

Principio de proporcionalidad: Inconstitucionalidad de la norma que considera irrelevante el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años

Ab. Luis Hernan Altamirano Espinosa

Defensor Público Penal - Ecuador

RESUMEN

El anterior Código Penal y el actual Código Orgánico Integral Penal mantienen una disposición, que trata sobre la irrelevancia de la víctima menor de dieciocho años para los casos de delitos sexuales, obviamente incluyendo el delito de violación. El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, por lo que, el juez deja de ser simplemente *boca de la ley*, pues es el primer encargado de garantizar los derechos humanos, por lo que, debe tener un rol más protagónico. Ante esta norma se vulneran varios derechos, incluso de la supuesta víctima, como es el derecho a la libertad, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derechos sexuales y reproductivos, que al momento de aplicar el test de proporcionalidad como técnica de interpretación se concluye que dicha norma es inconstitucional.

SUMARIO

1. Disposición legal cuestionada
2. Bienes jurídicos protegidos en el delito de violación
3. Casuística
4. La centralidad de los derechos: Rol del Juez en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia
5. Principio de proporcionalidad: Técnica de interpretación constitucional
6. Derechos vulnerados con la aplicación de la norma cuestionada
7. Test de proporcionalidad a la norma cuestionada
8. Excurso: Relaciones sexuales entre adolescentes
9. Conclusión
10. Bibliografía

PALABRAS CLAVES

Delito de violación

Libertad sexual

Indemnidad sexual

Consentimiento

Adolescente

Estado constitucional de derechos y justicia

Proporcionalidad

1. Disposición legal cuestionada

El Código Penal derogado contemplaba en su artículo 512 el delito de violación y en su artículo 528.17, dentro del capítulo de disposiciones generales para los delitos sexuales y trata de personas, establece acerca de la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de edad, que textualmente señala que: “En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad, será irrelevante. [...]”¹.

Mientras que, el Código Orgánico Integral Penal que está en vigencia desde el 10 de agosto de 2014, en su artículo 175 numeral 5, que trata sobre las disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, indica que: “5. En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante”.

Es decir, en el estudio de las distintas propuestas que existieron sobre este tema para el Código Orgánico Integral Penal, no se tomó en cuenta ni se analizó a profundidad, por el peso político que era tratarlo - puedo decirlo, debido a que de muy de cerca estuve en el proceso de estudio y aprobación de dicha norma - por lo que, se optó por lo más sencillo, que es, ratificar textualmente dicho artículo, es decir, que será irrelevante el consentimiento de la víctima en delitos sexuales, causando con ello

¹Ecuador, *Código Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 147 (22 de enero de 1971), art. 528.17.

vulneración a otros derechos consagrados constitucionalmente, con la aplicación de esta disposición.

2. Bienes jurídicos protegidos en el delito de violación

Es importante resaltar que el derecho penal es fragmentario y se rige por el principio de mínima intervención penal, lo cual, significa que, residualmente entrará en acción, cuando otras ramas del derecho no puedan solucionar el conflicto y además, protegerá exclusivamente los bienes jurídicos más importantes y que por supuesto se encuentren constitucionalmente reconocidos.

Es así que, el Código Orgánico Integral Penal reúne los tipos penales en su mayoría por bienes jurídicos, y en lo que respecta a delitos sexuales, el bien jurídico según dicha norma es el de integridad sexual y reproductiva, que también lo garantiza la Constitución en el artículo 66 numeral 3, literal a), que trata sobre el derecho a la integridad y entre ellas a la integridad sexual, que dice: “a) La integridad [...] sexual.²”.

Sin embargo, para la amplia doctrina, cuando se trata del delito de violación, el bien jurídico protegido es la libertad sexual, con lo cual, se pretende garantizar que los comportamientos sexuales se realicen dentro de la libertad que cada persona tiene para decidir libremente si mantener o no una relación sexual, por lo que, el derecho penal busca sancionar a aquellas personas que no han obtenido de parte de la supuesta víctima o llamada también sujeto pasivo de la infracción, el consentimiento o que de alguna manera esta viciado el mismo, para mantener relaciones sexuales.

