucional legítimo que ampara la norma penal, por cuanto la norma supera el examen de idoneidad.²⁵⁵

El siguiente principio analizado por los magistrados es el de necesidad. La Corte inicia señalando lo que significa dicho principio y especifica que en el ámbito penal se restringe libertades para penar los delitos más graves, por lo que no debe haber otro medio alternativo que sea menos doloso para proteger el bien jurídico, que en el presente caso es la indemnidad sexual:

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental” [Expediente N.º 00050-2004-AI/TC FJ 38].²⁵⁶

41. En materia penal, el examen de necesidad, el cual exige que el legislador estime, ineludiblemente, aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las

²⁵³ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre de 2012, párr. 38.

²⁵⁴ *Id.*, párr. 35.

²⁵⁵ *Id.*, párr.38-39.

²⁵⁶ *Id.*, párr. 40.

contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración ya referida [Expediente N.º 00012-2006-PI/TC FJ 32].²⁵⁷

El Tribunal analiza las medidas alternativas que se pudiesen tomar para alcanzar los objetivos de la norma que son evitar la violación sexual de menores; por lo que llega a la conclusión de que una medida menos aflictiva al derecho de libre desarrollo de la personalidad de los mayores de catorce años y menores de edad sería sancionar a las personas mayores de edad que mantengan relaciones únicamente no consentidas. Consecuentemente, la norma en cuestión no supera el principio de necesidad:

La respuesta es positiva. Si se pretenden los objetivos propuestos, un medio alternativo hipotético igualmente idóneo pero definitivamente más benigno para la libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, hubiese sido, entre otros, que el propio legislador penal sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los aludidos menores de edad, pero no sancionando indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en absoluto el consentimiento que estos pudieran expresar en tanto titulares del mencionado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.²⁵⁸

En tercer lugar se analiza el principio de proporcionalidad. La Corte señala que la ponderación “(...) implica que las *ventajas* que se obtengan mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios o *desventajas* que ésta acarrea para los titulares de dicho derecho y para la sociedad en general.”²⁵⁹ El Tribunal considera de intensidad grave la intervención que tiene la norma en cuestión sobre el derecho de libertad sexual que es un elemento del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Establece que:

(...) la disposición penal impide, dificulta por completo y anula el ejercicio de la libertad de autodeterminación de tales menores en el ámbito de su sexualidad, al hacer irrelevante su consentimiento. (“la intervención legislativa en el derecho fundamental deberá ser considerada como una intervención más intensa, cuando elimina todas las posiciones adscritas al derecho, que cuando elimina sólo algunas de ellas” *Cfr.* Bernal, *op.cit.*p.766); y *ii*) en cuanto a la *probabilidad*, existe la mayor posibilidad verosímil y

²⁵⁷ *Id.*, párr. 41.

²⁵⁸ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre de 2012, párr. 44.

²⁵⁹ *Id.*, párr. 46.

fundada de que la intervención legislativa cuestionada impida el ejercicio de dicha libertad de autodeterminación.²⁶⁰ (El Subrayado me pertenece)

Agrega que la satisfacción de los objetivos que tiene la norma, nombrados anteriormente, no son de intensidad elevada. Además, añade que al hacer una ponderación abstracta de los principios en juego, se concluye que prevalece el interés superior del niño, entendida como la obligación del Estado de satisfacer los derechos de los menores de edad, es así como se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁶¹ Asimismo, determina que la importancia de los fines que persigue la norma penal no es mayor que la importancia de la intervención en el derecho del libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad y mayores de catorce años. Por lo que en aplicación del interés superior del niño prevalece su derecho, no solo en la normativa sino en la interpretación de la misma.²⁶²

Por lo que los magistrados concluyen que la intervención de la norma no se ha justificado tanto en el examen de necesidad, ya que hay una solución alternativa menos aflictiva, ni en el de proporcionalidad ya que prevalece la norma y la interpretación más favorable al interés superior del niño:

