



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

RELEVANCIA EN EL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES DE EDAD
EN DELITOS SEXUALES

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía
Dr. Pablo Encalada Hidalgo

Autor
Pedro Sebastián Jerves Alvear

Año
2015

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Dr. Pablo Encalada Hidalgo
Doctor en Jurisprudencia
C.I: 1103857700

DECLARACIÓN DE AUTORIA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Pedro Sebastián Jerves Alvear
C.I: 0104457072

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres, quienes han sido fuente de inspiración, para seguir esta carrera y a Maria Victoria Jauregui.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de investigación a mis padres, a mi tío Tomás Alvear, a María Victoria Jáuregui y al Dr. Reinaldo Calvachi,

RESUMEN

El derecho y las leyes son un constructo social, pues no se puede legislar de forma aislada a los elementos culturales, sociales y a las realidades de cada momento y espacio. En ese contexto, los derechos minoriles, se han venido desarrollado tras una larga lucha, y a raíz de tratados internacionales y la Constitución de la República del Ecuador, los menores de edad, se han visto cada día más protegidos por normas orgánicas y ordinarias; sin embargo, ha habido rezagos en la Ley Penal Vigente, al disponer como irrelevante el consentimiento de los menores de edad en delitos sexuales. Esto a todas luces se contrapone al garantismo emanado por la Carta Magna, haciendo a estas normas ineficaces; además el legislador desconoce el ámbito psicológico, para establecer dicha disposición. Por otro lado, el bien jurídico protegido en estos delitos es la indemnidad sexual, por lo que, todas las discusiones sobre este bien recae en la antijuricidad material. En conclusión, cuando se determine que el consentimiento dado por el menor de edad es válido, no se puede proteger el bien jurídico de la indemnidad sexual, sino recae sobre la libertad y en caso de que no cumpla con todos los requisitos de validez, deberá el fiscal y el juzgador ampararse en informes psicológicos, con el fin de establecer si hay una lesión al bien jurídico protegido.

ABSTRACT

Law and the laws are a social construct, because you cannot legislate in isolation to the cultural and social elements and neither to the realities of each time and space. In this context, the rights of minors, have been developed after a long struggle, and as a result of international treaties and the Constitution of the Republic of Ecuador, minors, have been each day more protected by regulations organic and ordinary laws; However, there have been lags in the existing criminal law, because they order as irrelevant the consent of minors in sex crimes. This clearly contrasts with the emanated by the Magna Carta, making these rules ineffective; in addition the legislator unknown psychological part, to establish that disposition. On the other hand, the legal protected in these crimes is sexual indemnity, so all the discussion about this, lies in the illegal material. In conclusion, when it is determined that the consent given by the minor is valid, you cannot protect the legal right of sexual indemnity, but it falls on the liberty, and where it does not comply with all the requirements of validity, should the Prosecutor and the judge invoke in all psychological reports, in order to establish whether there is an injury to the protected legal asset.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO 1.- DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL CONTEXTO NACIONAL E INTERNACIONAL.....	2
1.1. Nociones Preliminares:.....	2
1.2. Noción Etimológica de la Palabra Derecho	2
1.3. Definición de la Palabra Derecho	2
1.4. Importancia del Derecho en la Sociedad.....	4
1.5. La Norma Jurídica o Ley	6
1.6. Definición Jurídica de Niño, Niña y Adolescente en el Ámbito Internacional y Nacional	7
1.7. Sobre la Evolución de los Derechos de los Niños.....	8
1.8. Desarrollo Normativo en Favor de los Niños, Niñas y Adolescentes.....	9
1.9. Principios Rectores de la Convención del Derecho del Niño.....	12
1.10. Derechos y Garantías Internacionales y Nacionales, Relacionados con la Autonomía de los Niños en sus Decisiones y a su Consentimiento.....	17
2. CAPITULO II. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN LOS DELITOS SEXUALES Y TIPOS SEXUALES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA RELATIVOS A LOS MENORES DE EDAD	21
2.1. Bienes Jurídicos Protegidos	21

2.2. Bienes Jurídicos Protegidos en los Delitos Sexuales.....	23
2.3. Sexualidad, Madurez sexual de los Menores de Edad y Consentimiento en el Derecho Penal.....	26
2.4. Etapas Psicosexuales y Madurez Sexual.....	27
2.5. Consentimiento en Materia Penal	31
2.6. Breve Historia de la Legislación Penal y de los Delitos Sexuales en el COIP	35
2.6.1. El Estupro y los Delitos Sexuales que atentan directamente la Indemnidad Sexual en el COIP	38
2.6.2. La violación.....	41
2.6.3. Distribución de Material Pornográfico a Niñas, Niños y Adolescentes	44
2.6.4. Corrupción de Niñas, Niños y Adolescentes.....	46
2.6.5. Contacto con Finalidad Sexual con Menores de Dieciocho Años por Medios Electrónicos	47
2.6.6. Conclusiones Generales de los Delitos	49
3. CAPÍTULO III. POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE SEXUALIDAD Y PRINCIPIOS RECTORES DE DERECHO PENAL QUE SE CONTRAPONEN A LA DISPOSICIÓN GENERAL DEL NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 527 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, ASÍ COMO, EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO A LA DISPOSICIÓN GENERAL MANIFESTADA.....	51
3.1. Políticas Públicas	51
3.2. Principio de Mínima Intervención Estatal	54
3.3. Antijuricidad Material y Principio de Lesividad.	55
3.4. Análisis económico del Derecho.....	60

4. CAPÍTULO 4.- PROPUESTA DEL TRABAJO	
DE TITULACIÓN.....	63
4.1. Introducción de la Propuesta.....	63
4.2. Objetivo de la Propuesta.....	63
4.3. Mecanismos para la implementación de la Propuesta.....	63
4.4. Conclusiones sobre la propuesta.....	70
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	72
5.1. Conclusiones.....	72
5.2. Recomendaciones:.....	78
REFERENCIAS	80
ANEXOS	83

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como punto de partida, entender a los adolescentes como sujetos plenos de derechos al respecto de su libertad sexual. Se establecerá en esta tesis un lenguaje claro y fácil, con el fin de que este texto sea dinámico para que cualquier persona, sin tener conocimiento jurídico o especialidad en los temas que se tratan dentro de esta tesis, entienda sobre derechos minoriles y delitos sexuales.

La presente tesis, si bien es cierto no es un tratado sobre delitos sexuales, consentimiento o derechos minoriles, es un comienzo para la investigación sobre estos temas que muy pocas veces han sido tratados conjuntamente, y si se lo ha hecho, estas investigaciones se han supeditado solo al ámbito jurídico, desplazando las ciencias que realmente son base para normar sobre el consentimiento de los menores en el ámbito sexual.

El tema a tratar es polémico, pero es algo que se debe abordar por la realidad y la importancia actual. Hoy en día es una necesidad discutir sobre asuntos que afectan a los menores, sin tabús; y la oportunidad para hacerlo, es dentro de la academia, con el objetivo de cambiar los esquemas clásicos y aportar con investigaciones que se apeguen a la actualidad y sean propositivas.

El trabajo analizará el consentimiento de los menores de edad en delitos sexuales, y se abordará este tema desde tres capítulos: El primero se refiere a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito nacional e internacional, el segundo bienes protegidos en los delitos sexuales y delitos sexuales en la legislación penal ecuatoriana y el tercero políticas públicas y eficacia normativa, culminando con las conclusiones y recomendaciones.

1. CAPÍTULO 1.- DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL CONTEXTO NACIONAL E INTERNACIONAL.

1.1 Nociones Preliminares:

Antes de adentrarnos a la materia de este trabajo de investigación, es de vital importancia, conocer la definición del derecho, el porqué de la mutabilidad de la norma jurídica en el tiempo; así como, la influencia de esta última en la sociedad, para así conocer si la disposición general establecida, en el numeral 5, del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal (2014), es eficaz y guarda relación con la realidad actual, que viven los adolescentes en el Ecuador. Pues dependiendo de la óptica con la que se mira al derecho, se pueden hacer aportes a esta ciencia, desplazando teorías caducas que se contraponen a la realidad.

1.2 Noción Etimológica de la Palabra Derecho

De acuerdo al autor Monroy, derecho viene de la palabra: “Directum, de digiere, dirigir, y encauzar”, es decir, esta palabra a todas luces demuestra que esta ciencia social, dirige o reglamenta a una sociedad. (Monroy, 2003, p.17)

1.3 Definición de la Palabra Derecho

Distintos autores conciben al derecho como el conjunto de normas que regulan a una sociedad, y que tiene el elemento coercible en caso de quienes estén subordinados a esta ciencia social, incumplan los mandatos estipulados en el conjunto de normas.

Lo antes explicado, se puede corroborar con las siguientes definiciones:

Abelardo Torré define al derecho como: “El sistema de normas coercibles que rigen la convivencia social” (Monroy, 1993, p.17)

Para Rafael Rojina, el derecho es: “Un sistema o conjunto de normas que regula la conducta, estatuyendo facultades deberes y sanciones” (El subrayado me corresponde) (Monroy, 1993, p.18)

Juliete Bonnacase, afirma que el derecho es:

“El conjunto de reglas de conducta exterior que, consagradas o no expresamente por la ley en el sentido genérico del término, aseguran efectivamente en un medio y época dados, la realización de la armonía social, fundado, por una parte, en las aspiraciones colectivas o individuales, y por otra, en una concepción aunque sea poco precisa, de la noción de derecho” (Monroy, 1993, p.18)

Para Gustav Radbruch dice que el derecho: “Es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea de derecho. La idea de derecho no puede ser otra que la justicia” (Monroy Cabra, 1993, p.18)

Y la última definición que se citará, al respecto del concepto del derecho, es la del autor Herrera, quien manifiesta que el derecho:

“Es esencialmente un producto “cultural”, que generalmente es resultado de la concepción de un determinado grupo social que establece las reglas de conducta humana desarrollada en comunidad, para alcanzar los fines que esa colectividad se ha propuesto según lo interpreten los titulares del poder” (Enrique Herrera, 2006, p.2).

Los conceptos antes dados, son concordantes; sin embargo, ciertos autores definen al derecho, no solo como el conjunto de reglas que norman, a la sociedad; sino también, como un instrumento traslativo de los deseos de la misma o de una cultura, en un tiempo y espacio determinado, al conjunto de normas; así como su realidad y las conductas emanadas por quienes conforman esa sociedad.

Los dos autores citados, Bonecasse y Herrera, abarcan el tema viendo a la sociedad como el eje central del derecho, pero no solo como administrados; sino, como colegisladores. Pues el legislador debe trasladar los deseos de la sociedad a la norma; así como, regular sus conductas y acogerse a la realidad. Pues al no regular las conductas de la sociedad y no tomar en cuenta los deseos de la sociedad, la norma sería ineficaz.

Por otro lado, Radbruch, habla que el fin último del derecho es la justicia; y claro abarca un elemento más, y de vital importancia; ya que, el derecho no se agota en la norma, sino se entiende al derecho como el conjunto de normas que dan a cada quien lo justo; sin embargo, el precepto de justicia no es un tema personal sino de sociedad, por lo que la justicia es mutable; es la idea de lo que conviene en el momento específico a una sociedad, pero como las conductas y los pensamientos, son mutables, la norma, y el derecho igual ;por lo tanto la justicia también lo será. Es decir, una norma o conjunto de estas, que en un momento dado fue justa, por el lapso del tiempo ,esa misma sociedad podrá pensar que fue o es injusta; o si en occidente se puede concebir como injusto el derecho musulmán, pero para esa sociedad cumple con su ideal de justicia. De esta manera ejemplificativa, se puede observar, que el derecho, la norma y la justicia, es un pensamiento de bienestar en un momento dado, para una sociedad o cultura en particular; y estos pueden cambiar por el lapso de tiempo y por el cambio ideológico de las personas que integran un determinado conglomerado.

1.4 Importancia del Derecho en la Sociedad

La unión de la especie humana, precauteló su existencia; sin embargo, esta unión no podía permanecer en el tiempo, si no se estipulaban reglas de convivencia, ya que sin estas, hubiera imperado la anarquía y hubiera producido otra vez una separación y la desaparición de los humanos. El derecho al comienzo, fue una herramienta de poder de un puñado de hombres, que se constituyeron como los manda más de un pequeño grupo de personas que formaban parte de su reino; sin embargo, esto fue cambiando y las

sociedades, distribuidas en territorios, lucharon contra la tiranía de grupos sociales y económicos, para demandar que sus intenciones y deseos, formaran parte de las regulaciones, buscando una igualdad y una “justicia” acorde a los pensamientos de aquellas épocas (Beccaria, 2010, p. 10).

Si bien es cierto siempre va a haber un círculo cerrado personas que tienen el poder, no es menos cierto que estas se deben al pueblo, y por lo tanto las normas que emanan deben estar asociadas a los ideales de los administrados y a la realidad vivencial de cada pueblo, sociedad y cultura, pues el incumplimiento de esta premisa por parte de quien está en el poder, puede enardecer a sus administrados, desencadenando en una guerra campal entre el poder estatal y el pueblo.

Lo antes dicho empata, con lo que Soriano establece: “Un derecho injusto es causa de disturbios sociales que pueden terminar con sus sustitución por otro sistema de derecho; un derecho excesivamente ineficaz puede determinar su falta de vigencia. El derecho perfecto sería aquel que a un tiempo reuniera todas estas características: el derecho válido, eficaz y justo” (Monroy, 2003, p.74).

Al respecto de la validez y la eficacia de la norma, se expresará en el tercer capítulo de este trabajo de investigación, pero a pesar de ello, hay que acotar que el precepto de justicia o injusticia, hay que tomarlo como lo que conviene a cierta sociedad en un determinado tiempo y espacio.

Una vez dada una breve y generalísima historia de la aparición del derecho en la sociedad, se analizará la importancia del derecho y la norma en las sociedades. Tal como se expresó en líneas anteriores, el derecho hizo que perdure la sociedad, canalizando los conflictos mediante terceros imparciales, los cuales buscan el bien común, acorde a los ideales de la época.

1.5 La Norma Jurídica o Ley

Aristóteles definió a la ley como: “El común consentimiento de la ciudad”, así también se puede observar que Gayo manifestó que la: “Ley es lo que el pueblo manda”. En otras palabras, podemos ver que la norma jurídica o la ley, al igual que el derecho es la voz de la cultura y de la sociedad a la cual regula.

Así también cabe resaltar lo que manifiesta San Isidro de Sevilla, citado por Monroy Cabra: “La ley ha de ser honesta justa, posible, adecuada a la naturaleza y a las costumbres del lugar, conveniente en el tiempo, necesaria, provechosa y clara, sin oscuridades que ocasionen dudas, y estatuida para utilidad común de los ciudadanos” (Monroy, 1993, p.169).