Lo cual, también se encuentra legitimado en el caso de delitos sexuales, en vista de lo que establece el artículo 66 numeral 9 de la Constitución del Ecuador, que señala: “El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad [...]”³”.

²*Constitución de la República del Ecuador*[2008], Tit. II, “Derechos”, cap. VI, “Derechos de libertad”, art. 66 num. 3, lit. a) ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 21.

³*Ibid.*, 22.

Para José Luis Díez Ripollés⁴, existen varias modalidades en que se puede lesionar la libertad sexual, en primer lugar, es venciendo la *voluntad contraria* que de alguna manera opone resistencia y con ello se dan agresiones sexuales violentas. Así lo contempla el Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 171 numeral 2, que indica: “2. Cuando se use violencia [...]”⁵.

En segundo lugar, están los comportamientos en que exista *consentimiento viciado* de la víctima, la cual, se da cuando hay engaño, intimidación o aprovechamiento de alguna circunstancia de superioridad o vulnerabilidad, que de igual forma, el Código Orgánico Integral Penal, señala en el artículo 171 numeral 2, lo siguiente: “Cuando se use [...] amenaza o intimidación”⁶.

En tercer lugar, cuando existe *consentimiento inválido*, es decir, la presencia de un consentimiento aparente pero no causa efecto alguno, ya que, no está en la capacidad de otorgarlo, ya que, se necesita una capacidad de comprender el sentido y trascendencia de la decisión y que efectivamente el mismo cuerpo legal, lo contempla en el artículo 171 numeral 3, que prescribe: “3. Cuando la víctima sea menor de catorce años”⁷. Sin embargo, existe una disposición contradictoria, que indica que en delitos sexuales es irrelevante el consentimiento otorgado por la víctima menor de dieciocho años.

Finalmente, considera dos modalidades más, cuando *no existe consentimiento*, es decir, no ofreció resistencia pero tampoco otorgó consentimiento, tal es el caso común del delito de acoso sexual y cuando la víctima no tenga la *oportunidad de manifestar la voluntad*, así lo contempla el artículo 171 numeral 1 del Código Orgánico Integral, que dice: “1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.”⁸.

Así mismo, cuando se refiere a que la víctima sea incapaz, el bien jurídico a proteger pasa a ser la *indemnidad sexual*⁹, cuya denominación ha predominado, pese a

⁴José Luis Díez Ripollés, “Libertad sexual y ley penal”, en Santiago Redondo, coord., *Delincuencia sexual y sociedad* (Barcelona: Ariel, 2002), 114-8.

⁵Ecuador, *Código Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 147 (22 de enero de 1971), art. 171 num. 2.

⁶Ibíd., art. 171 num. 2.

⁷Ibíd., art. 171 num. 3.

⁸Ibíd., art. 171 num. 1.

⁹José Luis Díez Ripollés, “Libertad sexual y ley penal”, 120.

que no ha existido un consenso doctrinario sobre la misma, ya que, para algunos se trata de una intangibilidad sexual, la cual consiste en proteger personas - que según la opinión social – son intocables, es decir debiendo permanecer al margen de comportamientos sexuales. Pero que, el fin último es evitar causar daños psíquicos irreversibles o limitar la normal formación sexual de la persona, por su especial estado de vulneración.

Sin embargo, existen legislaciones que en ciertos casos se han ido desligando de este bien jurídico protegido, para evitar interpretaciones relacionadas a consideraciones meramente morales de una sociedad, sobre lo que es correcto o no sexualmente, lo cual, podría ver vulnerado otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad.

3. Casuística

Si bien es cierto se encuentra vigente el Código Orgánico Integral Penal y no existen casos recientes, sí existen casos con el Código Penal anterior, y la relevancia es la misma, en cuanto la disposición que establece la irrelevancia del consentimiento de las víctimas menores de edad en delitos sexuales, la cual, se mantuvo casi textualmente, para lo cual, transcribiré pequeños fragmentos de las resoluciones, que evidencian que efectivamente se aplicaba esta disposición, pues en todos los casos, existió consentimiento y así lo expresaron las supuestas víctimas, sin embargo, siempre recibieron sanciones superiores a los ocho años.