Por tanto, no habiendo superado el examen de necesidad, ni el examen de proporcionalidad en estricto, se acredita que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, en el *sentido interpretativo 1 (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años)*, ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años de edad a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución.²⁶³

A continuación, la parte demandada propone una interpretación de la norma en la cual se exime de responsabilidad a los mayores de edad que participen en relaciones sexuales consentidas, con el fin de que la norma no sea expulsada del ordenamiento jurídico. Sin

²⁶⁰ *Id.*, párr. 48.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre de 2012, párrafos 49-50.

²⁶³ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre de 2012, párr. 51.

embargo, la Corte considera que ésta no es una interpretación coherente conforme a la Constitución Peruana, por lo que debe expulsar del ordenamiento jurídico la norma en cuestión ya que atenta contra un derecho constitucional de los menores, al interpretarse que no tiene relevancia si hubo o no consentimiento del mayor de catorce años y menor de edad.

264

Acerca de la supuesta violación del derecho de los adolescentes a la salud, a la información y a la intimidad, los cuales fueron alegados por los demandantes, el Tribunal considera que no se ha probado que la norma en cuestión violente dichos derechos.²⁶⁵ De igual forma, sostiene irrelevante pronunciarse acerca del derecho a la igualdad, ya que se ha determinado la violación al derecho del libre desarrollo de la personalidad de los adolescentes, lo cual basta para que se declare a la norma como inconstitucional.²⁶⁶

Finalmente los jueces resuelven expulsar dicha norma del ordenamiento jurídico, al declararla inconstitucional por quebrantar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los adolescentes:

Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y en consecuencia, inconstitucional el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704.²⁶⁷ (El Subrayado me pertenece)

Se puede observar al final de la sentencia el voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli. En su opinión considera que los menores de edad están en etapa de formación y desarrollo, por lo que su consentimiento no debe ser tomado en cuenta como válido:

Respecto a la primera interrogante considero que el solo consentimiento de un menor entre 14 y 18 años de edad no puede ser considerado como válido, ya que precisamente por encontrarse en etapa de formación (física y psíquica) merece protección del Estado, no pudiendo considerar que su consentimiento implica una decisión pensada y razonada de

²⁶⁴ *Id.*, párr. 77.

²⁶⁵ *Id.*, párr. 92-93.

²⁶⁶ *Id.*, párr. 107.

²⁶⁷ *Id.*, párr. 116.

manera adecuada. En tal sentido el expresar que el consentimiento de un menor exime de sanción penal a otra persona adulta, es grave y en algunos casos puede resultar hasta perjudicial para estos menores.²⁶⁸

Sin embargo, reconoce que hay ciertos casos en los cuales el consentimiento del menor de edad si es válido, como es el caso en el cual los jóvenes mantienen relaciones sentimentales. Por ello, sostiene que es de suma importancia que el juez analice caso por caso para concluir si pudo existir un consentimiento real:

Finalmente considero necesario señalar que existen casos en los cuales –sin duda– el consentimiento sea válido y real, en atención a que se acreditará la existencia de una relación sentimental en la cual no ha existido manipulación por parte de un tercero, supuestos que deberán ser evaluados y ponderados –caso por caso– por el juez penal que analice la causa, ya que no puede aplicarse de manera indiscriminada la norma penal, debiendo existir criterios válidos y constitucionales que ameritaran un ponderado estudio del juzgador.²⁶⁹

Por último, argumenta que hay una intervención en el derecho a la libertad sexual y por ende al derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero en su opinión el grado de satisfacción de la protección al bien jurídico indemnidad sexual es de intensidad elevada:

Considero que si bien la medida legislativa tiene una intervención en el derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, de intensidad grave, también el grado de satisfacción de los bienes jurídicos que se pretende proteger a través de la medida legislativa adoptada es de intensidad elevada, puesto que principalmente se busca proteger el derecho a la indemnidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, desmotivando –con la sanción penal– la comisión de dicho delito, transmitiendo a la sociedad la preocupación del Estado por la búsqueda del bien para estos menores que por encontrarse en estado de formación no tienen la capacidad para decidir de manera libre y razonada.²⁷⁰

Finaliza su exposición declarando infundada la demanda.