En ese contexto de cosas se observa que uno de los caracteres de la norma, es servir a una cultura y recoger sus creencias, vivencias y experiencias, con el afán de tener una regulación eficaz y válida.

De una forma más concreta se puede ver los caracteres de la norma, constreñida en ramas específicas como la constitucional y la penal, como se cita a continuación:

“(…) las cuestiones constitucionales no son primeramente jurídicas sino de poder: frente a la constitución jurídica, existe una constitución real, a saber, el resultado de los factores de poder presentes en la sociedad, y que condiciona la vigencia efectiva de la primera”(Prieto de Pedro, 2006, p. 43)

“(…) la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquélla ha de seguir forzosamente los cambios de éstos, y por consiguiente es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa.”

De las dos citas, se puede concluir que las leyes constitucionales y penales siguen la suerte de la sociedad y de los deseos de los administrados, esta

teoría para este trabajo de tesis, es extensiva a todas las ramas y leyes del derecho. La norma que no sigue los parámetros de la sociedad simplemente no se cumple en las relaciones cotidianas entre las personas.

1.6 Definición Jurídica de Niño, Niña y Adolescente en el Ámbito Internacional y Nacional

En el artículo 1 de la Convención de los Derechos de los Niños, a la cual Ecuador está suscrita, establece que se entenderá como niño a: “Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (Pasara, 2012, p.247).

De esta definición, se desprenden dos elementos: que toda persona menor de edad será considerada niño; y el segundo elemento que esto puede variar dependiendo de la legislación de cada país, es decir que si la legislación de un país establece que antes de los dieciocho años una persona es mayor de edad, esté ya no será tomado en cuenta como niño, sino como adulto. Lo antes dicho, comprende ciertos errores, pues la ciencia ha separado y ha diferenciado lo que es un niño y un adolescente, puesto que no tienen ni los mismos intereses, ni el mismo desarrollo y experiencia.

La legislación ecuatoriana (2011), en el artículo 4 del Código de la niñez y la Adolescencia, establece que niño o niña es quién no ha cumplido los doce años de edad aún y adolescentes, son quienes tienen entre doce años y dieciocho años; cabe resaltar que el Código Civil ecuatoriano en su artículo 21, tienen otra diferenciación, ya que clasifica a los menores de edad, de 0 a 7 años, como infantes, de 7 a 12 años como impúber a las mujeres y de 7 a 14 años a los hombres, así también, define como adolescentes a las mujeres de 12 a 18 años y los hombre de 14 a 18 años . Es importante esta diferenciación, para la protección de los menores y saber realmente cuando se le puede otorgar la facultad de ejercicio de ciertos derechos Además el Código Civil diferencia de una mejor manera, ya que las mujeres son más maduras que los

hombres, por lo tanto el rango de edad para considerarla adolescente es menor.

1.7 Sobre la Evolución de los Derechos de los Niños

A lo largo de la historia se han visto menoscabados los derechos de los niños, niñas y adolescentes; ya que fueron ignorados por completo hasta el siglo XX. Uno de los grupos que más ha sufrido, han sido los niños, niñas y adolescentes, porque se pensaba que eran inferiores.

Los niños, niñas y adolescentes, hoy en día son un grupo prioritario, que se les ha otorgado igualdad de derechos; sin embargo, esto es reciente, pues los niños antes necesitaban de sus padres para ser oídos, y muchas de las veces estos eran propiedad de los últimos. Desde el derecho romano, se evidencia que estaban al yugo de los padres de familias y estos tenían la potestad de disponer hasta de la vida de los niños, niñas y adolescentes que conformaban su familia. (Simon, 2008, P. 37)

Como se puede ver los niños, niñas y adolescentes, por largo tiempo fueron tratados como objetos o instrumentos y maltratados; pero al pasar del tiempo fueron adquiriendo derechos y esto se convirtió en algo progresivo. Claro está que hasta el siglo XVII se los veía como el futuro de la patria, por eso vieron la necesidad de formarlos y educarlos, pero no eran escuchados y no tenían igualdad de derechos; además la educación fue un privilegio de pocos. La visión señalada, cambió ciertos paradigmas, sobre todo para la protección especial de los menores de edad, es decir, que las personas se dieron cuenta que los menores de edad, por su calidad tenían derechos solo aplicables a ellos. (Simon, 2008, p.31)

El doctor Farith Simon, en su libro derechos de la niñez y adolescencia, manifiesta que: “La construcción del “sujeto niño” como una categoría distinta y diferenciada de los adultos es reciente”; para él es importante ya que es una “etapa diferenciada”. (Simon, 2008, p.31)

A pesar de que se haya diferenciado las edades, y se haya regulado algunas diferencias entre niños y adultos la protección fue leve, no fue hasta la época de la Revolución Industrial que se emanan normas realmente de protección de la infancia, sin que este cambio sistémico, haya regulado derechos como la privacidad de los infantes o niños para con sus padres; sin embargo, fue un punto de partida muy importante para la protección normativa. Para el Dr. Simon: “El proceso Histórico pone en evidencia la “tensión entre autonomía y protección” (Simon, 2008, p.39).

1.8 Desarrollo Normativo en Favor de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Como se comentó en el punto anterior, en la época de la Revolución Industrial se creó cierta normativa sobre la protección de los derechos de los niños, pero en 1924, a raíz de la Primera Guerra Mundial, se redacta uno de los primeros textos de carácter internacional, tomando en cuenta los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Este texto se llamó la “Carta del Niño”, esto con la intención de llamar a la reflexión a la comunidad internacional sobre la protección de este grupo, mediante un “cambio normativo y cultural” (Simon, 2008, p.40).

Posterior a la Carta del Niño, Englantyne Jebb, fundadora de la Unión Internacional de Socorro a los Niños, redactó en 1922 la Declaración de los derechos de los niños, que por su importancia, la Asamblea de la Sociedad de Naciones, la aprobó con el nombre de Declaración de Ginebra. Cabe resaltar que: “Más que establecer este texto derechos, establece obligaciones para la comunidad internacional ya que no se tomaba a la infancia como sujeto de derechos” (Simon, 2008, p.40).

La Sociedad de Naciones, fue sustituida por la Organización de Naciones Unidas, quien puso hincapié en los temas de derechos económicos, sociales, culturales y humanitarios; es por eso que se promulgaron varios textos referentes a derechos humanos, los cuales fueron el inicio para crear la Declaración de los Derechos de los Niños y constituirlos como sujetos de

derecho. Las Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 1948, aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual se tomó como base, con la Declaración de Ginebra, para crear la Declaración de los Derechos de los Niños. (Simon, 2008, p.41).

La Declaración de los Derechos de los Niños, fue creada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, y este fue aprobado el 20 de noviembre de 1959. Este Instrumento internacional es el primero en tratar a la infancia como sujeto de derechos, limitándoles en el propio instrumento por medio del preámbulo al determinar que tiene por: "...fin [...]tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian" (Simon, 2008, p.48). Este texto, a diferencia de otros instrumentos, ya no es generalizado, es decir, obliga a ciertas personas al cuidado y protección de los derechos de los niños, a quienes realmente tienen una obligación tanto jurídica, como moral para precautelar el interés superior del niño.

Por la relevancia de la Declaración de los Derechos de los Niños, al ser el eje de la Convención del Derecho de los Niños, se citarán los 10 principios de este instrumento, los cuales fueron reproducidos por el Dr. Simon, en su libro Derechos de la Niñez y la Adolescencia, tal como se verá a continuación:

“Principio 1.- El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños con excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Principio 2.- El niño gozará una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de

libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se entenderá será el interés superior del niño.

Principio 3.- El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

Principio 4.- El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Principio 5.- El niño físico o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especial que requiere en su caso particular.

Principio 6.- El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familias o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familia numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Principio 7.- El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los

cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Principio 8.- El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

Principio 9.- El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Principio 10.- El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes” (Simon, 2008, p.44-48).

Los principios antes manifestados, son de vital importancia; pues estos llegarían a ser la base de la Convención de los Derechos del Niño, así también, llamó la atención a la comunidad internacional. Posterior a esto las Naciones Unidas en 1979, instituyó el: “El Año Internacional del Niño”, lo que abrió los ojos a muchos países sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes. Ese mismo año las Naciones Unidas dieron inicio a la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño como resultado de una iniciativa del gobierno polaco.

1.9 Principios Rectores de la Convención del Derecho del Niño

Si bien es cierto, existe hoy en día un extenso número de tratados internacionales destinados a la protección de los derechos humanos que otorgan protección a los menores de edad, no es menos cierto que la

Convención de los Derechos del Niño, es una norma especial y el eje o la piedra angular de la cual derivan los derechos de los niños. Este instrumento es vital en el manejo de los operadores de justicia, con el fin de proteger y precautelar derechos de este grupo; así también, esta normativa al ser una convención o convenio, dejó de ser una simple declaración, lo cual hace que sea obligatoria y no un “saludo a la bandera” como fueron otros textos o declaraciones.

La Convención de los Derechos del Niño, prescribe varios principios generales, tales como: “No discriminación, interés superior del niño, derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, y opinión del niño” (Simon, 2008, p. 104). Pero uno de los más importantes y de los cuales se ahondará más en este trabajo es el interés superior del niño, no obstante, se explicarán a continuación todos los principios, por su relevancia:

El primer principio del cual se tratará, es el de no discriminación, establecido en el artículo 2 de la convención precitada. Este principio es de vital importancia para que no se soslayen los derechos de los niños por su sexo, edad, características físicas, étnicas, por su origen, su economía, por la formación de su familia; es decir, si está conformada por solo una madre y sus hijos o por padre y madre, o padres del mismo sexo. Además este principio emana algo muy interesante, que es dar cabida a la opinión del menor sin discriminación. (Simon, 2008, p.105-106)

La no discriminación es un principio pro hominem, establecido en varios tratados internacionales y éste promueve la libertad de los menores a exigir, solicitar, y opinar en ámbitos políticos, sobre servicios, pronunciarse en procesos judiciales, entre otros. En ese contexto de cosas, en base a este principio el niño adquiere una igualdad para el goce de todos los derechos y el ejercicio de algunos, sin que haya posibilidad de no ser atendido en caso de reclamo y a ser tratado con igualdad como si fuera una persona mayor de edad. (Simon, 2008, p.105-106)

El principio del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del niño, es uno de los principios que se recogen en varios textos relacionados a los derechos humanos, así también, en la carta magna. El derecho de la vida, es un derecho universal, que no solo protege a este grupo en especial, sino a toda la humanidad; empero, este principio es muy importante ya que protege a las personas desde la concepción, además prohíbe implantar la pena de muerte a los menores de edad, por los países que ratificaron la convención. (Simon, 2008, p.117, 122).

El derecho a la supervivencia, es un derecho muy limitado, que no está definido jurídicamente, por lo que deja al arbitrio de los operadores de justicia y países miembros; además hace pensar que es la protección solo ante la muerte, es decir que no incrementa los fallecimientos por partes de los niños, pero el derecho de desarrollo lo complementa, este derecho se refiere al bienestar y progreso físico, psíquico o mental, espiritual, moral, social, y cultural del niño. (Simon, 2008, p.120-129).

Otro de los principios importantes, establecido en el artículo 12 de la CDN, y que hace ver realmente como sujeto de derechos a los niños, es el principio de la opinión del niño, y que va de la mano con el de no discriminación e igualdad. Este derecho hace que de acuerdo a la edad y a la madurez, los niños sean escuchados en procesos judiciales y/ o en administrativos, y en todo lo que concierna a su interés, es decir, que se lo escuche cuando sus intereses puedan ser afectados. Cabe resaltar, que si la opinión vertida por el niño ha sido por coacción o por elementos externos como la fuerza, la manipulación, esta opinión es viciada y no tendrá cabida dentro del proceso. (Simon, 2008, p.122-125 y Cabrera Vélez, 2010, p.136-137)

Al respecto del principio sobre la opinión del niño, el Código de la Niñez y la Adolescencia (2011), en su artículo 273, establece que este derecho se lo dará cuando el niño tenga la madurez y las condiciones para hacerlo; su criterio se escuchará en privado.

El principio del Interés Superior del Niño, tiene sus orígenes en la Declaración de los Derechos de los Niños, y es el rector, al respecto de temas relacionados sobre los derechos de los menores, tiene dos aristas, la primera como directriz y la segunda como ponderación de los derechos de los niños sobre cualquier otro derecho, ya sea hasta un derecho colectivo. (Cabrera, 2010, p.23-26)

La Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 44, establece lo siguiente al respecto del Interés Superior del Niño: “(...) se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre de las demás personas”

El Código de la Niñez y la Adolescencia (2011), en su artículo 11, establece al Interés Superior del Niño, de la siguiente manera:

“El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.”

Para Gatica Y Chaimovic el Interés Superior del niño:

“Debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho

de prioridad del interés superior del niño/ niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/ niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritario en relación a los derechos del niño/niña.”. (Cabrera, 2010,25)

Bonnard sostiene que:

“El interés del menor puede ser visto desde un concepto tradicional, que lo considera como una persona protegida, o desde un punto de vista moderno, a través del cual se le visualiza como una persona autónoma. La primera forma es difícilmente conciliable con las necesidades de autonomía del adolescente cuyo interés es de ser ayudado a adquirir, paso a paso, su identidad como persona adulta autónoma, reconociéndole derechos y libertades que pueda ejercer por sí mismo.”
.(Juan Cabrera, 2010,p.26)

De lo antes citado, se desprende que efectivamente el principio del Interés Superior del Niño, obliga a las entidades públicas y privadas a adecuar de manera progresiva sus decisiones , protegiendo el interés de los menores; así como en caso de conflictos entre derechos, hacer prevalecer los del niño, niña y adolescente; sin embargo, el autor Bonnard aporta un elemento más y muy importante, que va de la mano con el principio precitado; el cual es la autonomía y el reconocimiento del ejercicio de los derechos del menor. En otras palabras el interés superior del niño, no debe estar supeditado solo a lo que piensen los adultos como beneficio del menor; sino como el niño o el adolescente ve su beneficio y a su vez como puede ejercitar sus derechos y libertades.

La legislación ecuatoriana, establece claramente los parámetros del Interés Superior del Niño, principio que si bien da protección a los menores de edad y prevalece sobre los derechos de los demás, tampoco puede estar investido de un libertinaje extremo, pues el interés superior del niño, es la toma de

decisiones, ya sean administrativas, judiciales, legislativas, a favor del niño, con un análisis de fondo entre el equilibrio de sus derechos y obligaciones.