Primer caso

“[...] Es también primordial 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 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[...] todo lo cual nos lleva a concluir, que las manifestaciones de voluntad y consentimiento dados por la menor de edad adolece de vicio, más aún, aunque la cópula hubiera sido cometida con voluntad y

consentimiento de la víctima, para la Ley Penal constituye delito de violación sin excepción alguna¹⁰”.

Segundo caso

“[...] En este sentido, se ha establecido la edad del consentimiento sexual, que en el Ecuador, y es la edad por debajo de la cual el consentimiento prestado para realizar actos sexuales no resulta válido a efectos legales, presumiéndose violencia o abuso, por parte del agresor en tales circunstancias, sin importar la existencia o no de cualquier violencia o abuso real, asimilándose o sancionándose como delito de violación. [...] Por lo que, el error de prohibición, aducido por la Fiscalía, además de no estar contemplada en nuestra legislación, de aplicarse contravendría norma expresa, resultando inconstitucional, en virtud de los artículos antes invocados. [...]”¹¹”.

4. La centralidad de los derechos: Rol del Juez en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia

Las Constituciones en sus primeros artículos suelen determinar las cualidades que caracterizan a cada Estado, que en el caso ecuatoriano el artículo 1 establece que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia [...]”¹²”.

Por lo que, por Estado constitucional, se entenderá que todo girará en torno de la constitución, la cual, dará el contenido al resto del ordenamiento jurídico, así como, de la estructura del poder. Siendo la constitución material, en cuanto contiene derechos que deberán ser protegidos y que son el fin del Estado, también es orgánica, debido a que, se establece los órganos que serán parte del Estado y que garantizarán los derechos y

¹⁰Ecuador. Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, [sentencia declarando improcedente el recurso de casación interpuesto por Vicente Tamayo Pastor en juicio penal por violación número 245-LN-2009], 11 de febrero de 2010.

¹¹Ecuador. Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, [sentencia declarando improcedente el recurso de casación interpuesto por Germán Manuel Chusín en juicio penal por violación número 636-2011 VR], 12 de marzo de 2013.

¹²*Constitución de la República del Ecuador* [2008], Tit. I, “Elementos constitutivos del Estado”, cap. I, “Principios Fundamentales”, art. 1 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 1.

procedimental, ya que, determina la existencia de mecanismos de participación, tanto para las tomas de decisiones como la elaboración de normas jurídicas¹³.

En este sentido, los derechos de las personas se convierten en límites del poder y vínculos con el poder, ya que, ningún poder puede violentar derechos y el poder está en la obligación de garantizarlos¹⁴.

Con referencia al Estado de Derechos significa que todo poder se encuentre sometido a los derechos de las personas, por lo que, el fin del Estado será el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos constitucionales, y por lo tanto, la centralidad de derechos sobresale frente al Estado y la Ley¹⁵.

Además, que el Estado sea de justicia, implica que las decisiones estatales estarán condicionadas por la Constitución y los derechos reconocidos en ella y así ser una organización social y política justa¹⁶.

Con referencia a aquellos derechos que son la centralidad del Estado, Gustavo Zagrebelsky¹⁷ considera que, no son conceptos absolutos, pues sería imposible su convivencia, por lo que, debe encontrarse prudentes soluciones que permitan la compatibilidad entre derechos, y es lo que lo llama la ductibilidad, como característica esencial del Estado constitucional.

Giovanni Priori Posada¹⁸, indica que, esta aseveración - de la compatibilidad de derechos - tiene consecuencias importantes en la práctica, pues en la interpretación constitucional debe existir una aproximación sistemática, por lo que la norma debe ser analizada en relación con todo el ordenamiento jurídico, y que a nivel argumentativo no es aceptable una defensa de un solo principio sin referencia a los demás, y el rol que desempeñe el juez será trascendental.

¹³Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría edit., *Constitución 2008 en el Contexto Andino. Análisis desde la Doctrina y el Derecho Comparado* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008), 22.

¹⁴Ibíd.

¹⁵Ibíd.,36.

¹⁶Ibíd.,28.

¹⁷Gustavo Zagrebelski, *El Derecho Dúctil* (Madrid: Trotta, 1995), 14-6.