Aparte de dicho voto, hubo otro voto singular emitido por el magistrado Calle Hayen. El juez expone que la norma penal en cuestión no debe ser declarada inconstitucional ya que ha sido expedida con el fin de proteger a los menores de edad de abusos y violaciones sexuales, lo cual constituye una protección a los derechos del niño y al interés superior del mismo. Su

²⁶⁸ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre de 2012. Párrafo 23 B) Voto en Discordia magistrado Vergara Gotelli.

²⁶⁹ *Id.*, párr. 23 C).

²⁷⁰ *Id.*, párr. 36.

propuesta consiste en declarar que hubo una inconstitucionalidad por omisión legislativa y la presente sentencia debería interpretar el texto para no violentar el bien superior de los niños mayores de catorce años y menores de dieciocho en su derecho al libre desarrollo de la personalidad.²⁷¹

Por estas razones, declara infundada la demanda y considera una interpretación aditiva del artículo:

1.- Se declare **INFUNDADA** la demanda

2.- **INTERPRETESE**; que el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, conforme a los fundamentos del presente voto y atendiendo a su real pretensión, **no es inconstitucional** siempre que se interprete que:

□ La relación sexual consentida entre adolescentes menores de 14 a 18 años **está exenta de responsabilidad penal**;²⁷²

Esta sentencia es de suma relevancia ya que tomó lugar en un país muy similar al nuestro en cultura, idioma y costumbres. Se puede observar la cantidad de ciudadanos y de organizaciones que se pronunciaron y sostienen que los mayores de catorce años y menores de dieciocho años tienen un derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual es amparado por la Constitución y por instrumentos internacionales. En nuestra Constitución se lo encuentra reconocido en el Art. 66 numeral quinto y en la Convención de los derechos del niño se lo reconoce en el preámbulo y en el Art. 29 numeral primero a). La norma peruana, al igual que la nuestra, deja sin validez al consentimiento del menor, argumentado una mayor protección para el mismo. Sin embargo, los magistrados del Tribunal Constitucional Peruano consideraron que la medida atenta contra el derecho constitucional de los mayores de catorce años y les reconoce como titulares de su derecho. Consideran que la medida debe ser expulsada del ordenamiento ya que los derechos del menor prevalecen y además porque hay una solución menos aflictiva que la norma cuestionada. El Tribunal considera que se deben

²⁷¹ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre de 2012, párr. 15. Voto Singular magistrado Calle Hayen.

²⁷² *Id.*, párr. 15 1) y 2) finales.

eximir de penalización las relaciones consentidas ya que es el ejercicio de un derecho fundamental y la ley penal no puede interferir en ello.

El voto de discordia de uno de los magistrados sostiene que los menores de edad están en formación por lo que su consentimiento no debería ser válido. Sin embargo, el mismo juez analiza que hay situaciones en que sí se puede otorgar el consentimiento válidamente como cuando los implicados en el caso se encuentra en una relación sentimental. Esto ratifica la hipótesis de la presente tesis de que el juez debe tomar en cuenta necesariamente el consentimiento de los menores porque hay varias circunstancias en las cuales sí son válidos y reales. De igual manera, el voto singular del otro magistrado argumenta que la sentencia debería ser interpretativa aditiva, pero mantiene el pensamiento de que no se debe penalizar las relaciones consentidas. Por lo tanto, muchos ciudadanos, organizaciones y los más altos jueces del Perú han reconocido que el consentimiento del mayor de catorce años y menor de dieciocho sí son válidos y merecen ser escuchados.