1.10 Derechos y Garantías Internacionales y Nacionales, Relacionados con la Autonomía de los Niños en sus Decisiones y a su Consentimiento

En la actualidad hay un sin número de derechos para los niños, niñas y adolescentes, que se derivan de varios cuerpos legales, no solo especiales sino pro hominem, pues los niños tienen derechos humanos por ser personas, y además otros específicos por su estatus. En conclusión, es una rama bastante extensa, para poder explicar en este documento investigativo, es por eso se limitará a ciertos instrumentos los cuales son la base de los derechos de los menores de edad relacionados a sus opiniones y libertades, sin dejar de lado el enunciar ciertos instrumentos internacionales, los cuales precautelan y protegen a los derechos de los Niños.

La norma pilar de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es la Convención de los Derechos de los Niños, sobre este cuerpo legal ya se habló en el punto anterior de este trabajo académico; sin embargo, hay que enfatizar que es la norma especial de la cual derivan los principios que llegaron a ser vitales para la legislación internacional y nacional al respecto de este grupo.

No se puede dejar de lado las “Reglas de Beijing” (José Cabrera, 2010 p. 74), las cuales si bien es cierto no son vinculantes, pues son recomendaciones para los órganos de justicia en pro de los menores en los procesos judiciales que se ventilan en contra de estos últimos. Las Reglas de Beijing nacieron antes de la convención, pero el espíritu de protección estaba inmerso dentro de este instrumento legal. Este instrumento fue creado el 29 de noviembre de 1985, por las Naciones Unidas. (Cabrera, 2010, p.72,)

Las Reglas de Riyadh fueron emanadas por las Naciones Unidas, en diciembre de 1990, este instrumento marca las pautas para las autoridades que tienen a

cargo a menores de edad que se encuentren privados de su libertad; así también, establece innovaciones al respecto de la prevención de la delincuencia juvenil. (Cabrera, p.74, 2010)

Otros instrumentos que tienen una relevancia elevada sobre la protección de los menores a nivel internacional, son la “declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado”, el “Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre Cooperación Regional para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en situación de Vulnerabilidad”, este último instrumento fue ratificado por el Ecuador en el 2009, y tiene como fin la protección de los Niños, Niñas y Adolescentes en tránsito, así como, la localización de menores para su protección.

Cabe resaltar, que no solo la normativa que va dirigida a los niños exclusivamente, es fuente para los órganos judiciales y demás personas; pues como se explicó anteriormente, los Niños, Niñas y Adolescentes, son personas, por ende la legislación nacional e internacional los regula, con salvedades de algunas normas que se contrapongan con legislación o normativa especial y al principio del Interés Superior del Niño. Tales Instrumentos como la Declaración de los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, y el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, son instrumentos internacionales, que emanan derechos para todas las personas, incluidos a los menores de edad.

A nivel nacional, igual se mantienen dos normas pilares para la protección minoril, esta es la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico de la niñez y la Adolescencia, cuerpos legales innovadores y garantistas, que han dado un impulso a la protección de los menores y han extendido sus derechos. Tanto así que, hoy en día la Constitución de la República faculta el voto en elecciones a los adolescentes que hayan cumplido 16 años.

Todos los instrumentos legales citados, protegen a los niños, niñas y adolescentes de todo tipo de discriminación o distinción momentánea o definitiva; además todos estos instrumentos promueven la libertad de expresión, de opinión y de culto que tienen las personas y los menores de edad; opiniones que deben ser tomadas en cuenta en procesos tanto administrativos como judiciales donde esté en juego los derechos del menor; así también, su vida íntima, la protección a su integridad sexual, física y moral, salud, y ciertos derechos políticos para los menores,

A pesar de lo manifestado sobre la protección de derechos, hay normas burdas o antiguas dentro de los instrumentos nacionales que por un lado protegen a los menores y por otro los ponen en peligro, o a su vez dan derechos de ejercer ciertas facultades con autonomía como el voto y prohíben la administración de la sociedad conyugal. Otro ejemplo claro de lo mencionado es que la Convención sobre los Derechos de los Niños protege la salud y la integridad física, psicológica como se dijo antes pero no prohíbe el enlistamiento en temas bélicos a menores de 15 años.

La Constitución de la República (2008) establece varios beneficios para los menores de edad, como la salud sexual y la libertad de escoger responsablemente y de una manera informada sobre su vida sexual, salud y vida reproductiva. El autor Simon al respecto del artículo 66, numeral 9, manifiesta que los menores de edad están inmersos dentro de esta norma y en lo establecido en los artículos 20 y 26 de la Ley Orgánica de Salud; así también, expresa lo siguiente:

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

Pero a pesar de ciertas innovaciones en la constitución, normas infra legales soslayan estos principios y violentan la autonomía de los menores y el ejercicio progresivo de sus facultades. Un ejemplo claro es la disposición general establecida en el artículo 175, numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal. En ese contexto de cosas, la normativa no es armónica y se desdice, produciéndose antinomias o a veces vacíos que ocasionan ambigüedades para el juzgador y operadores.

2. CAPITULO II. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN LOS DELITOS SEXUALES Y TIPOS SEXUALES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA RELATIVOS A LOS MENORES DE EDAD

2.1 Bienes Jurídicos Protegidos

El Derecho Penal, tiene como fin precautelar bienes jurídicos mediante la pena, con el afán de llegar a una coexistencia social. Si bien es cierto el derecho penal tiene tintes de moral social, no se agota en esta, sino tiene otros factores que forman parte de esta materia, como los intereses políticos criminales y la mutabilidad de los intereses sociales, que dan valor a ciertos bienes en un determinado tiempo y espacio, que sin ser morales, deben ser protegidos. (Vergara, 2002, p.24; Albán, 2014, p.33-34 y Labatut Glana, 2007, p.4)

Vergara T. en su libro Manual de Derecho Penal, parte general, establece que: "(...) el bien jurídico" es sinónimo de "interés jurídico", tomando en cuenta que todo interés jurídico es consubstancial" (Vergara, 2002, p.183), para el autor de las acciones que se producen en el diario vivir, se crean nuevos intereses, los cuales algunos se irán instituyendo en bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, de acuerdo a la relevancia que tengan en la sociedad.

Así también, Mir Puig, considera que: "(...) El bien jurídico a proteger penalmente depende de los intereses y valores del grupo social que en cada momento histórico detenta el poder político. Los Códigos penales no protegen intereses históricos ni valores eternos desvinculados de la estructura social de un lugar y de un tiempo concreto".

Estos dos autores, insertan dos elementos a saber sobre el bien jurídico, el interés político criminal y el social, aunque este último hay veces que queda soslayado y desplazado y solo atiende a los deseos del poder de turno; sin embargo, una vez que es tutelado por la esfera del derecho penal ese bien jurídico está: "(...) a disponibilidad de una persona" (Zaffaroni, 2011, p.101)

Hoy en día, al vivir en un Estado constitucional de derechos, las normas infra legales, no pueden estar en desmedro de los derechos y garantías constitucionales, es decir, que los bienes jurídicos protegidos, ya no son solo los intereses jurídicos o valores que el legislador cree que a la fecha deben estar incorporados en las normas penales, sino que, estos deben adecuarse a las normas constitucionales, pues como dice el Dr. Hernán Salgado Pesantes, “La Ley suprema armoniza a la compleja totalidad de normas del sistema” (Hernán Salgado, 2014, p.60).

En otras palabras, más allá de los intereses políticos de turno, estos no pueden soslayar los derechos constitucionales, consagrados en la Constitución Ecuatoriana del 2008, pues de acuerdo a esto, toda norma debe estar adecuada formalmente y materialmente, a la norma suprema.

El Dr. Zabala Baquerizo, establece que el artículo 84 de la constitución es: “Un enunciado normativo más expresivo que diseña el Estado del Ecuador como garantista, pues, reconoce que existe un derecho sobre el derecho, tanto formal como material, que lo constituyen los derechos fundamentales y que son expresión jurídica de los valores centrales de la persona” (Zavala, 2009, p.22)

El cambio dado por la Constitución de la nación ecuatoriana, hizo que se entronice el Estado garantista, por lo tanto, se limita más el poder estatal, y trata de desplazar de la normativa y de los actos y hechos emanados por el poder público, la arbitrariedad. Este garantismo, también absorbió al derecho penal, “tratando de racionalizar al poder punitivo”. (Encalada, 2014, p.19).

En consecuencia a lo manifestado, los bienes jurídicos deben ir acorde a la Constitución de la República del Ecuador, pues el no hacerlo atenta contra la seguridad jurídica, definida por el artículo 82 *Ibíd*em, en el cual establece que la seguridad jurídica tiene como base el respeto a la Carta Magna.

2.2 Bienes Jurídicos Protegidos en los Delitos Sexuales

Los bienes jurídicos protegidos en los delitos sexuales, son dos, el de la libertad sexual y la indemnidad sexual. Estos bienes han sido tutelados recientemente, pues antes, el bien jurídico protegido era la honestidad, lo que violentaba libertades inherentes de la personas y dejaba al libre albedrío de los jueces la interpretación de la honestidad, por lo que ciertas mujeres se veían despojadas de una protección real por parte de la ley y del aparato judicial. Un ejemplo claro eran ciertos delitos perpetrados en contra de las mujeres que ejercían la prostitución, pues al no ser consideradas dignas no se configuraba la tipicidad, por ende no había ni antijuricidad y menos culpabilidad o responsabilidad por parte del agente que cometió alguna acción de carácter sexual menoscabando las libertades humanas de estas trabajadoras sexuales, que era discriminadas por un concepto retrograda.

Por lo antes dicho, en varias legislaciones se ha cambiado el bien jurídico protegido, en los delitos sexuales, ejemplos claros, se dan en la legislación penal español en 1989 y en la argentina en 1999. Cafferata Nores, tomado de Arocena, manifiesta: “Se ha redefinido el bien jurídicamente protegido, que pasa a ser la integridad sexual de la persona y no un concepto público de honestidad o la honra de varones allegados a la víctima...” (Arocena, 2012, p.4). Es decir que se deja de lado el escándalo que puede ser producido por un criterio de honra en general y protege el agravio que siente la victima por su calidad de humana, al verse inmiscuida con “injerencias sexuales”.

La libertad es uno de los bienes más preciados conjuntamente con la vida y la salud, y dentro de la libertad se ve inmersa la sexualidad, es decir: “La libertad sexual, entendida como el derecho de toda persona a mantener relaciones o realizar actividades de naturaleza sexual solo con su consentimiento, o – en un sentido más amplio- como el derecho de todo individuo a no verse inmiscuido en contextos de naturaleza sexual en contra de su voluntad.”(Arocena, 2012, p.5).

Este bien jurídico plantea que la víctima, por derechos inherentes a su persona, administre su vida sexual a su discreción, sin recibir ningún menoscabo o que mediante coacción se vea obligada a mantener actos de naturaleza sexual. “Para Creus, se protege la libertad sexual de la víctima, que el autor viola atacando su poder individual” (Alberto Donna, 1999, p. 512). Es decir, la persona debe tener el derecho de consentir o negar un acto de connotación sexual: “(...) se refiere al derecho de las personas, que tienen capacidad para expresar válidamente su conformidad, a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad (...)” (Cornaglia y Medina, 2011, p.77)

El segundo bien jurídico protegido en estos delitos, como ya se dijo es la indemnidad sexual, que se refiere a la protección a quienes no pueden brindar su consentimiento por ser incapaces, o padecer de cierta enfermedad mental, que disminuye sus capacidades cognitivas al respecto de entender sobre actos de naturaleza sexual.

Muñoz Conde al respecto de la indemnidad sexual, manifiesta que:

“(...) que en el caso del menor, protege su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso del incapaz o deficiente mental, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales.” (Muñoz Conde, 2009, p.193)

Para Arocena, la indemnidad sexual es la protección al: “Desarrollo progresivo de la sexualidad”, y de la madurez sexual, pues a su opinión, los menores de edad no han: “-alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual carece de capacidad para elaborar su propio plan de vida sexual y, en razón de ello, no puede prestar su válido consentimiento en esta materia” (Arocena, 2012, p.6)

Para la Dra. Medina, la intangibilidad o indemnidad se entiende como: “(...) el derecho a un desarrollo progresivo de la sexualidad, libre de injerencias

indebidas de quienes, por ser menores de cierta edad o incapaces, no pueden manifestar válidamente su consentimiento.”(Lorena Medina, 2011, p.77). Estos criterios, son concomitantes con aspectos psicológicos que luego se verán minuciosamente; pues es complejo establecer la edad en la que se podría dar inicio a la vida sexual por parte de menores, por lo que hacer general este enunciado, sería ilógico.

Muñoz Conde establece lo siguiente, en su libro Derecho Penal, Parte Especial;

“a) En el caso de los menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar la evolución y desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro. Ciertamente 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 al desarrollo psíquico y una mejor afectividad en las relaciones interpersonales futuras; pero actualmente se extiende cada vez más una tendencia a prohibir y sancionar penalmente cualquier relación de carácter sexual con menores, a los que prácticamente hasta la mayoría de edad (o incluso a algunos hasta el matrimonio) se pretende apartar el ejercicio de la sexualidad como algo pecaminoso o que puede pervertirlos.”(Muñoz Conde, 2009, p.194)

Es clara la posición de Muñoz Conde, pues atrás de esa consigna, de limitar a los menores de edad de la sexualidad, se esconde un pensamiento vago que no corresponde a realidades científicas, haciendo de la legislación o de la norma un tema antojadizo por parte del legislador, sin encontrar un asidero lógico- científico; así también, esta consigna a todas luces se contrapone contra derechos constitucionales y libertades inherentes del menor, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libre expresión u opinión, a de la libertad sexual y salud y vida reproductiva, consagrados en el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

2.3 Sexualidad, Madurez sexual de los Menores de Edad y Consentimiento en el Derecho Penal

La Real Academia de la Lengua Española, define a la sexualidad como: “Conjunto de condiciones anatómicas y fisiológicas que caracterizan a cada sexo; y como el apetito sexual, propensión al placer carnal”; sin embargo se considera dentro de este trabajo, que la definición dada por la Real Academia de la Lengua, no es completa y no recoge todo lo que la sexualidad conlleva. Por otro lado para el autor Cornaglia y Medina:

“La sexualidad humana normal es su polifacético y dual cometido: la procreación por un lado perpetuando la especie, y, por otro, la satisfacción del placer erótico. Ambos atribuidos de capital importancia en la formación e integración de la persona humana es su proyecto psicosocial (...). En definitiva, es indisoluble su vínculo al ordenamiento biológico de ser hombre o mujer” (2001, p.49)

La sexualidad constituye en los humanos una forma de expresión y de comunicación, esta forma es parte de la vida humana, es decir es inherente de la misma, en unos la sexualidad es más potenciada que en otros; sin embargo, no se puede desconocer que la misma, produce un desarrollo integral en los humanos.