¹⁸ Giovanni Priori Posada, “El proceso en el Estado constitucional”, en David Aníbal Ortiz Gaspar y Katty Mariela Aquize Cáceres coord., *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo*, t. VI, *Constitución, proceso y control político* (Lima: Ara Edit., 2013), 472.

La reduccionista idea de que el juez es boca de la ley es totalmente contraria al Estado constitucional de derechos y justicia, ya que, en ella existe una sumisión del poder judicial al poder legislativo, que para dar solución a un conflicto se remitía solo a la norma y realizaba un silogismo entre dicha norma y el caso, por lo tanto, no se evalúa su Valdez ni qué tipo de solución brinda, esta idea pertenece al Estado de derecho, por lo que, el juzgador se convierte en el primer garante del respeto a los derechos de las personas, y como lo manifiesta Häberle¹⁹, los tribunales de justicia se convierten en *tribunales constitucionales*.

Con respecto al rol del juzgador dentro del Estado constitucional, se refiere que ante un conflicto se debe otorgar una respuesta constitucional y no meramente legal, por lo que, la interpretación será siempre en relación a la Constitución, y si fuera el caso de que una determinada norma transgrede el contenido de la norma suprema, aquella puede ser inaplicada en el caso concreto por infringir la Constitución²⁰.

Sin duda el avance más importante sobre el rol del juzgador, es que el juez deberá resolver todo conflicto, exista o no la solución en una norma escrita, sobre esto Ramiro Ávila Santamaría²¹ menciona que: “el juez tiene la capacidad, en el sistema jurídico por principios, de poder resolver cuando hay violaciones a esos derechos que no tienen su correlato en una regla hipotética”.

5. Principio de proporcionalidad: Técnica de interpretación constitucional

Según Juan Cinciardo²², los tribunales de justicia vienen aplicando con mayor frecuencia el principio de proporcionalidad, como técnica idónea para garantizar el respeto integral de los derechos humanos por parte de los estados. En cuanto, el juez no

¹⁹Peter Häberle, *El Estado constitucional* (Lima: UNAM y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003), 224.

²⁰Giovanni Priori Posada, “El proceso en el Estado constitucional”, 474.

²¹Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino* (Quito, Huaponi Edic., 2016), 45.

²²Juan Cinciardo, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, en David Aníbal Ortiz Gaspar y Katty Mariela Aquize Cáceres coord., *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo*, t. V, *Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Constitucionalismo y principio de proporcionalidad* (Lima: Ara Edit., 2013), 451-2.

es garante de la norma sino de la justicia que puede encontrar en otra norma superior o más beneficiosa.

Con relación al principio de proporcionalidad se contraponen el principio de legalidad, cuando existen antinomias entre la Ley y la Constitución y le permitirá al juzgador sospechar de la constitucionalidad de la Ley, e incluso inaplicarla, pero también complementa al principio de legalidad, en cuanto, los legisladores y los juzgadores tendrán la obligación de materializar el principio de legalidad, debiendo los legisladores crear leyes apegadas a la Constitución y los juzgadores emitir sentencias apegadas igualmente a la Constitución²³.

En cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad, existen tres subprincipios a analizarse de manera gradual, que son establecidos por Carlos Bernal Pulido²⁴. En primer lugar, el subprincipio de *idoneidad*, es decir, toda intervención en los derechos fundamentales será adecuada para obtener un fin constitucionalmente legítimo. En segundo lugar, está el subprincipio de *necesidad*, en cuanto la medida de intervención de los derechos fundamentales será la más benigna, entre aquellas que fueron idóneas, por lo que, es necesario analizar la medida a aplicarse y las demás medidas alternativas disponibles. En tercer lugar, debe ser *proporcional en sentido estricto*, lo cual, significa que, las ventajas que se obtienen al intervenir en un derecho fundamental deberá ser mayor a los sacrificios sufridos por el titular del derecho fundamental.

Si fuera el caso de que, una medida de intervención de los derechos fundamentales no cumple con alguno de los subprincipios, vulnera el derecho fundamental que interviene y por lo tanto, debe ser declarada inconstitucional tal intervención.

²³Ramiro Ávila Santamaría, “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)”, en Miguel Carbonell edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 308.