4. Conclusiones

- El consentimiento, desde la época del derecho romano, ha constituido un presupuesto fundamental para la existencia de los negocios jurídicos. Éstos son válidos cuando el consentimiento se encuentre libre de vicios. Su importancia no es sólo trascendental en el derecho civil, sino también el ámbito penal.
- Sin embargo, dicho papel que tiene el consentimiento ha sido pasado por alto en el Art. 175 del Código Orgánico Integral Penal. El legislador dispone que el consentimiento otorgado por el menor de dieciocho años es irrelevante en los delitos sexuales, es decir que dicha disposición se aplica para el delito que nos atañe en la presente tesina el estupro.
- Algunos autores y psicólogos que concuerdan con el artículo mencionado, señalan que los adolescentes al encontrarse en una etapa de cambios físicos y psíquicos y en la búsqueda de su identidad personal no cuentan con la madurez y el criterio suficiente para consentir en una relación sexual, la cual les puede afectar en el desarrollo de su personalidad en el futuro.

- Cabe señalar que el ejercicio de la sexualidad de los adolescentes está sujeta a normas sociales que van evolucionando en el tiempo y a las circunstancias alrededor de cada individuo. En el Ecuador el inicio sexual de los adolescentes oscila entre los catorce años de edad.
- El delito de estupro sanciona al mayor de edad, sujeto activo del agravio, por haber engañado y violentado la indemnidad sexual, es decir el sano desarrollo psicosexual, del menor de edad y mayor de catorce años. Todo esto presumiendo que simplemente por su edad y falta de madurez ha sido engañado para consentir.
- La mayor problemática de la irrelevancia del consentimiento en el delito de estupro es la afectación al derecho constitucional de los niños y adolescentes a ser consultados en los asuntos que les afecten. Tanto el Comité de los derechos del Niño como la Corte Interamericana de Derechos humanos han manifestado la importancia de respetar este derecho ya que es interdependiente con el principio del interés superior del niño. Se necesita escuchar la opinión de los niños para poder hacer realidad y darle una correcta aplicación a su interés superior.
- Asimismo, el Comité ha expresado que los menores de edad no necesitan tener un conocimiento exhaustivo del tema que se les consulta sino que una comprensión suficiente sobre el asunto. Es decir, basta con que los jóvenes comprendan las implicaciones de la relación sexual para poder consentir.
- De igual manera, es importante recalcar que la comprensión del niño no va ligada a su edad biológica, sino que su capacidad debe ser evaluada caso por caso para ser valorada de la mejor manera por el juez correspondiente.
- También, la madurez del niño no significa que sea un experto en el asunto que le compete, sino que tenga la capacidad de expresar una opinión razonada de manera autónoma. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales son algunos factores que contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión.
- Además, el Comité ha reiterado que no se puede presuponer que los niños son incapaces de expresar su opinión. Esto ha sido incumplido expresamente tanto en nuestra norma sobre la irrelevancia del consentimiento, como en nuestra

jurisprudencia que ha sostenido, erróneamente, que las manifestaciones de voluntad dadas por el menor están viciadas ya que se entiende de antemano que el consentimiento se obtuvo por engaño. Se ha pasado por alto las circunstancias en las que se ha manifestado el consentimiento, como son por ejemplo las relaciones sentimentales de pareja o el mismo hecho de que el sujeto pasivo haya sido el que propuso el encuentro sexual.