“La valoración de la sexualidad debe hacerse de forma integral, no solo como expresión de la raíz biológica humana sexual bifronte, sino como una forma personal e intransferible de ser y manifestarse, que no comienza y termina en el propio individuo, sino que se proyectó mancomunadamente en otro ser y puede trascenderlos con la simiente de uno nuevo. Por lo tanto la sexualidad además de ser el mecanismo que asegura la reproducción de la especie, debe ser considerada con una experiencia comunicacional entre las personas”. (Cornaglia y medina, 2011, p.50)

La sexualidad no solo se constriñe a la reproducción, sino también al placer, claro está que lo manifestado, ha tenido muchas críticas y ha ido mutando, pues el placer y el erotismo se ha manejado como un tabú, que poco a poco, conforme la sociedad ha ido cambiando, este tabú se ha ido desplazando en el mundo moderno sobre todo en el occidental y cada vez más, se ve que la sexualidad se afianza en las sociedades hasta como una forma de rechazo a preceptos morales y religiosos, que han gobernado por siglos. Ejemplos de estas protestas son los desnudos protagonizados en calles públicas, con el afán de ser escuchados sobre la libertad sexual, otra forma de estas protestas es el llamado “*Body Painting*” o pintura en el cuerpo, que se usa muchas de las veces, con el fin de instaurar una consigna en contra de pensamientos antiguos y que han sido predominantes en las culturas.

Cabe resaltar, que la sexualidad no es sinónimo de madurez sexual, que puede ser reducida muchas de las veces solo a la experiencia sexual o la realización de actos de naturaleza sexual.

2.4 Etapas Psicosexuales y Madurez Sexual

La madurez sexual, se compone por dos aristas, la biológica y la psíquica; el desarrollo de estas dos no llega a configurarse en una ciencia cierta, ya que, depende de cada persona; así como genes y varios elementos más que hacen que una persona se desarrolle biológica y psicológicamente antes o después que otras, sin embargo la psicología, en un afán de establecer ciertas etapas de desarrollo psicosexual ha establecido cinco etapas a saber (Medina y Cornaglia, 2011, p. 52):

1. Etapa oral: Empieza desde el nacimiento hasta los 18 meses de vida en la cual se desarrolla el placer de la alimentación y la satisfacción de chupar, si succiona el busto materno se entiende como aceptación y si muerde el mismo se entiende como rechazo.

2. Etapa anal: Esta fase comprende desde los 18 meses hasta los 3 años en la cual el infante puede mantener placer o displacer, dependiendo de la expulsión o retención fecal.
3. Etapa fálica: Se extiende de los 3 años hasta los 6 años, en esta comienza la fase auto-erótica, es decir el principio del descubrimiento del cuerpo humano. Además se desarrolla el “Complejo de Edipo” y el temor a la castración.
4. Etapa de latencia: Se da desde los 6 años hasta la pubertad, esta fase es de ambigüedad sexual y para el autor se constituye el pensamiento social, lógico y moral que sustrae la vida psíquica al principio del placer, para ponerlo bajo control del sistema de realidad.
5. Etapa genital: Esta última fase y más importante para esta investigación en la que comienza desde la pubertad, comprendida desde los 13 hasta los 24 años, en la cual los órganos sexuales tanto de la mujer como del hombre se desarrollan hasta su madurez, comenzando el deseo y la actividad sexual.

En la fase numero 5 precitada, se puede desarrollar en algunas personas la madurez sexual, que es el cumulo “de valores sexuales, educación sexual y comportamiento sexual” (Elizondo, 2002, p. 124-125), así también otros autores incluyen: “a la libertad, la conciencia, la responsabilidad, la comunicación y la espontaneidad como parte de la madurez sexual y para que la sexualidad se pueda ejercer en plenitud y normalidad”. (Cornaglia, 2011, p. 51)

Para la autora Elizondo, una persona con madurez sexual tiene que tener las siguientes características:

1. “Entienden y aceptan los aspectos mentales, físicos, éticos, espirituales y sociales de la sexualidad humana.

2. “Basan su comportamiento sexual en un conjunto de valores personales cuidadosamente seleccionados y continuamente revisados.
3. “Son capaces de discutir sobre la sexualidad abiertamente y sobre todo, de externar sus preocupaciones sexuales, contacto y sensibilidad con su compañero(a).
4. “No utilizan el comportamiento sexual para manipular, presionar o perjudicar a otros seres humanos.
5. “Conocen, comprenden y aceptan la responsabilidad y consecuencias de su actividad sexual
6. “Son capaces de conocer los problemas sexuales y buscar ayuda”
7. “Asumen una responsabilidad activa de su salud reproductiva. (el destacado me corresponde)
8. “No permiten que sus deseos de gratificación sexual gobiernen su vida, más bien equilibran la gratificación sexual con otros placeres, valores y satisfacciones.”

Lo antes descrito fue corroborado por Guzmán Paredes, en el taller: “Adolescencia y Familia”, abalizado por la sociedad ecuatoriana de psicoterapia, dictado el 28 de marzo de 2015, en las instalaciones del Centro Especializado de Psicología Integral, en el cual verbalmente manifestó en un contexto general, que la madurez sexual es un cúmulo de cosas que van de la mano con los valores, pero que no está relacionado a la edad de la persona, pues esta puede alcanzar en su adolescencia, adultez o no llegarla a alcanzar.

Como conclusión sobre la madurez sexual, se puede entender que esta depende de los factores manifestados con anterioridad, es decir del biológico y del psicológico, dependiendo de la persona; sin embargo el primero por lo general todas las personas llegan a tenerlo; y el segundo no todas lo alcanzan, es decir que la madurez sexual no solo depende de la edad de las personas, sino de la madurez psicológica y emocional que pudieran llegar a tener las mismas.

Como se ve en la población estadounidense se da un índice muy alto de interacción sexual de jóvenes, pero esto no significa que aquellos sean maduros sexualmente; sin embargo hay una posibilidad de que ciertos jóvenes hayan alcanzados los dos factores de la madurez sexual, lo que conllevaría no solo al disfrute de la sexualidad, sino a un desarrollo integral y personal que beneficie a dichos jóvenes. Claro está, que una relación sexual pernicioso, y que se base en el disfrute del placer que este acto conlleva, puede llevar a una afectación psicológica y a un desgaste emocional; así como, a tener efectos y consecuencias graves como el embarazo adolescente, que se ha proliferado por la irresponsabilidad de algunos menores al momento de tener relaciones sexuales.

De acuerdo a la entrevista realizada a la Dra. Indira Ullauri, que se encuentra anexada al presente trabajo, la iniciación sexual comienza por lo general a los catorce años, aunque hoy en día, los índices a su criterio demuestran que menores de 12 años han comenzado la etapa exploratoria que puede derivar en relaciones sexuales; pero esto no demuestra una madurez sexual, la entrevistada asimila esta con la adultez, aunque puede haber una excepción a la regla y cree que se debe tomar este toma como “particular”. (Anexo 1)

Por último la normativa, al respecto de los delitos sexuales con menores de edad, trata de precautelar el bien jurídico de la indemnidad sexual, el cual a groso modo o a grandes rasgos protege la madurez sexual y no la experiencia que se tenga en este tema. Pero es destacable que en este mundo moderno y globalizado en el cual se han eliminado ciertas barreras del conocimiento, hay menores de edad que de manera virtual llegan a conocer sobre el acto sexual, sus consecuencias; a veces hasta mucho más que sus mismo progenitores; pese a este conocimiento, no necesariamente se llega a una madurez sexual, como se vio anteriormente, pero es un aspecto importante y un punto de partida para llegar a la misma.

En otras palabras, el conocimiento biológico y de métodos anticonceptivos, no hace a una persona madura sexualmente; sin embargo, la educación sexual es

primordial para precautelar que ciertos adolescentes que no tengan una madurez sexual, no mantengan relaciones sexuales y a su vez si las mantienen por curiosidad, se protejan y no tengan efectos colaterales que puedan afectar su futuro, el futuro de un tercero, es decir de un hijo fruto de esta relación.

2.5 Consentimiento en Materia Penal

El profesor mexicano, Vergara Tejada, recoge el siguiente concepto acerca del consentimiento: “Proviene del latín consensus, que se refiere al asentamiento consciente de alguien que jurídicamente tiene la facultad” (José Moisés Vergara, 2002, p.189). Por otro lado la Real Academia de la Lengua Española, define al consentimiento como: “Acción y efecto de consentir, manifestación de la voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente, en los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes”. Para la autora Escudero las definiciones que impliquen solo la aceptación o el soportar como sinónimos o conceptos del consentimiento, son limitadas; pues en el ámbito penal, no solo hay aceptación o solo se soporta, muchas de las veces el titular del bien jurídico realmente desea esa injerencia. (Escudero, 2014, p.39)

En otras palabras el consentimiento no es solo la aceptación de la injerencia, sino muchas de las veces, es el deseo de que un tercero realice actos que de no mediar un consentimiento, violarían los bienes jurídicos tutelados por la normativa penal, en caso de que el consentimiento sea válido y de que la legislación penal lo permita.

Cerezo Mir establece que: “El consentimiento no puede eximir de responsabilidad en los delitos en que se protegen bienes jurídicos supra individuales, es decir, cuyo portador sea la sociedad o el Estado”. En ese contexto, no excluye la culpabilidad del sujeto activo el consentimiento cuando este no es válido, o son bienes que no solo afectan al sujeto pasivo de la acción.

Una vez analizada la definición del consentimiento, se nombrará y explicará brevemente, los requisitos del consentimiento en materia penal, no sin antes, acotar que existe una diferenciación entre el consentimiento en esta rama y en la rama civil, pues, el consentimiento en estos ámbitos, son totalmente diferentes, autónomos e independientes. Esto porque la función del consentimiento en el derecho penal es suprimir una conducta delictiva y en el área civil es la modificación de derechos. (Escudero, 2014, p.153).

El primer requisito es la capacidad, la cual no está supeditada a límites de edad, sino al entendimiento de la afectación que se puede realizar a un bien jurídico. La autora Escudero al respecto manifiesta que:

“(...) la opinión absolutamente dominante es la de renunciar a establecer cualquier límite de edad , y exigir únicamente una “capacidad natural” que permita comprender el significado y el alcance de la renuncia, puesto que ello basta para garantizar el libre desarrollo de la personalidad. Dicha capacidad puede darse en el menor y en el que padezca una anomalía o alteración psíquica”. (Escudero, 2014, p.150)

Ciertos autores, incluyen el criterio de la razonabilidad de la decisión, es decir si por parte del sujeto pasivo consiente una violación a un bien jurídico, mediante una decisión ilógica e irracional: “Será una prueba de su falta de capacidad y juicio naturales (...)” (Escudero, 2014, p. 156).

El segundo es la libertad, este elemento se refiere a que el consentimiento es válido, si no media un vicio del consentimiento, es decir error, engaño, amenaza o violencia y por último a criterio de este trabajo sino ha habido de por medio dinero para el consentimiento de las relaciones sexuales. Acerca de esta última consideración el autor Cerezo Mir, manifiesta que: “El consentimiento ha de ser expreso y no puede haber sido obtenido mediante precio o recompensa.”(Cerezo Mir, 2008, p.657), así también, Escudero, cree al igual que Roxin, que: “Es necesario establecer la excepción de la irrelevancia del consentimiento cuando el motivo que llevó a consentir sea económico, para

evitar una intolerable comercialización de bienes personales” (Escudero, 2014, p.172). A decir de este trabajo de investigación, estos autores, además de los vicios del consentimiento, el momento que se da una dádiva o pago, se extingue la relevancia del consentimiento, pues se evidencia que no se entiende realmente el valor y la importancia de aquel bien jurídico, lo cual hace incapaz a la persona que lo da.

El momento, es el tercer requisito, el primero trata sobre el tiempo en el que se presta el consentimiento, este: “Tiene que ser anterior o simultáneo a la injerencia que se tolera y que, hasta ella, siempre es revocable.” (Escudero, 2014, p.179). Es decir, que el momento para que sea eficaz el consentimiento, debe ser antes o al instante de la injerencia para que no haya responsabilidad por la lesión al bien jurídico personal, ya que si es posterior solo será aplicable en los delitos que sean perseguibles a instancia de parte. Cabe resaltar que una vez prestado el consentimiento, el sujeto pasivo se puede retractar, lo cual haría que la injerencia sea arbitraria por parte del sujeto activo.

El cuarto requisito es la forma, en otras palabras, de qué manera se presta el consentimiento, ya sea expresa o tácitamente. La teoría de la conciliación y la más aceptada establece que:

“No puede bastar la mera aquiescencia interna del titular para dotarla de efectos jurídicos, pero tampoco han de exigirse los rigurosos requisitos civiles. Es necesario que el consentimiento sea manifestado hacia el exterior mediante *facta concludentia*, ya sea de un modo expreso- por escrito o verbalmente-, o tácito, pero no se requiere que la voluntad sea declarada ante el destinatario” (Escudero, 2011, p.184).

Se concuerda con este criterio y doctrina, ya que, no siempre se expresa el consentimiento de forma expresa, sobre todo en la materia de esta tesis, es decir de los delitos sexuales.

El quinto y último requisito, es que el bien jurídico sea disponible, en otras palabras se puede disponer de un bien jurídico que no tenga afectaciones a terceros o no sea colectivo. La legislación penal mexicana y colombiana establece como exclusión del delito al consentimiento; pero la ley penal mexicana a diferencia de la colombiana, establece los requisitos para que el consentimiento sea válido, y uno de estos es que el bien jurídico sea disponible. Como ejemplo se puede ver que se puede disponer de la sexualidad, pues es un bien personal, sin embargo, no se puede disponer de la vida, pues es un bien jurídico supra personal. (Vergara, 2002, p.189).

Es decir, un menor de edad podría disponer de la libertad sexual, si efectivamente cumple con los requisitos del consentimiento establecidos en este subcapítulo, además para que sea eficaz dicho consentimiento, no puede mediar, engaño, error, amenazas, violencia, o la obtención de un rédito económico, ya que al subastar un bien jurídico, hay la certeza de que el menor no sepa la importancia de dicho bien, por lo tanto, no tendría una capacidad natural.

Dicho esto, la disposición general atacada en este trabajo investigativo, violenta los derechos de los menores, que por largo tiempo han sido motivo de lucha por quienes defienden los derechos de los menores, pues el desconocer el consentimiento de los menores, es atentar directamente al derecho de opinión del menor, retrocediendo en el garantismo otorgado por la Constitución de la República del Ecuador.

Claro está, que la opinión, así como el consentimiento del menor debe ser abalizado, por psicólogos, quienes a través de informes motivados, harán conocer a los fiscales y jueces, si dicha opinión deriva de un entendimiento del menor sobre sus acciones, y de su propio juicio; así como, de la madurez del menor para la expresión de su consentimiento.