²⁴Carlos Bernal Pulido, “Principio de proporcionalidad”, en David Aníbal Ortiz Gaspar y Katty Mariela Aquize Cáceres coord., *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo*, t. V, *Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Constitucionalismo y principio de proporcionalidad* (Lima: Ara Edit., 2013), 437-40.

6. Derechos vulnerados con la aplicación de la norma cuestionada

Cuando se trata de delitos de violación, el derecho a proteger es el de la libertad sexual, sin embargo, cuando se indica que es para los casos específicos de personas que legalmente no pueden otorgar su consentimiento, se trata más bien de la indemnidad sexual, la cual, en el caso específico de que se lo hace con respecto a personas incapaces para dar su consentimiento en relación a la edad, se refiere a las niñas, niños y adolescentes, por la protección especial que a este grupo vulnerable se debe otorgar por parte del Estado.

Sin embargo, debe ser analizado, si realmente son incapaces para comprender el acto sexual. En ese sentido, si se toma en cuenta que en la Convención sobre los derechos del niño, se define niño a toda persona menor de dieciocho años, aquello no quiere decir que exista tal incapacidad durante toda esa etapa, por lo que, se debe reconocer cierta autonomía, en vista de que, no solo es sujeto de protección sino sujeto de derechos, ya que, se debe reconocer una evolución a las facultades del niño, por una mayor grado de madurez según su edad²⁵, pues la adolescencia es una etapa de paso entre la niñez y la adultez, momento en el que más se producen cambios físicos y psicológicos, entre ellos debido a los cambios sexuales²⁶, siendo capaces de tomar decisiones respecto a sí mismo y su sexualidad. La realidad nos indica que la mayoría de personas se han iniciado sexualmente en la adolescencia, por lo que, plenamente pueden ejercer su libertad sexual, pues, el 46.7% de mujeres entre los quince y veinticuatro años de edad ya tuvieron su primera relación sexual encuesta realizada en 2004 y el 59.3% en 2012 realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos²⁷, con lo cual, se demuestra su incremento pese a que existe la tipificación del delito de violación, con respecto a la edad de los adolescentes, sin tomar en cuenta si ha existido consentimiento.

²⁵UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* 3ra. ed. (Génova: UNICEF, 2007), 7.

²⁶*Observación General No. 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño* (2003), introducción numeral 2.

²⁷Instituto Nacional de Encuestas y Censos, *Encuesta Nacional de Salud y Nutrición* (2012), en http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/ENSANUT/SaludSexual_y_Reproductiva/141016.Ensanut_salud_sexual_reproductiva.pdf>. Consulta: 26 de junio de 2016.

Pese a esto en el año 2005, se expidió la reforma en que se agrega la norma cuestionada, la cual, no fue justificada por alguna razón valedera, ni psicológica o biológica.

Cuando se aplica la norma que establece la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años se trasgreden otros derechos, que se relacionan principalmente con la propia supuesta víctima. El derecho a la *libertad*, que la Constitución de la República del Ecuador, lo garantiza el artículo 66 numeral 29 literales a) y d), que señala: “Los derechos de libertad también incluyen: a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres. [...] d) Que ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley²⁸”.

Como parte de la libertad se encuentra la *libertad sexual*, sobre la decisión de su propia sexualidad y disposición de su propio cuerpo, por lo que, si se tiene la capacidad de decidir sobre la sexualidad y se impide el mismo, se trasgrede la libertad sexual, por lo que, el Estado no debe intervenir en estos casos, por lo que, no debe sancionarse este comportamiento, sino exclusivamente cuando el consentimiento esté viciado o no exista.

Con respecto al derecho al *libre desarrollo*, consiste en la libertad general de actuar, de hacer o no hacer lo que considere conveniente, se entiende en el amplio concepto de libertad para lograr las diversas metas que autónomamente se haya propuesto²⁹, cuyo límite solo podrá encontrar en las normas jurídicas respetuosas de los derechos humanos y la libertad de las otras personas.

Así como, se vulnera este derecho cuando existen restricciones a esta libertad cuando se realizan por medios ilegítimos e irracionales, por lo tanto sin tener un fundamento constitucional válido, más aún, cuando la medida es calificada de perfeccionista, ya que el fin del Estado es imponer ideales de virtud personal³⁰, es decir, se tratan de medidas paternalistas que afectan a los derechos de los adolescentes.