- Varias legislaciones de América Latina han otorgado relevancia al consentimiento del mayor de catorce años en el caso de mantener voluntariamente relaciones sexuales. De igual manera hay mucha jurisprudencia que lo sostiene. El caso más pertinente de señalar es la sentencia del tribunal constitucional peruano, anteriormente analizada, la cual ratifica la hipótesis de esta tesina al concluir que impedir que los menores de edad y mayores de 14 años no puedan consentir en la relación sexual y se la sancione, constituye una vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad por lo que su penalización se la declaró inconstitucional.
- El consentimiento válidamente otorgado por el mayor de catorce años y menor de edad se lo debería considerar como una renuncia del bien jurídico tutelado por la ley penal, es decir, en el caso del estupro, a su indemnidad sexual. Dicha renuncia implica ejercer su derecho a la desarrollo de su personalidad. Por lo que en varias ocasiones son los padres del sujeto pasivo los que sienten que hubo una afectación al bien jurídico, más no las propias víctimas.
- Dentro del ordenamiento jurídico debe haber tanto coherencia como concordancia entre las normas. Se observa que los menores de edad pueden casarse, votar, trabajar, acceder a anticonceptivos, participar y ser escuchados en temas de tenencia, patria potestad, adopción, entre otros. Sin embargo, para consentir en una relación sexual deben ser mayores de edad. Se evidencia la falta de armonía de nuestras normas.
- Por último, la ley penal no debe sancionar una relación sexual, en la cual sujeto activo y pasivo están en la capacidad de tomar una decisión íntima y personal.

Vale mencionar y aclarar que no basta con que el juez escuche la opinión del menor y mayor de catorce años, sino que ésta debe ser altamente valorada. Para ello es menester tomar en cuenta las condiciones alrededor del otorgamiento del

consentimiento, es decir éstas pueden ser sociales, familiares, religiosas, nexos interpersonales, entre otras. Todo ello con el fin de evitar la desnaturalización del delito, ya que terminan privados de su libertad personas que no son los reales perpetradores del delito. Además, esto sirve para evitar que se hagan denuncias de estupro por represalia, venganza o simplemente por la inconformidad de los padres con las decisiones de sus hijos.

5. Recomendaciones:

- Debido a que la opinión de los menores de edad es un derecho supranacional y constitucional que se debe respetar, recomiendo agregar en el Art. 167 del COIP en el delito de estupro el siguiente inciso:
“En el delito sexual de estupro, el consentimiento dado por la víctima mayor de catorce años de edad y menor de edad, será relevante.”
Por lo que suprimiría el numeral quinto del Art. 175 del COIP. Esto servirá para mantener la armonía y coherencia en el ordenamiento jurídico.
- Además, por el hecho de penalizar las relaciones sexuales con menores y atemorizar a los sujetos activos no se va a disminuir las relaciones precoces en el país, por lo que recomiendo que padres, familiares, tutores y autoridades informen a los niños sobre los asuntos que les afectan, así como de las opciones que tienen y las consecuencias que las mismas acarrear.
- El Estado debe recurrir a formas menos aflictivas para proteger la indemnidad sexual de los menores de edad que consienten en una relación, como son las campañas de información para orientar a niños y fortalecer su capacidad de expresar un criterio razonado y la educación sexual adecuada.

6. Bibliografía

Abarca Galeas, Luis Humberto. *Delitos Sexuales*. Quito: Editorial jurídica del Ecuador, 2008.

Acuña Cañas, Alonso. *Sexo y Mujer*. Bogotá: Planeta Colombiana Editorial, 1996.

Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte Especial*. Quito: Ediciones Legales, 2011.

Albán, Fernando. *Derecho de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Quito Sprinto, 2003.

Alessandri, Arturo. *Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General*. Santiago de Chile: Ediar, 1990.

Araujo de Vanegas, Ana María *et al.* . *Adolescencia*. 2da. ed. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2000.

Arias Ramos, J. *Derecho Romano*. Madrid: Editorial revista de derecho romano, 1960.

Borda, Guillermo. *Manual de Derecho Civil: Parte General*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1998.

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1997.

Cabrera Vélez, Juan Pablo. *Interés Superior del Niño*. Quito: Cevallos, 2010.

Campos, Alberto. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.

Caruso Fontán, María Viviana. *Nuevas Perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Castillo Alva, José Luis. *Tratado de los Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. 1era.ed. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2002.