El consentimiento válidamente dado, establecido por los profesionales de la psicología y cumplido los requisitos ya señalados de acuerdo a la dogmática

penal, podría ser una causa de justificación, pues en este caso: “La protección del bien jurídico queda supeditada a la voluntad de su titular” (Muñoz Conde, 2004, p.311). Cabe señalar, que en la legislación ecuatoriana a diferencia de otras legislaciones como la colombiana o la española, el consentimiento, no forma parte de las causas de justificación, lo que haría imposible utilizar este argumento, a menos que se recoja este criterio dogmático, por parte del legislador a futuro.

Sin embargo, en caso de que el consentimiento otorgado por el menor de edad sea válido, se hablaría de otro bien jurídico protegido y disponible como es el de la libertad sexual, por lo que ese consentimiento excluiría la responsabilidad del sujeto activo; pues la injerencia sexual fue aceptada, cumpliendo todos los requisitos del consentimiento. La indemnidad sexual, al contrario no puede ser disponible, ya que este bien protege a personas que no tengan una capacidad o consentimiento válido. Por lo que, el consentimiento deberá ser analizado en cada caso específico, para ver el tipo de bien jurídico protegido.

2.6 Breve Historia de la Legislación Penal y de los Delitos Sexuales en el COIP

En el 2014 la legislación penal ecuatoriana, tomo un giro de ciento ochenta grados, pues la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, incluyó varios tipos penales innovadores y que se aplican a la realidad social y vivencial del Estado ecuatoriano; así también, agregó instituciones novísimas, que en el ámbito dogmático se encuentran en boga o que ya por su utilidad debían ser insertados dentro de este cuerpo legal y que fueron olvidados y no incluidos en los anteriores Códigos Penales. El doctor García Falconí, manifiesta que: “(...) En la parte general la situación del Ecuador era especialmente caótica, ya que presentaba un retraso de 50 y 100 años respecto de los demás países latinoamericanos (...)” (García 2014, p.23).

De acuerdo a la exposición de motivos establecida en el Código Orgánico Integral Penal, se desprende que el Ecuador ha tenido 5 códigos penales

anteriores a la promulgación del 10 de febrero de 2014, el último código derogado a partir de la fecha manifestada, sufrió cuarenta y seis reformas. Además había un sin número de normas penales en otros cuerpos legales, es decir: "Leyes penales impropias". (Albán, 2014, p.89)

Hay que aclarar que la misma suerte corrió la parte penal adjetiva, pero a partir de la reforma del llamado COIP, las normas penales, tanto sustantivas, adjetivas y relativas a la ejecución de penas, fueron aglomeradas en un solo cuerpo legal y muchas de estas se adecuaron a la Constitución de la República del Ecuador, promulgada en el 2008; así como, a los preceptos doctrinarios contemporáneos; empero, ha habido rezagos como en los delitos sexuales, tal como se verá a continuación.

El Código Orgánico Integral Penal (2014), contempla varios delitos sexuales, los cuales se encuentran dispersos dentro de este cuerpo legal. Cinco delitos se encuentran en el Título IV, Capítulo I, Sección Tercera, y el resto en la sección cuarta, del capítulo dos, del mismo título, bajo la denominación de delitos contra la integridad sexual y reproductiva.

Los primeros cinco delitos se encuentran en la sección de diversas formas de explotación; sin embargo, a criterio de este trabajo, estos delitos deberían estar incluidos en la sección de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, pues el bien jurídico protegido es el mismo que la denominación dada por la sección mencionada. Los delitos en la sección de las diversas formas de explotación, son los siguientes: explotación sexual de personas, prostitución forzada, turismo sexual, pornografía con utilización de niñas, niños y adolescentes; y el último la comercialización de pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes. Por lo general estos delitos son perpetrados, con un fin de lucro o una retribución en bienes, estos injustos mueven millones a nivel mundial.

Tal como se manifestó en líneas anteriores, los delitos de trata y de explotación sexual son un negocio redondo, que se han venido realizando a los ojos de las

autoridades en todo el mundo, aunque en ciertos lugares de Asia, como de Latinoamérica, se han proliferado; ya que mafias organizadas se han aprovechado de las necesidades de pueblos en los cuales los recursos económicos son mínimos. (Cornaglia, 2011, p.253).

Los delitos de la sección de diferentes formas de explotación, al igual que los delitos contemplados en la sección de la integridad sexual, están sujetos a la irrelevancia del consentimiento de los menores de edad; pues como se describió en el subcapítulo del consentimiento, estos delitos por lo general traen coerción, intimidación, fuerza, aprovechamiento y además el pago por las prestaciones sexuales, es por eso que los requisitos del consentimiento estarían viciados; por otro lado la capacidad está dada por el conocimiento del valor del bien jurídico y quien por dinero entrega al interés jurídico tutelado, no conoce la trascendencia del bien, por lo tanto es incapaz y no puede consentir. (Escudero, 2014, p.147).

Los delitos sexuales en la legislación ecuatoriana aludían a un criterio de moral pública, de buenas costumbres y de honestidad; sin embargo, al pasar del tiempo y con el desarrollo tanto jurídico como cultural, la legislación ecuatoriana pasó a proteger el bien que realmente cabía, es decir, la libertad sexual; sin embargo, no se palpaba el bien jurídico de la indemnidad sexual. Cabe resaltar, que estos capítulos han cambiado numerosas veces, mediante reformas y hasta derogaciones, como las del concubinato, el adulterio y las del estupro, el cual establecía que solo se cumplía con el tipo objetivo si la mujer era honesta.

El Dr. Albán, en su manual de derecho penal, establece que: “Al Derecho Penal no le corresponde el papel de guardián de preceptos morales que quedan librados a la decisión personal, por lo cual la ley penal le corresponde solamente el establecer sanciones para conductas que atentan contra los derechos de las personas y, especialmente, el derecho de optar libremente en materia sexual.” (Albán, 2014, p.831)

Se Comparte dentro de este trabajo con el criterio del Dr. Albán al respecto de que el derecho penal no puede dejar de lado bienes jurídicos importantes como los de la libertad sexual, y sustituirlos por preceptos morales que en el día a día puede producir una inseguridad jurídica y violentarían al principio de legalidad, ya que el juez, sería quien mediante sus ideales morales juzgaría.

Hoy en día el Código Orgánico Integral Penal, desplaza estos precepto morales en los delitos sexuales totalmente, e instituye a la integridad sexual como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales; claro está, que este se divide en la libertad sexual y la indemnidad sexual; sin embargo, al respecto de disposiciones generales dentro de esta sección, el legislador se ata a creencias sociales desatinadas, que han tenidos sus inicios desde el código anterior, hasta el actual, la referencia a la que aludimos es sobre la irrelevancia del consentimiento de los menores de edad en delitos sexuales. Cabe resaltar que en la sección de la cual se habla al respecto, aparte de estos bienes, también se protege el bien de la libertad reproductiva.

2.6.1 El Estupro y los Delitos Sexuales que atentan directamente la Indemnidad Sexual en el COIP

A raíz de la derogación del Código Penal de 1971, ciertas figuras e instituciones penales cambiaron, entre estas el estupro; sin embargo, este ilícito antes del COIP, ya había tenido reformas, pues antes solo protegían criterios morales; a la fecha, este tipo penal va más acorde a la doctrina, pues la redacción del tipo objetivo de estupro en la anterior legislación, era incongruente en relación con otras legislaciones.

Para la doctrina argentina, el estupro, ahora denominado en la legislación argentina como, el abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, trae la siguiente hipótesis: “Sometimiento sexual gravemente con acceso carnal, donde el autor en razón de su mayoría de edad o de su situación de preeminencia, se aprovecha de la inmadurez sexual de un menor mayor de trece años de edad y menor de dieciséis” (Medina, 2011, p.90).; es

decir que por la mayoría de edad o por un aprovechamiento del sujeto activo, la víctima, consiente la cópula sexual; sin embargo, por su falta de madurez sexual, este consentimiento es irrelevante.

Tal como se desprende de lo citado el bien jurídico protegido de acuerdo al estupro en la legislación argentina es la indemnidad sexual, a diferencia de la nacional; además se observa varias diferencias. En la norma argentina el sujeto activo es un mayor de 18 años o alguien que tenga preminencia a la víctima, en la legislación penal derogada, el sujeto activo era cualquier persona, por otro lado el sujeto pasivo a diferencia de la norma derogada y actual en el COIP, es menor de 18 años, en cambio en la argentina tiene que ser menor de 16 y mayor de 14.

Por las incongruencias del tipo penal de estupro en la anterior legislación, derivaron varios procesos en contra de menores que mantenían la cópula con otras personas de su misma edad. Los medios eran la seducción y el engaño en ese entonces, pero con la nueva legislación el único medio es el engaño; para la doctrina argentina basta el aprovechamiento que se puede dar por una seducción presunta. (Arocena, 2012, p.73).

Para el autor Arocena:

“La norma no reclama como necesario aquello que demanda la noción de seducción real, pues no exige una concreta conducta seductora desplegada por el agente, sino menos que eso. En los términos de la fórmula vigente, solo debe mediar un aprovechamiento del autor de la situación de la víctima, el que por cierto deberá ser debidamente acreditado por el juez.” (Arocena, 2012, p.73)

En ese contexto, la legislación era desacertada, pues sancionaba y reprochaba a los menores de edad que tenían relaciones sexuales con personas de su misma edad, y misma madurez sexual; y por lo general el sancionado era el varón; sin analizar, que de acuerdo a estos criterios no había aprovechamiento

de ninguna de las dos personas ni preeminencia; además si se seguía la lógica de la norma citada en el pie de página, los dos menores debían ser sancionados; ya que los dos atentaban contra la integridad sexual y psicológica, en caso de no tener la madurez sexual necesaria y un consentimiento inválido.

La jurisprudencia argentina ha dejado claro estos tipos de actos sexuales entre adolescentes, tal como se desprende de la siguiente cita:

“Por otro lado, en sintonía con una recepción por el legislador de la modificación de los comportamientos sociales que incluyen el sexo entre jóvenes que se encuentran en situaciones de igualdad. Se limitó fuertemente la incriminación del sexo con una persona de cualquier género entre trece y dieciséis años.”(TS Córdoba, Sala Penal, 10/12/08, “Herrera”, sent.336)

Con la nueva normativa y paradigma penal, promulgado el 2014; como se explicó con anterioridad el delito de estupro cambió radicalmente, por las siguientes razones: El sujeto activo, ahora solo puede ser el mayor de edad y el medio solo es el engaño. Es decir que ahora no se protege la indemnidad sexual, como se hacía antes; ya que este tipo tenía una doble protección de bienes jurídicos, el de la libertad sexual y el de la intangibilidad sexual. Esto porque al haber un vicio en el consentimiento, se considera como una injerencia en la sexualidad de la persona.

Tanto en Argentina como Ecuador estos ilícitos sexuales han mutado de acuerdo a la realidad social, sobre todo la figura penal del estupro es uno de los tipos penales que más ha variado. Sin embargo, el legislador ha hecho lo correcto y ha transformado ciertos elementos de este tipo, pues las descripciones dadas en este delito, en principio eran discriminatorias, ya que la conducta tipificada era muy abierta, en la que cualquier persona que hubiere tenido relaciones sexuales con menores o a su vez menor que hubieran mantenido coito, pudieran ser reprochados. Para ejemplificar, es conveniente

tratar sobre la legislación penal de 1975, en la cual se sancionaba si la mujer era honesta, esto dejaba abierta la puerta a interpretaciones morales por parte del juez y se discriminaba a mujeres que habían mantenido relaciones sexuales o que ejercían la prostitución; por otro lado, al respecto del último tipo de estupro reformado, cualquier persona que hubiere mantenido relaciones sexuales con menores de 18 años y mayores de 14 años, podía ser sancionada, pues el sujeto activo no era calificado (Menores recaían con sujetos activos también), además se tenía como elemento de tipo a la seducción, la pregunta es ¿Qué relación sexual se da sin seducción?.

2.6.2 La violación

Este ilícito constituye uno de los más graves en los delitos sexuales, pues atenta contra las libertades más básicas de las personas, esto sobre todo cuando hay una “imposición de la voluntad”, es decir cuando mediante coerción e intimidación, el sujeto activo doblega a la víctima. Los daños son sumamente graves a nivel psicológico, pues la violación, siempre deja sus huellas en las personas que han sufrido este atropello a su libertad sexual. (Albán, 2014, p.832).

Este tipo penal en la legislación penal ecuatoriana se da por dos situaciones o modos, uno cuando el sujeto activo ejerce violencia, amenazas o intimidación , el otro cuando hay un aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima que es menor de 14 años o cuando la persona este privada de la razón o por su discapacidad no pudiera resistirse, dándose una penetración sexual o una introducción parcial o total del miembro viril, oralmente, analmente o vaginalmente; o la introducción de dedos y objetos a nivel vaginal y anal.

La violación, también llamada abuso sexual con acceso carnal, en la legislación argentina, se da cuando el acceso carnal es: “Con un menor de trece años, mediando violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o el aprovechamiento

de la imposibilidad de la víctima de consentir libremente la acción, hubiere acceso carnal por cualquier vía.” (Arocena, 2012, p.33)

Así también la legislación española, sanciona a quienes realicen actividades sexuales sin engaños o violencia, con menores de 13 años, protegiendo la indemnidad sexual de los menores, por la falta de validez de su consentimiento. (Muñoz Conde, 2009, p.211)

De acuerdo a la legislación penal ecuatoriana, española y argentina hay dos bienes jurídicos protegidos, que están bajo el paraguas de la integridad sexual, estos dos sub bienes son la libertad sexual y la indemnidad sexual. Para el primer sub bien, debe mediar violencia, definida como: “Una energía física ejercida por el autor sobre la persona de la víctima o en su contra, con la finalidad de vencer su resistencia”, (Arocena, 2012, p.15), intimidación o coacción que se entiende de la siguiente manera:

“El anuncio de un mal a sufrir por la víctima, en su persona, bienes o secretos, o por terceros con los que tiene vínculos de afecto, cuya realización depende de la voluntad del que la fórmula, y que priva a la persona que la sufre de la libertad psíquica de manifestar su voluntad, contraria a las pretensiones del autor.” (Arocena, 2012, p.16)

Sin embargo, si se llega a dar una relación sexual, por medio del aprovechamiento de la madurez y de la preminencia del sujeto activo, hacia la víctima, las legislaciones antes mencionadas, sancionan, por atentar a la indemnidad sexual de los menores de edad.

Para el Dr. Albán existe un solo tipo de sujeto activo y sujeto pasivo en la violación, manifestando: “El Código nada dice sobre condiciones o calidades específicas que debiera tener el sujeto pasivo.” (Albán, 2014, p.834); lo cual se discrepa en esta tesis, pues al respecto de los sujetos que intervienen en este ilícito, hay que aclarar que el sujeto activo puede ser cualquier persona; sin embargo, los sujetos pasivos dentro de esta infracción pueden ser tres, el

primero cualquier persona de cualquier sexo, a quien se le someta o doblegue mediante la fuerza, amenaza o intimidación, o se halle privada de la razón, y los otros dos sujetos pasivos tienen calidades establecidas por la norma, una calidad es la de enfermo o discapacitado que no pueda resistirse a la infracción por su discapacidad o enfermedad, y la otra es la de menor de 14 años.