²⁸Constitución de la República del Ecuador [2008], Tit. II, “Derechos”, cap. VI, “Derechos de libertad”, art. 66 num. 29, lit. a) y d) ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 22.

²⁹Colombia. Corte Constitucional de Colombia, [Sentencia No. T-222/92], en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-222-92.htm>>. Consulta: 26 de junio de 2016.

³⁰Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional* (Buenos Aires, Astrea, 1992), 166.

De igual forma, se afecta en el derecho a la *intimidad*, que se encuentra regulado en el artículo 66 numeral 20, que dice: “20. El derecho a la intimidad personal y familiar³¹”, entendiéndose a aquella parte de la vida de las personas que no es pública y que nadie debe acceder a ella y que sin duda el tener relaciones sexuales consentidas debe merecer una protección fortalecida en el ámbito de lo reservado.

Así también, se vulnera el derecho a la *igualdad*, cuando se reconoce un trato igualitario entre personas que tienen la misma situación, que constitucionalmente está amparado en el artículo 66 numeral 4: “4. Derecho a la igualdad formal, igualdad materia y no discriminación³²”. Se vulnera cuando se da un trato diferenciado a los adolescentes, cuando se considera que no pueden otorgar consentimiento en relaciones sexuales y por ende comprender su sexualidad.

Finalmente, se vulneran los derechos *sexuales y reproductivos*, generalmente se los ubica de manera conjunta, sin embargo, son derechos distintos aunque puedan o no coincidir en cada caso concreto, por lo que, por derechos sexuales se refieren específicamente a la sexualidad a tener un vida sexual libre, el derecho a su integridad y autonomía de su propio cuerpo, a la información y educación sexual y por derechos reproductivos, al hecho de reproducirse y a decidir cuantos hijos tener, así como contar con orientación en métodos anticonceptivos, que le permitan evitar embarazos no deseados y así prevenir enfermedades de transmisión sexual, y evitar abandonos escolares tempranos y con ello afectar el proyecto de vida, siendo las mujeres las más afectadas, es decir, la mayoría de las supuestas víctimas de delitos sexuales. Igual forma, se afecta al derecho a la salud sexual que implica la obligación de asegurar medios de prevención y tratamiento de enfermedades de transmisión sexual.

Caso muy crítico es la limitación al derecho de asistencia al parto, por el elevado caso de mortalidad maternal e infantil, que en la mayoría de casos se debe a una mala atención durante el embarazo, el parto e incluso después de él, mientras que, se ve afectado también el derecho a una información sobre sexualidad, para ejercerla de

³¹Constitución de la República del Ecuador [2008], Tit. II, “Derechos”, cap. VI, “Derechos de libertad”, art. 66 num. 20 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 22.

³²Constitución de la República del Ecuador [2008], Tit. II, “Derechos”, cap. VI, “Derechos de libertad”, art. 66 num. 4 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 20.

manera responsable, y que incluyen los casos de abortos inseguros, que a la final ponen en riesgo la vida.

7. Test de proporcionalidad a la norma cuestionada

Existen muchos derechos en juego, sin embargo, ninguno de ellos es absoluto aunque todos tienen una misma jerarquía, pudiendo existir restricciones a los mismos, por lo que, en el caso concreto se de hacer un test de proporcionalidad para conocer la constitucionalidad de la norma.

En el análisis de la norma cuestionada con respecto al *subprincipio de idoneidad*, se debe tomar en cuenta si la norma cuestionada persigue un fin constitucionalmente válido, la cual como se ha mencionado es la indemnidad sexual y en abstracto es un fin constitucionalmente válido, la cual protege a las personas que por su incapacidad no pueden otorgar consentimiento en las relaciones sexuales, pero si ella se pretende proteger a personas que en realidad sí pueden otorgar su consentimiento, devienen en distintos derechos vulnerados.

Por lo tanto, no puede el Estado criminalizar dichos comportamientos, en vista de que, no se ha demostrado que exista un perjuicio real en las relaciones sexuales consentidas cuando la víctima tenga de catorce a dieciocho años, e imponer una indemnidad sexual a quiénes efectivamente pueden otorgar consentimiento lo constituye en un fin constitucional inválido.