Checa, Susana. “Género, Sexualidad y derechos reproductivos en la adolescencia.” *Coerción, consentimiento y deseo en la “primera vez”*. Rosa N. Geldstein y Edith A. Pantelides. Buenos Aires: Editorial Paidós, 2003.

Coleman, John C y Leo B. Hendry. *Psicología de la Adolescencia*. Madrid: Ediciones Morata S.L, 2003.

Cortizas, Andrea. “Polémica por edad mínima para consentir actos sexual.” *El País*. (Uruguay) 13/07/2014. <http://www.elpais.com.uy/informacion/polemica-edad-minima-consentir-acto.html>. (acceso: 20/11/2014)

Cox Leixelard, Juan Pablo. *Los abusos sexuales*. Santiago de Chile: LEXIS NEXIS, 2005.

Creus, Carlos. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Astrea, 2004.

Coleman, J.C y L.B. Hendry. *Psicología de la adolescencia*. Madrid: Ediciones Morata S. L., 2003.

De Gusmao, Chrysolito. *Delitos Sexuales*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica argentina.

Di Pietro, Alfredo. *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996.

Diccionario esencial de la lengua Española. Madrid: Real Academia Española, 2006.

Donna, Edgardo Alberto. *Delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

Donna, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena: Imputación delictiva*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

ElComercio.com. *El Matrimonio de menores creció 8,5 veces en seis años*.
<http://www.elcomercio.com.ec/tendencias/matrimonio-menores-crecio-seis-anos-embarazo-precoz-ecuador.html>. (acceso: 06/08/2014).

ElComercio.com. *Las relaciones sexuales son cada vez más precoces en el Ecuador*.
<http://www.elcomercio.com/tendencias/relaciones-sexuales-son-vez-mas.html>.
(acceso:03/04/2013).

ElMundo.es. *Pediatras ven extremo subir de 13 a 16 años la edad de consentimiento sexual*.
04/09/2013. <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/09/04/espana/1378312379.html>.
(acceso: 04/11/2014)

Engelmayer, Otto. *Psicología evolutiva de la infancia y de la adolescencia*. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1970.

Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Santiago de Chile, 1998.

F. Flores, Ivonne Melva y M. Lorena Aracena Morales. *Tratado de los Delitos Sexuales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica La Ley, 2005.

Ferrajoli, Luigi. “Derechos y garantías. La ley del más débil”. Citado en Farith Simon. *Derechos de la Niñez y Adolescencia Tomo I*. Quito: Cevallos, 2008.

Floris Margadant, Guillermo. *El derecho privado romano*. Naucalpan: Editorial Esfinge, 2005.

Fontán Balestia, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

Forum Libertas.com. *Se corrige un error de décadas: la edad mínima de relaciones sexuales consentidas pasará de 13 a 16 años.* 05/09/2013.
http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=27245.
 (acceso: 02/11/2014).

Gomensoro, Arnaldo. *La irresponsabilidad sexual de los jóvenes*. Quito: Curso Internacional de Adolescencia, 2011.

González Ortiz, Miguel Ángel. “La determinación del engaño típico en el delito de seducción”. *XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*. Guayaquil: Ara Editores, 2005.

Gutiérrez Calvo, Vera. “La edad mínima de consentimiento sexual pasará de los 13 años a los 16.” *El País*. 03/09/2013.
http://politica.elpais.com/politica/2013/09/03/actualidad/1378239222_040657.html (acceso: 04/11/14).

Guzmán Brito, Alejandro. *Derecho Privado Romano. Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

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

Ibáñez, José Enrique. (comp.) *La vida de los derechos de la niñez*. Bogotá: Imprenta nacional, 1997.

Kimmel, Douglas e Irving Werner. *La adolescencia: una transición del desarrollo*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1998.

Larrea Holguín, Juan y Rodrigo Merino Barros. *Derecho Civil del Ecuador: XI Las Obligaciones*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004.