La acción nuclear de la figura de violación, es el acceso carnal o introducción del miembro viril, o de ciertos objetos y dedos en algunas zonas o cavidades humanadas establecidas por la norma. La doctrina y la jurisprudencia ha debatido mucho si a la referencia de acceso carnal o introducción del miembro viril ya sea parcial o total, la mujer puede tener la calidad de sujeto activo cuando la conducta se trate del acceso carnal o introducción del miembro viril; acerca de esto la legislación argentina realizó un cambio sustancial, protegiendo a las personas de ambos sexos, ya que, alterno la tipicidad de esta figura del solo acceso carnal, a cuando hubiere acceso carnal, tal como se cita a continuación:

“Al respecto, conviene recordar que el tipo legal exige que haya acceso carnal (penetración total o parcial del pene en el cuerpo de otra persona, por las vías admitidas por la ley), y no que el sujeto activo acceda carnalmente a la víctima. La ley se conforma, pues, con que exista un acceso carnal, sea que el sujeto activo desempeñe un rol activo en la relación sexual, sea que cumpla un rol meramente pasivo” (Arocena, 2012, p.37)

El artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal, en la conducta o en la descripción del acto establece: “Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril (...). Quien lo comete, será sancionado con (...)”. De lo antes dicho se intuye que cuando hay acceso carnal o introducción de miembro viril solo el hombre puede ser sujeto activo del delito, en casos en que solo haya acceso carnal e introducción del miembro viril, por lo tanto la protección derivada de esta acción, solo protege a las mujeres cuando hay coito. Por lo expuesto la norma no protege las relaciones sexuales o el acceso

carnal que tenga un hombre menor de 14 años con una mujer adulta, en este caso la indemnidad sexual del menor se vería afectada.

Muñoz Conde, sobre la penetración o acceso carnal manifiesta: “Parece, pues, que la mujer no puede ser sujeto activo de las conductas consistentes en una penetración (vagina, anal, o bucal), por lo que, en relación con el artículo 179, esta solo puede cometer la modalidad de introducción de miembros corporales u objetos, o responder como coautora si ejerce la violencia o intimidación para que otro realice el acceso carnal.” (Muñoz Conde, 2009, p.202)

De lo explicado, se evidencia una desprotección a los hombres menores de 14 años y a quienes se encuentran en un grado de inconciencia, enfermedad o discapacitados, en los casos que medie acceso carnal o introducción del miembro viril parcial o total. Esta desprotección se da desde la anterior legislación penal, hasta la actual. Por otro lado al respecto de las relaciones sexuales consentidas entre personas de la misma edad, no se las debe reprochar, si no hay una preminencia por parte del sujeto activo, esto si se encuentran en las mismas condiciones

2.6.3 Distribución de Material Pornográfico a Niñas, Niños y Adolescentes

El COIP, sanciona varios ilícitos relacionados a la pornografía infantil, los cuales no solo atentan contra la indemnidad sexual; sino muchas de las veces o la mayoría de veces contra la libertad sexual, ya que menores son obligados o pagados para realizar dicho acto que a opinión de Cornaglia: “Es un flagelo que amenaza a la integridad sexual de niños y adolescentes en todo el mundo. A partir de su propagación masiva por las nuevas tecnologías informáticas” (Cornaglia, 2011, p.239), es por eso que se considera como explotación sexual dichos actos.)

Por lo manifestado, no compete analizar a la pornografía infantil en esta tesis, pues se enfocará solo en los actos en los que el menor de edad

voluntariamente acepta ciertas conductas que solo vulneran la indemnidad sexual, a pesar de eso, cabía hacer una acotación sobre la pornografía infantil, para adentrarnos en la definición de pornografía, con el fin de estudiar el delito denominado distribución de material pornográfico a niñas, niños y adolescentes.

La pornografía, para el Congreso Mundial Contra la Explotación Sexual de los Niños es: “Todo material que contenga la descripción o exhibición explícita de órganos o actividades sexuales, concebido con la finalidad de estimular sentimientos no tanto estéticos o emocionales como eróticos”(Cornaglia, 2011, p.239).; pero no se debe confundir erotismo con pornografía , pues a decir de Cornaglia este tiene un componente artístico y la pornografía no, además acota que: “Es una exhibición directa, y a veces brutal de prácticas sexuales diversas, despojadas de cualquier otro tipo de connotación o intencionalidad que no se de provocar excitación sexual.” (Cornaglia, 2011, p.240).

De las definiciones dadas, se puede observar que la pornografía tiene un fin netamente sexual, desplazando y dejando de lado valores y sentimientos, es decir, puede ser nocivo para las personas, no solo para los menores de edad, que cabe resaltar son más susceptibles algunos a caer en el enviciamiento de este negocio rentable y perjudicial para la sociedad.

Arocena por un lado manifiesta que: “El material pornográfico es el conjunto de objetos que se caracterizan por resultar sexualmente viciosos por dirigirse a excitar un apetito desordenado por los deleites carnales” (Arocena, 2012,p.115), y por otro lado Cornaglia ratifica el aspecto nocivo de la pornografía al describirla como: “Una actividad industrial mercantil, negativa de los sentimientos y el amor, que transforma y distorsiona los presupuestos o fundamentos en los que se basa la sexualidad humana normal”.(Cornaglia, 2011,p.241). Dicho en otras palabras, es un negocio lucrativo que persigue la finalidad de producir excitación sexual.

El ilícito que se analiza, puede repercutir de forma negativa en el futuro de los menores, claro si se convierte en una práctica habitual, pues pervertiría a las personas, y afectaría al normal desenvolvimiento de los menores; sin embargo, en este delito, se debe analizar si realmente se lesionó el bien jurídico de la integridad sexual, pues, en caso de que no se convierta en un vicio no tiene una incidencia mayor; es más la mayoría de personas han visto este tipo de espectáculos alguna vez en su vida, lo cual demuestra, que cuando no se ha tornado en un vicio, difícilmente agrede a la integridad sexual.

2.6.4 Corrupción de Niñas, Niños y Adolescentes

Por la curiosidad los menores son presas fáciles de negocio de la prostitución y de la pornografía; pues las grandes mafias que operan en estos mercados, se benefician de los menores y los toman rehenes de estos vicios perniciosos, que al final del día se traducen en dinero.

La corrupción para la doctrina: “Es la depravación de los modos de la realización de la práctica sexual, esto es, el envenenamiento de las maneras de desarrollar la conducta sexual en sí misma.” (Arocena, 2011, p.80) En otras palabras violentan al desarrollo normal de los menores de edad pudiendo pervertirlos o depravarlos, haciendo que los actos sexuales futuros en los cuales se encuentren inmiscuidos se vuelvan “perversos o excesivos”. (Arocena, 2011, p.80).

La conducta típica y la acción nuclear del delito de corrupción de menores es promover o facilitar; el sujeto activo puede ser cualquier persona; sin embargo, el sujeto pasivo solo puede ser un menor de edad, pues el legislador trata de proteger a los menores de edad por que los ve vulnerables y como el futuro de un país, ya que los actos que se realicen en su infancia o en su adolescencia los puede marcar, siendo factible convertirlos en potenciales delincuentes.

Es decir más que la implicación de una iniciación sexual temprana que pueda derivar de esta conducta, el legislador, lo que quiere limitar es la “perversión

sexual” (Arocena, 2011, p.85), sin embargo, el mejor criterio, es el dado en el apartado 2.5.2, en el cual se manifestó que hay que analizar si se violentó o no al bien jurídico protegido, en otras palabras, analizar la lesividad del acto en parámetros científicos y comprobables, mediante la psicología.

2.6.5 Contacto con Finalidad Sexual con Menores de Dieciocho Años por Medios Electrónicos

De acuerdo a las nuevas tecnologías informáticas se han incrementado los ataques a bienes jurídicos con diferentes modalidades, tanto económicos, sexuales, de acoso moral o *bullying*, y ahora con su propia tipicidad los delitos informáticos; es por eso, que el legislador con el afán de proteger los intereses jurídicos y de frenar la impunidad ha adecuado la normativa, con el fin de reprochar a los infractores que se escudan atrás de un computadora o un sistema informático. Claro está que el encontrar a estas personas se hace complicado muchas veces por la competencia; pues, los ilícitos se realizan desde otros países en la mayoría de casos, resultando imposible dar con los responsables y solo rastreando la dirección IP.

El Código Orgánico Integral Penal, en su afán de insertar en la legislación penal ecuatoriana, injustos penales; con el fin de frenar abusos sexuales a menores de edad, ha implementado una figura titulada: “Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos”; pero pese a la buena intención del legislador ha recaído en crasos errores, pues esta norma en la legislación ecuatoriana, es una mala copia, de la figura denominada en la doctrina como el “*child grooming*”, que se explicará a continuación:

En la legislación argentina, el tres de noviembre de 2011, se aprobó por la Cámara de Senadores de la Nación, el proyecto de ley penal, que en su tenor manifiesta: “Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad; con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual” (Medina, 2011, p.78)

La doctrina define al *Child Grooming* como: “La acción dirigida a entablar una relación de autoridad y control emocional de un menor, a través de Internet, con finalidad de dominación sexual utilizando amenazas, violencia o coacción” (Cornaglia, 2011, p.228), es decir, esta figura delictual busca doblegar a la víctima, para cometer otros tipos de ilícitos sexuales. Las finalidades pueden ser varias como se cita a continuación:

- a) Filmación clandestina de imágenes o escenas pornográficas;
 - b) Filmación del mismo material contra la participación voluntaria de la víctima, finalmente consentida por el chantaje y la coacción a la que se ve sometida, (producción de pornografía infantil);
 - c) Tráfico, difusión e intercambio de las imágenes, (pedofilia en internet, comercialización de pornografía infantil);
 - d) Abuso sexual online o ciberabuso sexual de menores;
 - e) Corrupción de menores o abuso sexual de menores en tiempo real.”
- (Cornaglia, 2011, p.229).

Como se puede observar las finalidades del *child grooming* son varias, y por lo general para llegar a esos fines, los involucrados en el delito pasan por algunas fases, en las cuales el sujeto activo de la infracción primero gana la confianza de la víctima hasta llegar desinhibición sexual, para luego ser manipulada y chantajeada para la obtención de actos de naturaleza sexual. (Cornaglia, 2011, p.228)

La doctrina y la legislación argentina protege la libertad sexual de los menores de edad, pero pone como premisa que el victimario busque la perpetración de otro delito; pues, la sola finalidad para mantener relaciones sexuales sin engaño, coacción o chantaje no está tipificada, a diferencia de la legislación ecuatoriana, la cual trata de proteger tanto a la libertad sexual de los menores; así como la indemnidad sexual de los mismos.

El sujeto activo en esta figura no es calificado, pero el sujeto pasivo sí; ya que tiene que cumplir con la calidad de menor de edad. Este delito en la legislación

ecuatoriana es muy amplio, pues hasta una simple cita de enamorados para mantener relaciones sexuales, concertada por los medios que establece la norma, puede ser reprochado; un ejemplo es: Dos adolescentes de 16 años, mantienen una relación de pareja, por lo que a diario tienen conversaciones por uno de los medios establecidos en la norma, parte de dicha relación sentimental implica relaciones sexuales y uno de los menores de edad propone mantener un acto sexual y el otro acepta, esta conversación queda abierta en la computadora de la adolescente, y su padre revisa, por lo que indignado acude a la fiscalía a incoar una denuncia, acogiendo el tenor literal de la norma, es decir el principio de taxatividad, dicho menor debe tener un reproche llamado medida socio educativa, pues de acuerdo a la legislación ecuatoriana, los menores de edad son inimputables, no obstante para este trabajo la imposición de medidas socioeducativas, son sanciones penales.

Con todo lo manifestado, se desprende que la norma ecuatoriana precitada, sanciona hasta la más inocente conducta de acercamiento y propuesta por medios electrónicos para mantener relaciones íntimas, dejando los presupuestos de preeminencia al lado y el daño del bien jurídico. Además la norma sanciona a quienes mediante vicios del consentimiento o engaño en la identidad del sujeto activo, logren dicho acercamiento.

2.6.6 Conclusiones Generales de los Delitos

Los delitos analizados a todas luces tratan de proteger la indemnidad sexual, claro está que algunos tipos penales no protegen a ciertas personas, que deberían estar inmersas en esta protección; y por otro lado son tan amplios los tipos, que por su descripción, atentan contra el principio de mínima intervención del Estado y no se acoplan a las realidades actuales, en casos como relaciones o acercamiento entre menores donde no hay una preeminencia ni aprovechamiento; en ese contexto, cualquier adolescente que no tenga una finalidad perversa puede ser reprochado o a su vez un mayor de edad que sin aprovecharse de la inmadurez sexual de su pareja y que no esté en estado de

preminencia, contacte a su pareja con el fin de mantener relaciones sexuales sanas y que se deriven de un normal desenvolvimiento de relaciones amorosas.