Tampoco es una medida idónea ya que no cumple con la función de prevención o disuasión, ya que, como se indicó, en la realidad se ha incrementado los casos en que existen relaciones sexuales consentidas a menor edad cada vez más.

Si bien es cierto, el análisis debe ser gradual, ante la existencia del primer subprincipio se debe analizar los siguientes, pese a que, no se debe pasar a los otros niveles, por no lograr pasar positivamente el subprincipio de idoneidad, se analizarán los mismos por su relevancia sobre este tema. Por lo que, con respecto al *subprincipio de necesidad*, se puede decir que, se deben considerar si existen medidas alternativas disponibles que vulneren de manera menos restrictiva los derechos, sobre esto se debe

indicar que, el derecho penal será de mínima intervención, por su carácter fragmentario, y que las medidas penales deberán ser de *ultima ratio* por lo que, existen medidas penales para evitar vulnerar una verdadera indemnidad sexual, es decir, de quienes no pueden otorgar consentimiento, como es el caso de menores de catorce años y que también está contemplado penalmente, pero si lo que se busca es imponer por parte del Estado una visión paternalista, para que no tengan relaciones sexuales los adolescentes de catorce a dieciocho años, en primer lugar, no es legítimo por no tomar en cuenta los derechos de la supuesta víctima como sujeto de derechos y que puede ejercer libremente su decisión sobre temas sexuales, aunque, se deben mantener delitos sexuales que afecten a este mismo grupo vulnerable cuando no exista o esté viciado el consentimiento y en segundo lugar, para proteger los demás derechos de los adolescentes que pueden verse afectados existen otras medidas no penales, como es la orientación y acceso a la información, para obtener una sexualidad más responsable.

Finalmente, con el *subprincipio de proporcionalidad propiamente dicha*, se examinará sobre la intensidad de la intervención con respecto a los fines que se busca proteger, que en el caso concreto es la indemnidad sexual, y en realidad, tampoco se cumple, en cuanto no se toma en cuenta el proceso de maduración y desarrollo, que sin duda es diferente entre adolescentes menores de catorce años y los adolescentes que pasen dicha edad hasta antes de cumplir los dieciocho años, lo cual, se ve agravado si se toma en cuenta la sanción que existe sin importar si existe o no consentimiento, y la relación que exista entre supuesto agresor y agredido.

Tampoco resulta proporcional si tomamos en cuenta que afecta a otros derechos a la propia víctima incluso llegando a correr peligro de muerte, frente a lo que en realidad pueda resolver el castigar este comportamiento, así como tampoco se ve afectado el principio de lesividad, con lo cual, no pasa de la antijuridicidad material, pero que sin embargo, sin un análisis psicológico y biológico se pretende castigar, afectando así el proyecto de vida de ambos.

Peor aún, si tomamos en cuenta que la sanción es de diecinueve a veintidós años, incluso mayor sanción que el delito de homicidio u otros delitos realmente graves, por lo que, el derecho penal no debe entrar en acción en ninguno de estos casos.

Por lo que, el peso de los derechos de libre desarrollo de la personalidad, derechos sexuales y reproductivos es de mayor intensidad que la indemnidad sexual aparente, ya que, efectivamente sí pueden otorgar la libertad, y lo único que se busca es educar de manera paternalista, sin conocer las verdaderas desventajas si es que existieran a los adolescentes que consienten en las relaciones sexuales.

Por todo lo indicado, deviene en inconstitucional el artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral, que establece la irrelevancia del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años.

8. Excurso: Relaciones sexuales entre adolescentes

Cuando ambas personas son adolescentes, la situación es verdaderamente aún más crítica, pues, el Código Penal anteriormente y hoy el Código Orgánico Integral Penal no diferencian si es cometido el delito por un adulto o un adolescente, por lo cual, es importante realizar un análisis al respecto.