Márquez, Arturo. *Legislación internacional sobre derechos del niño*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2000.

Martínez Novo, Susana. *Consentimiento Sexual, ¿cuestión de edad?* .12/09/2013. <http://blogs.20minutos.es/mas-de-la-mitad/2013/09/12/consentimiento-sexual-cuestion-de-edad/> (acceso: 30/10/2014).

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

Martorrel, Ernesto. *Tratado de Derecho Comercial*. Buenos Aires, La Ley, 2010.

Molinier, María. *Diccionario de Uso del Español*. Madrid: Editorial Gredos, 1998.

Mommsen, Theodor. *Derecho Penal Romano*. Bogotá: Temis, 1976.

Moreno, Lorena. "Relaciones sexuales cuando se es menor; el debate de la edad mínima." *Zoom News*. 01/06/2013. <http://www.zoomnews.es/55220/actualidad/espana/adolescentes-maduros-sexo-pero-no-votar> (acceso: 28/10/2014)

Parraguez, Luis. *Compendio Negocio Jurídico*. Quito: 2012.

Perinat Maceres, Adolfo. *Los adolescentes en el siglo XXI. Un enfoque psicosocial*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2013

Noguera Ramos, Iván. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Lima: Grijley, 2011.

Pavón Parra, Pedro Alfonso. *Delitos Sexuales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005.

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

Pérez Pérez, Neli e Ignasi Navarro Soria. *Psicología del Desarrollo Humano: Del Nacimiento a la Vejez*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2011.

Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Albatros.

Pierangeli, José Henrique. *El Consentimiento del Ofendido. Una teoría del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

Rodríguez, Marcela. “Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas.” *Las trampas del poder punitivo*. Haydée Birgin (comp.). Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.

Sánchez-Arcilla, José (ed.). *Las Siete Partidas*. Madrid: Talleres Editoriales Cometa, 2004.

Sánchez Mercado, Miguel Ángel. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011.

Sánchez Zuraty, Manuel. *Obligaciones y Contratos*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.

Simon, Farith. *Derechos de la Niñez y Adolescencia. Tomo I*. Quito: Cevallos, 2008.

Simon, Farith. *Derechos de la Niñez y Adolescencia. Tomo II*. Quito: Cevallos, 2009.

Simon, Farith. *Interés Superior del Niño: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. Quito: Ediciones IURIS DICTIO, 2014.

Sohm, Rodolfo. *Instituciones de derecho privado romano*. México D.F.: Ediciones Coyoacán, 2006.

Tenca, Adrián Marcelo. *Delitos Sexuales*. Buenos Aires: Astrea, 2001.

Torres de Mila, Gloria, Clara Vargas Trujillo y Elvia Vargas Trujillo. *Adolescencia y Sexualidad*. Bogotá: Planeta, 1996.

Torres Tópaga, William. “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.” *Lecciones de Derecho Penal*. 2da. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

Zacarés, Juan José y Emilia Serra. *La madurez personal: perspectivas desde la psicología*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1998.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General Tomo III*. Buenos Aires: Ediar, 1981.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal: Parte General III*. Buenos Aires, Ediar, 1987.

Zago, Jorge Alberto. *El Consentimiento de los Contratos y la Teoría de la Lesión*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1981.

Plexo normativo:

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

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

Código de la Democracia. Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de abril de 2009.

Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 737 de 03 de octubre de 2003.

Código Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

Código Penal argentino. <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigopenalargentino.pdf>.
(acceso: 15/10/2014).

Código Penal de Costa Rica. http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Costa_Rica.pdf.
(acceso: 22/11/2014)

Código Penal de España. <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-en-vigor.pdf>.
(acceso: 14/11/2014).

Código Penal de Uruguay.
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20080626_18.pdf. (acceso: 22/11/2014).

Código Penal ecuatoriano. Registro Autentico 1837 de 14 de abril de 1837.

Código Penal ecuatoriano. Registro Autentico 1871 de 03 de noviembre de 1871.