3 CAPÍTULO III. POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE SEXUALIDAD Y PRINCIPIOS RECTORES DE DERECHO PENAL QUE SE CONTRAPONEN A LA DISPOSICIÓN GENERAL DEL NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 527 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, ASÍ COMO, EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO A LA DISPOSICIÓN GENERAL MANIFESTADA

3.1 Políticas Públicas

Las políticas públicas son lineamientos a corto o largo plazo que un Estado debe seguir, cosa que en el Ecuador se ha venido realizando desde el 2007 y que se ha establecido en el artículo 3, numeral 5 de la Constitución de la República, promulgada el 2008. En la actualidad, el Plan Nacional del Buen Vivir, que marca la trayectoria del Ecuador por 4 años, sin embargo, a raíz de estas políticas, los ministerios emanan políticas propias, pero que deben ser concordantes con el plan emitido por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

Estos programas de gobierno, marcan las pautas para las instituciones del estado ecuatoriano en materia económica y social, claro que deben mantener armonía con la Constitución de la República y deben propender al buen vivir, otorgando derechos a los administrados y “tratando de buscar el desarrollo del ser humano, como objetivo final”.(Plan Nacional del Buen Vivir , 2009-2013, p.24)

Ecuador en estos últimos 8 años dentro de sus textos legales y planes nacionales, ha planteado como garantía de los ciudadanos la protección a la salud, marco en el cual se encuentra inmerso la sexualidad, esta garantía se trata de prestar mediante programas realizados por el ministerio de salud, educación, de desarrollo social y de inclusión social. Esta garantía es claramente elevada a política pública, en el Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017, tal como se transcribe a continuación:

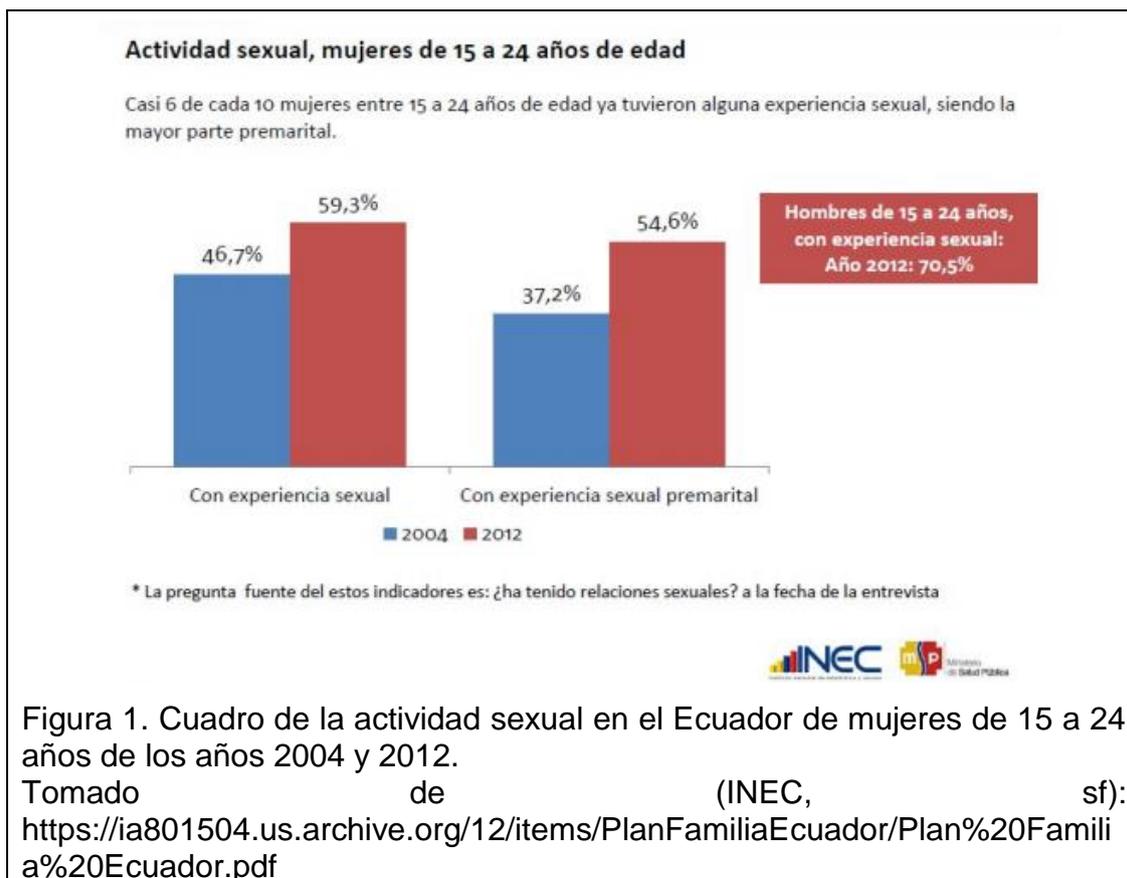
“3.5 Garantizar el acceso efectivo a servicios integrales de salud sexual y reproductiva, como un componente del derecho a la libertad sexual de las personas.” (Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017, objetivo 3, p.58).

Esta política pública ha sido la base para las acciones realizadas por el Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación, pues estas dos instituciones estatales desde sus áreas o muchas de las veces concomitantemente, han provisto a los adolescentes de instrumentos para la protección de su salud, así como para la prevención de embarazos adolescentes. El primer ministerio proveyendo de métodos anticonceptivos y de servicios profesionales en el área de la salud y el otro a través de la educación sexual.

Un avance gigantesco sobre la salud sexual, se dio el 25 de marzo de 2013, al publicar en el Registro Oficial No.919, el acuerdo ministerial No. 00002490, donde se expide el Reglamento para Regular el Acceso y la Disponibilidad de Métodos Anticonceptivos en el Sistema Nacional de Salud, vigente a la fecha; en el cual se establece lo siguiente:

“Art.2.- Los establecimientos del Sistema Nacional de Salud, proveerán la información y asesoría sobre el uso de métodos anticonceptivos; y entregarán los mismos al Nivel de Atención, incluida la anticoncepción de emergencia (AOE), a toda la población en general, especialmente a adolescentes, jóvenes, hombres y mujeres que lo requieran. La edad, la etnia, el sexo, la identidad sexo genérica, la condición migratoria, el nivel de instrucción no serán, en ningún caso, condicionamientos, para brindar esta información. Ninguna persona requiere autorización de sus familiares o de su pareja para acceder a la misma.”

Una posición acertada por parte del Ministerio de Educación Sexual, ya que los últimos índices del INEC, sobre ese tema, demuestran que se ha incrementado las relaciones sexuales de menores de edad en el Ecuador; como se ve en el cuadro citado:



De acuerdo a un artículo: “Chicas desde 14 años buscan métodos anticonceptivos en centros públicos y privados de Quito” del diario El Comercio, publicado el 9 de marzo, las menores de edad desde los 14 años acuden a centros médicos para la obtención de métodos anticonceptivos, este fenómeno se da no solo en el Ecuador, sino a nivel latinoamericano, pues de las investigaciones realizadas, se establece que el 22.15% de los menores de edad practican relaciones sexuales antes de los 15 años (Isabel María Salazar, El Universo, 2015, P. 1); además la figura de la unión de hecho se ha propagado en la adolescencia (Diario El Comercio, Ecuador, 2015, p. 1), sobre todo en la costa ecuatoriana, lo que hace que los adolescentes tengan vidas sexuales más activas.

Por el impacto de los embarazos, el Presidente de la Nación, propone un proyecto denominado: “Plan Nacional de Fortalecimiento a la Familia”, el cual tiene como objetivo implantar valores y brindar educación sexual a las familias

y a los adolescentes ecuatorianos; sin embargo, el contexto en el que esta redactado el proyecto haría entender, que se quiere retrasar la actividad sexual de los menores de edad, lo cual es absurdo, bastaría con proveer educación a los adolescentes, y que ellos tomen las decisiones en base al conocimiento de los riesgos que conllevan las relaciones sexuales, para así no afectar su derecho constitucional, de la libertad sexual, en los casos que su madurez sexual lo permita.

3.2 Principio de Mínima Intervención Estatal

El derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos e intereses jurídicos de los habitantes a los cuales regula; pero además de esta finalidad, tiene otra, que es la de limitar al poder punitivo del estado, y prohibir las arbitrariedades de los funcionarios judiciales, policiales y demás que se encuentran en superioridad ante el administrado; así también, de tipificar ciertas conductas lesivas a la sociedad y no veniales o que pueden estar reguladas mediante otro tipo de normas o puedan ser prevenidas de diferentes maneras. Para Carrasquilla (2011): “La legitimación del derecho penal supone en estas condiciones, no solo que los recursos punitivos se actúen en último extremo y por esto en el mínimo posible de casos, sino también y sobre todo que se operen en y sobre una sociedad relativamente justa.” (Carrasquilla, 2011, p.144).

El principio de mínima intervención, es un principio general del derecho penal, que tiene ciertas complicaciones al no estar claramente establecido en las legislaciones; en otras palabras, las normas no establecen que tan mínimo debe ser cada intervención penal. El autor Carrasquilla (2011), al respecto del principio de mínima intervención establece lo siguiente:

“Ninguna norma, en efecto indica que tan “mínimo” haya de ser cada derecho penal, pero la política criminal y la ciencia del derecho penal tienen identificados unos principios limitadores de cuya aplicación

resulta un derecho penal como subsidiario y fragmentario y la regencia en su seno de principios limitadores tales como los de necesidad, proporcionalidad, lesividad, culpabilidad, respeto de la dignidad etc.”

La legislación penal actual, en su artículo 3 contempla el principio de mínima intervención Sin embargo, muchas de las veces no se cumplen con este principio, pues se ve que en el COIP, se contemplan varios injustos, que violentan a bienes jurídicos que fácilmente podrían ser tratados por diferentes materias o que con ciertas políticas públicas podrían prevenir conductas tentativamente dañosas y lesivas para la sociedad. El Dr. García Falconi, establece que: “La mínima intervención nos propone la necesidad de la pena, donde esta no puede ser interpuesta mientras no se hayan agotado los medios de intervención y transformación social que tiene el Estado (...)” (García Falconi, 2014, p.49), precepto que no se da en nuestra legislación, puesto que se usa al ámbito penal como la solución a todos los problemas, tanto por parte del legislador como de los operadores de justicia (abogados). Un ejemplo claro sobre lo manifestado por el Dr. García, es la imposición de una medida socioeducativa a adolescentes que mantienen relaciones sexuales con sus pares, sin agotar políticas públicas preventivas y de educación; así como, la transmisión de valores en colegios y en la familia.

3.3 Antijuricidad Material y Principio de Lesividad.

El principio de lesividad o daño, deriva de la antijuricidad, es por eso que si no se adentra a su raíz, no se podrá entender apropiadamente este precepto establecido en el artículo 29 del Código Orgánico Integral penal.

La antijuricidad es uno de los tres elementos constitutivos del delito; sin embargo, este elemento se ve inmerso en todas las ramas del derecho, pues a groso modo significa una conducta contraria a la ley vigente, que lesiona bienes jurídicos. El doctor Albán lo define como:

“(…) un concepto común a las distintas ramas del Derecho. Una conducta o un acto antijurídico serán, exactamente, una conducta o acto **contrario al orden jurídico**. Es, por supuesto, un concepto que también se encuentra en el Derecho Penal y ya hemos dicho que es uno de los caracteres del delito, sin el cual el acto realizado no puede ser considerado delictivo. Así, pues, lo antijurídico-penal se dará en todos aquellos casos en que la conducta humana vulnere un derecho reconocido por parte del estado y al cual se ha dado protección penal. En definitiva, cuando se lesiona un bien jurídico.” (Albán, 2014, p.227)

Al respecto de la antijuricidad, la doctora Araujo (2009), establece lo siguiente:

“La antijuricidad es uno de los elementos constitutivos del delito, y se refiere a la caracterización de la conducta lesiva, como contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto, de ahí la necesidad imperiosa de que los delitos se encuentren descritos con claridad en la ley penal, con la finalidad de determinarse cuáles son las conductas que no se tolerarán dentro del grupo social, y que de presentarse la adecuación de la acción u omisión del alguien a lo descrito por la ley, se le impondrá la sanción del mismo modo determinada con la anterioridad por el legislador.”(Araujo, 2009, p.30)

De lo antes dicho se concluye, que la antijuricidad son conductas lesivas en contra de los bienes jurídicos tipificados en la ley penal, y que han sido perpetrados, sin estar bajo alguna causa de justificación.

Claus Roxin establece una diferencia entre la antijuricidad formal y la material, esta última entendida como el principio de lesividad, manifestando que: “Una acción jurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal, y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no puede combatir suficientemente con medios extrapenales”. (Claus Roxin, 1997, p.558).

Son importantes los conceptos dados por Claus Roxin y la doctora Araujo, pues los dos plasman un elemento importante dentro de la antijuricidad y es la lesividad a un bien jurídico socialmente relevante, es decir que si no violenta un bien jurídico relevante para la sociedad, debería estar tipificado en otra materia o a su vez, carecería de importancia para el derecho penal y sería ineficaz.

El doctrinario Raúl Zaffaroni establece al principio de lesividad como: “El cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.” (Zaffaroni, 2002, p.128).

De todo lo manifestado anteriormente, es incongruente e ilógico que los legisladores, tipifiquen y eleven a manera de injusto, conductas que no son penalmente relevantes y que no causen una incidencia social o una afectación a un objeto jurídico de un tercero. Carrasquilla en su libro reza que:

“(…) es inconstitucional la ley que instituya penas que no tenga por fin la prevención general mediante la tutela de bienes jurídicos determinados de los ciudadanos o de la comunidad, es decir, que defina como “hechos punibles” conductas que no los afecten con una daño o un peligro “efectivo” (proporcional a la gravedad de la pena que amenaza⁹; y, asimismo, la que so pretexto de hacerlo conmina penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles, o sacrifica otras garantías del imputado.” (Carrasquilla, 2011, p.250)

Así también, el profesor Zaffaroni, sostiene que: “Las acciones que no lesionan o afectan a terceros están fuera del poder del estado (Art.19 CN). (...) Por ende, no hay delito sin afectación de un bien jurídico ajeno” (Zaffaroni, 2011, p.43).

El artículo 29, claramente establece, que se debe lesionar a un bien, sin causa de justificación alguna, no hay antijuricidad, por ende esa conducta no es punible. Es decir que si no ponen en peligro o a su vez no lesionan bienes

jurídicos de un tercero y que sean socialmente relevantes, no deberá haber reproche a la persona, además para que exista la sanción obviamente los actos u omisiones deberán ser verificables y demostrables.

El autor colombiano Carrasquilla (2011), en uno de sus pasajes demuestra lo dicho en el párrafo inmediato anterior, determinando lo siguiente:

“Al exigir, de modo perentorio e irrecusable que solo haya pena para las conductas que, sin justa causa, lesionan o ponen en peligro efectivo el correspondiente bien o interés jurídico, el artículo 11 no solo declara impunibles las conductas que, con justa causa, dañen o amenacen un bien jurídico- penalmente tutelado, sino también las que carezcan de potencial causal para ello. Se excluyen, pue, de pena criminal, por carencia de antijuricidad tipificada, las conductas justificadas (falta de “antijuricidad formal”) y los hechos inocuos o inofensivos (falta “antijuricidad material”). También las conductas socialmente adecuadas (Welzel), las acciones insignificantes y socialmente toleradas de modo general (Roxin) y la participación mediante actos neutrales” (Carrasquilla, 2011, p.244).

En otras palabras, en los delitos en los cuales se protege el bien jurídico de la indemnidad sexual, el juzgador o el fiscal deberán cerciorarse que realmente se lesionó a este bien, y únicamente podrá hacerlo mediante informes periciales de profesionales de la salud, así como de psicólogos. Pues si no se demuestra que el acto de naturaleza sexual realizado por el sujeto activo, ha lesionado la integridad física, psicológica y el normal desenvolvimiento del menor de edad, no existe antijuricidad material, por ende no hay delito.

Es menester analizar si el menor que ha estado inmiscuido en actos de naturaleza sexual tipificados por la legislación penal, se encontraba en la quinta etapa psicosexual, denominada como etapa genital, y si el acto tiene derivaciones psicológicas demostrables de una perversión o perturbación y anormal desenvolvimiento en futuras relaciones sexuales, así como, un daño psicológico producido por la falta de madurez sexual en el menor.