Se debe entender que si la indemnidad sexual está para proteger a aquellas personas que de alguna manera por su edad no están en la posibilidad de entender el acto sexual, por sus distintas razones de madurez tanto psicológica como física, cómo el Estado puede llegar a sancionar a otro adolescente por estos actos?, pues, no puede ser un análisis matemático simplemente a ser tomado en cuenta para considerar la existencia del delito de violación, como cuando la supuesta víctima otorga un consentimiento pero tiene trece años y el agresor tiene catorce años por lo tanto, deberá existir informes psicológicos para determinar estos hechos, y en la realidad sucede con bastante frecuencia, lo cual, sucede en cuanto están descubriendo la sexualidad, y no debe haber consecuencia penal, ya que, en estos caso efectivamente se otorga consentimiento conociendo las consecuencias de un acto sexual, es decir, no ha existido engaño o porque ambos no conocen ni están empoderados de lo que significa un acto sexual y por lo tanto, no podría haber reproche penal alguno contra el adolescente.

9. Conclusión

Por todo esto, amerita indicar que deben suceder tres eventos con respecto a este tema, los cuales son: 1. De no existir una declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, deberá reformarse el mismo eliminándolo del texto; 2. Diferenciarse el delito de violación, si es cometido por un adulto o por un adolescente, cuando existe consentimiento, debiendo tomarse en cuenta el grado de maduración psicológica y física de los adolescente, ya que, un cálculo frío de marcar la diferencia en edades aunque sea un día de diferencia lo hace injusto y la consecuente vulneración a todos los derechos de los adolescentes enunciados; 3. Garantizar la vigencia de los derechos de los adolescentes por ser sujetos de derecho no solo sujetos de protección, para lo cual, se deberá tomar medidas no penales, tomándose en cuenta siempre el principio de mínima intervención penal.

10. Bibliografía

Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. En Ramiro Ávila Santamaría edit., *Constitución 2008 en el Contexto Andino. Análisis desde la Doctrina y el Derecho Comparado*, 4-38. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.

----- *El neoconstitucionalismo andino*. Quito, Huaponi Edic., 2016.

----- “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)”, en Miguel Carbonell edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 304-342. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Bernal Pulido, Carlos. “Principio de proporcionalidad”. En David Aníbal Ortiz Gaspar y Katty Mariela Aquize Cáceres coord., *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo*, t. V, *Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Constitucionalismo y principio de proporcionalidad*, 430-458. Lima: Ara Edit., 2013.

Cinciardo, Juan. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. En David Aníbal Ortiz Gaspar y Katty Mariela Aquize Cáceres coord., *Tendencias*

actuales del Estado constitucional contemporáneo, t. V, *Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Constitucionalismo y principio de proporcionalidad*, 450-73. Lima: Ara Edit., 2013.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. [Sentencia No. T-222/92]. En <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-222-92.htm>>. Consulta: 26 de junio de 2016.

Constitución de la República del Ecuador [2008]. [Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

Convención sobre los Derechos del Niño [1990].

Díez Ripollés, José Luis. “Libertad sexual y ley penal”. En Santiago Redondo, coord., *Delincuencia sexual y sociedad*, 114-43. Barcelona: Ariel, 2002.

Ecuador, *Código Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 147, 22 de enero de 1971.

Ecuador. Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. [Sentencia declarando improcedente el recurso de casación interpuesto por Germán Manuel Chusín en juicio penal por violación número 636-2011 VR]. 12 de marzo de 2013.

Ecuador. Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. [Sentencia declarando improcedente el recurso de casación interpuesto por Vicente Tamayo Pastor en juicio penal por violación número 245-LN-2009]. 11 de febrero de 2010.

Häberle, Peter. *El Estado constitucional*. Lima: UNAM y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

Instituto Nacional de Encuestas y Censos. *Encuesta Nacional de Salud y Nutrición*. 2012. En <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/ENSANUT/SaludSexual_y_Reproductiva/141016.Ensanut_salud_sexual_reproductiva.pdf>. Consulta: 26 de junio de 2016.

Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 1992.

Observación General No. 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño (2003).

Priori Posada, Giovanni. “El proceso en el Estado constitucional”. En David Aníbal Ortiz Gaspar y Katty Mariela Aquize Cáceres coord., *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo*, t. VI, *Constitución, proceso y control político*, 460-93. Lima: Ara Edit., 2013.

UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* 3ra. ed. Génova: UNICEF, 2007.

Zagrebelski, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 1995.