Código Penal ecuatoriano. Registro Autentico 1938 de 22 de marzo de 1938.

Código Penal ecuatoriano. Registro Oficial Suplemento 61 de 18 de abril de 1906.

Código Penal ecuatoriano. Registro Oficial Suplemento 147 del 22 de enero de 1971.

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

Convención sobre los Derechos del Niño. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

Digesto XLVII, 10.1, I5.

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

Jurisprudencia:

Cám. Casación Penal. Buenos Aires: Sala I, 28-8-2003, “Oviedo, Cristian Andrés s/Recurso de Casación”, JUBA.

Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No. 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º período de sesiones (2003).*

Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 12. Ginebra, 2009.

Comité de los Derechos del Niño. *Opinión Consultiva No. 14*, 29 de mayo de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 239.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC 21/14*, 19 de agosto 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-17/2002*, 28 de agosto de 2002.

Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Expediente de Casación 199. Registro Oficial Suplemento 109 del 13 de marzo de 2014. Juicio seguido en contra de Hector Quimis Gorozabel.

Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal. Resolución No. 656-2013-Sala Penal, contra el Señor William Chicaiza Chiluiza.

Corte Nacional de Justicia, Segunda Sala de lo Penal. Expediente de Casación 182. Registro Oficial Suplemento 24 de 17 de julio de 2013.

Corte Nacional de Justicia, Segunda Sala de lo Penal. Expediente de Casación 625, Registro Oficial Suplemento 186 del 01 de septiembre de 2011. Seguido por estupro contra Manuel Vargas Maldonado.

Corte Nacional de Justicia. Segunda Sala de lo Penal No. 884-2009. Expediente 884, Registro Oficial Suplemento 28 de 24 de Julio del 2013.

Corte Superior de Justicia de la Libertad. Exp. 3312-2007. Trujillo, 31 de marzo de 2008. Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011.

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal. Expediente 157. Registro Oficial 332 de 23 de mayo de 2001.

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal. Gaceta Judicial Año CI. Serie XVII. No. 3, p. 756 de 28 de julio de 2000.

Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal. Proceso 174-07. Sentencia 12 de abril de 2007. Publicado en el Registro Oficial 388 de 24 de Julio de 2008.

Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Penal. Expediente de Casación 116. Registro Oficial 88 de 21 de mayo de 2007.

GACETA JUDICIAL. Año LXXI. Serie XI. No. 3. Pág. 350. Quito, 29 de septiembre de 1967.

Juzgado Décimo Noveno de Garantías Penales. Juicio No. 2013-0199 seguido en contra del señor José Fabricio Armero Paillacho. 30 de agosto de 2013.

Juzgado Primero Penal del Circuito, Apartadó, Antioquia. 15.08.2002. Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011.

Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño, Dominican Republic, U.N. Doc. CRC/C/15/Add.150 (2001).

Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre de 2012. (http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20130308_01.pdf). (acceso: 12/12/2014).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Consulta 637-2008. Arequipa. 30/04/2008. Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011.

Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Lima. Exp. 80-1998. Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011.

Segunda Sala Penal de Arequipa. Exp. 1753-2007, 10 de agosto de 2007. Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011.

Segunda Sala Penal de Arequipa. Exp. 2156-2006, 28 de mayo de 2007. Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011.

Tercer Juzgado de Interpretación Preparatoria. Expediente 3312-2007. Trujillo. 31 de marzo de 2008. Miguel Ángel Sánchez Mercado. *El Consentimiento en los delitos contra la Libertad Sexual de los Menores*. Lima: Editorial Académica Española, 2011.

Unidad de Flagrancia de Garantías Penales de Pichincha. Expediente No. 17281-2013-1805, 28 de noviembre de 2013.

Unidad Judicial de Garantías Penales de Pichincha con competencia en delitos flagrantes. Expediente No. 17281-2013-1805, 23 de junio de 2013.

.
.