Para la Psicóloga Liliana Angélica de Licitra, el examen psicológico para delitos sexuales, deben cumplir el siguiente requisito básico:

“a) Establecer el estado de maduración intelectual y emocional de la víctima; b) determinar el nivel de comunicación social e intrafamiliar, en relación a su esfera efectiva, c) Establecer los componentes valorativo y judicativos, estimando el estado de la conciencia moral o Súper Yo, d) Evaluar la coherencia del relato, verosimilitud, grado de credibilidad, nivel de fantasía y posibilidad de mendacidad o fabulación; e) Fijar el grado de influenciabilidad, sugestionabilidad o manipulación del relato; f) Describir la etapa evolutiva y de estructuración de la personalidad , g) Informar sobre la presencia de mecanismos de defensa del Yo, h) Determinar el grado de conocimiento que la víctima posee sobre la sexualidad humana. Curiosidades y anormalidades, i) Identificar la existencia de indicadores de trauma psicosexual (temor, culpa grave, vergüenza, baja autoestima, sumisión; etc.); j) Medir y cuantificar el daño Psicológico producido, (magnitud y extensión) (...)” (Cornaglia, 2011, p.207).

Hecho el análisis correspondiente y mencionado con anterioridad, si se desprende del mismo, no ha sido afectado por el acto de naturaleza sexual, se deberá entender que este actuó en el libre desarrollo de los derechos de personalidad y libertad sexual, que tienen las personas, entre esas los menores de edad.

En conclusión la antijuricidad se compone de la formal y por otro lado de la material, en la primera la conducta es contradictoria a la norma, sin embargo, no es punible si ha mediado una causa de justificación y en la segunda, si no ha habido o no se ha demostrado una lesión al bien jurídico protegido. Para Muñoz Conde: “Una acción que contradice la norma de manera puramente formal no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada, como tal la lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente. La esencia dela antijuricidad es por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico

protegido por la norma que se infringe, con la realización de la acción” (Muñoz Conde, 2004, p.301).

En este caso, es importante el análisis pericial, pues este servirá de base, para esclarecer si la conducta ha violentado o no el bien jurídico de la indemnidad sexual, en caso de que no haya habido un consentimiento válido por parte del menor, pues como se dijo anteriormente si no se ha lesionado el interés jurídico tutelado por la norma penal, la conducta no es punible, por lo tanto no podrá haber un reproche al supuesto sujeto activo.

Por tanto en función del artículo 29 del COIP (2014), esa conducta típica, no es antijurídica pues no lesiona un bien jurídico, siendo no punible.

3.4 Análisis económico del Derecho

Dependiendo de la óptica con la que se mira al derecho, se pueden visibilizar nuevas e interesantes categorías conceptuales, que van desplazando teorías inflexibles sobre su interpretación y construcción, que han pretendido ver al derecho como un constructo rígido alejado del desarrollo social, político y cultural. Hecho que al momento ya nadie puede sostener, pues es evidente que el derecho como constructo social y cultural que es, cambia respondiendo a determinadas necesidades políticas, sociales, económicas y culturales de cada momento histórico y sociedad. Por ello, el derecho penal y sus instituciones, en su proceso de evolución, han mutado acorde a las circunstancias que se planteaban en determinado tiempo y espacio.

Al derecho no se lo puede abarcar, solo desde la norma, pues hoy en día, se ha comprobado que esta rama social, camina de la mano con otras disciplinas, es decir, para analizar ciertas figuras jurídicas, se debe tener un visión multidisciplinaria e integral. El legislador, además de saber técnicas jurídicas para realizar proyectos de ley y aprobar los mismos, debe tener un equipo multifacético, con el fin, de tener normas eficaces y adecuadas para la sociedad.

Una de las disciplinas o ciencias relacionadas con el derecho en la actualidad, es la economía, la cual demuestra ciertas funciones de la ley; así como los beneficios normativos, y si los métodos para llegar a una solución normativa son los óptimos. Este tipo de estudios es llamado: “Análisis Económico del Derecho”.

En este contexto, y como enseña la escuela de Chicago entre otras, hoy la eficiencia y racionalidad normativa puede verificarse mediante la aplicación de ciertas herramientas de la economía aplicables a todas las instituciones jurídicas, a las que no escapa el derecho penal, y por el contrario se evalúa su eficiencia y racionalidad, considerando el objetivo de protección de un tipo penal, versus por ejemplo la sanción establecida. (Alvear Peña, 2014, p.17).

Por ello hoy, el AED, o análisis económico del derecho constituye una herramienta moderna y de mucha importancia para valorar las instituciones jurídicas.

El AED, para Eduardo Storneu, es:

“La aplicación de la teoría económica...a los fines de explicar el sistema legal, predecir sus consecuencias, o bien, recomendar cambios con la finalidad de obtener resultados eficientes u otras metas usualmente considerada valiosas....por tanto el AED, antes que se un desarrollo inter disciplinario, constituye centralmente la teoría de precios aplicada al sistema legal” (Alvear Peña, 2014, p.17).

Para la autora antes citada, el “verbo rector” de la disciplina denominada AED, es la “**EFICIENCIA Y LA RACIONALIDAD**”. ” (Alvear Peña, 2014, p.17); esto también lo corrobora, Posner, quien define al AED, como “*The science of rational choice in world-our world-in which resources are limited (...)*” (Cossío,2010, p.226), traduciendo lo citado se entiende como la ciencia de la racionalidad en este mundo, en el cual los recursos son limitados.

Explicada esta ciencia, se puede concluir que la disposición general del COIP, en la cual se establece que el consentimiento en los delitos sexuales es irrelevante, no es útil, racional y eficaz, debido que no tiene coherencia con la realidad, además se puede observar que mediante mecanismos extra penales, se podría solucionar los problemas derivados de ciertas conductas sexuales normales en la sociedad y que hoy se han tipificado. Económicamente es mucho más útil, emprender en políticas públicas que tengan como fin la protección de la indemnidad sexual, la salud de los menores, que sancionando con prisión a quienes realizan estas conductas que no han lesionado bienes jurídicos protegido y que no se han aprovechado de uno de los sujetos inmersos en la conducta, pues la sanción no merma los índices de enfermedades de transmisión sexual o de embarazos adolescentes.

El sancionar conductas que son normales en la sociedad y que no afectan a bienes jurídicos, demuestra que es un estado que aplica la intervención máxima del derecho penal, además las repercusiones sociales de internar o encarcelar a personas, tiene un costo económico alto para la sociedad y un efecto muchas de las veces de boomerang, pues quienes sufren estas medidas, se transforman en delincuentes de alta monta, por la mala calidad de los centros en donde se encuentran internados los menores o de los centros de rehabilitación social en donde se encarcela a mayores de edad.

4. CAPÍTULO 4.- PROPUESTA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

4.1 Introducción de la Propuesta

El trabajo de titulación en la carrera de Derecho tiene que ser propositivo e innovador, para así dar una posible solución a la legislación de un país por medio de reformas o implementaciones de nuevas instituciones jurídicas, facilitando la regulación de conductas o actos.

La propuesta se realiza acorde a una investigación minuciosa, teniendo como fin plasmar una hipótesis que pueda ser implementada en la normativa nacional. Esta investigación científica, con parámetros establecidos como son las normas APA UDLA y de rigurosidad académica, brindan una posibilidad de innovar y de aportar a las ciencias sociales.

El trabajo realizado ha tenido como base los derechos minoriles y el derecho penal, sin dejar las ciencias auxiliares y la multidisciplinaridad de lado, entendiendo que el derecho no es una ciencia aislada de las demás.

4.2 Objetivo de la Propuesta.

Demostrar las inconsistencias, antinomias e inconstitucionalidades, de la disposición general, establecida en el numeral 5, del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal (2008); así como de los artículos 171 y 173 del mismo cuerpo legal, amparado desde una visión social, cultural y multidisciplinaria.

4.3 Mecanismos para la implementación de la Propuesta.

La Constitución de la República del Ecuador, entrada en vigencia en el 2008, en su artículo 1 establece que el Estado ecuatoriano, es un Estado Constitucional de derechos, lo que desplaza a la ley como fuente primaria del andamiaje legal del Ecuador, es decir que, mediante una gradación normativa, establece a la ley, como una norma inferior a la constitución.

A raíz de la promulgación y publicación de la Carta Magna de la Nación, los operadores de justicia tuvieron que cambiar su visión, pues los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República, ya no fueron simples declaraciones, sino de aplicación directa. Además esta norma supra legal establece tal como se explicó en capítulos anteriores, la adaptación de las normas infra legales a la Constitución, pues de no hacerlo sería una norma inconstitucional que deberá ser desterrada de la legislación ecuatoriana.

Lo antes enunciado se establece en el artículo 84 de la Constitución, de la siguiente forma:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios, para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentaran contra los derechos que reconoce la Constitución.”

En ese contexto, la promulgación de una nueva normativa penal, debía ser adecuada y adaptada formal y materialmente a la Constitución de la República; sin embargo, el Código Orgánico Integral Penal, pese a ser una norma promulgada recientemente no cumplió con esta disposición taxativa en alguno de sus tipos penales, disposiciones generales y hasta procedimientos.

El COIP (2008) trajo consigo normas e instituciones jurídicas, que antes eran desarrolladas en otras legislaciones y en la doctrina, pero en la legislación ecuatoriana solo se las nombraba como referencia. Empero, más allá de la buena intención del legislador, las inconsistencias de ciertas conductas por falta de una buena redacción en los tipos objetivos han traído problemas graves en la aplicación.

Por todo lo manifestado, reformas urgentes se deben realizar al COIP, en normas como las siguientes que traen consigo inconstitucionalidades y dicotomías con figuras penales ya desarrolladas en otras legislaciones y que han sido correctamente tipificadas.

Entre estas normas están las siguientes: el numeral 5 del artículo 175 y el artículo 171 del código Orgánico Integral Penal (2014), trae consigo inconstitucionalidades, pues el primero establece que el consentimiento de los menores es irrelevante para los delitos sexuales, lo cual a lo largo de este trabajo se ha demostrado que vulnera el derecho a la libertad sexual, el derecho al desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud sexual; así como el derecho a la opinión del menor. Y el delito establecido en el 173 del COIP (2014) conlleva a una distinción entre hombre y mujer menor de 14 años, lo cual vulneraría el artículo 11 de la Constitución de la República (2008).

Además de las normas antes manifestadas el artículo 173 de la norma sustantiva penal, carece de un entendimiento de la figura denominada “*Child Grooming*”, violentando la certeza jurídica y el principio de mínima intervención del Estado.

Tal como se ha plasmado durante todo el trabajo de titulación y en líneas anteriores en este capítulo, la creencia de que el Código Orgánico Integral Penal, al ser un cuerpo normativo relativamente nuevo, ha solucionado todas las falencias de los anteriores códigos y se ha acoplado a los derechos dados por la Constitución de la República, es un error. Por más que sea uno de los cuerpos más nuevos en la legislación ecuatoriana, no ha adaptado figuras muy importantes y que han sido desarrolladas en otras legislaciones y la doctrina y tampoco a recogido otras instituciones de manera prolija.

Por lo expuesto, las reformas antes mencionadas son de vital importancia, mas una adicional, que es la adaptación del consentimiento como causa de justificación en la legislación penal.

El artículo 134 de la Constitución de la República (2008), establece que:

“La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde:

1. A las asambleístas y los asambleístas, con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el cinco por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional.
2. A la Presidenta o Presidente de la República.
3. A las otras funciones del Estado en los ámbitos de su competencia.
4. A la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones.
5. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional.
6. Quienes presenten proyectos de ley de acuerdo con estas disposiciones podrán participar en su debate, personalmente o por medio de sus delegados.”

Es decir, se abre un abanico de posibilidades para expedir y promulgar una ley que tenga como fin regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales y tipificar correctamente acciones que de forma irracional se encuentran establecidas en el artículo 171 y 173 del COIP, así como derogar el numeral 5 del artículo 175 y añadir o reformar el artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal, estableciendo al consentimiento como una causa de justificación dentro de los delitos en los cuales se puede disponer el bien jurídico.

Como se manifiesta anteriormente las opciones son varias para materializar las propuestas manifestadas, sin embargo, la más fácil sería proponer las reformas antes dichas a la Fiscalía o al Ministerio de Justicia, para que estos entes a su vez analicen el proyecto y remitan a la asamblea nacional para que se discuta este proyecto de ley.

En caso de no haber acogida, se podría tener contacto con una organización internacional que promueva los derechos minoriles o una ONG, domiciliada en el Ecuador para recaudar ingresos para la socialización del proyecto de ley y la recolección de las firmas que establece la constitución para que se discuta el sobre las reformas antes dichas.

Una vez llegado el proyecto y presentados a la presidente o presidenta de la asamblea nacional, se motivará la necesidad de las reformas y derogaciones al Código Orgánico Integral Penal, propuestos en este trabajo y acotando que se trata de una sola materia, para que siga el proceso legislativo de acuerdo a los artículos 136 y siguientes de la Carta Magna (2008); es decir:

El proyecto de ley deberá ser difundido públicamente mediante un extracto, enviarse para la calificación por parte del Consejo Administrativo de la Asamblea, con el fin de que revise los requisitos establecidos en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa (2009); esto es, que cumpla con motivación y articulado, que sea de una sola materia y cumpla con los requisitos establecidos en la norma supra legal y legal al respecto de iniciativa legislativa, remitiéndose a la comisión legislativa que corresponda, para la realización del informe que deberá ser enviado para los debates en la Asamblea Nacional y en caso de ser aprobada se enviará al Presidente de La República para que sancione o apruebe el proyecto, para su publicación en el Registro Oficial.

Las reformas solicitadas serían un gran aporte para la legislación ecuatoriana y de gran ayuda para los jueces y operadores de justicia, pues se aplicaría el principio de mínima intervención estatal, además los operadores de justicia tendrían más certeza al momento de ventilar procesos de delitos sexuales en los cuales se encuentre inmiscuido el bien jurídico de la indemnidad sexual.

El proyecto de ley, haría que el Código Integral Penal tenga una armonía con la constitución y otras normas infra constitucionales, ayudando a que los menores de edad desarrollen de acuerdo a sus facultades y madurez sus derechos paulatinamente y en caso que sea entre menores de edad estos actos dando

herramientas a que no se imponga medidas socioeducativas que al final del día limiten derechos de los menores de edad.

Las reformas al Código Orgánico Integral Penal, planteados en este trabajo de investigación deberán ir de la siguiente manera:

1. Derogación del numeral 5 del artículo 175 del COIP.
2. Reforma al tipo penal establecido en el artículo 171, Sustituyendo “Es violación el acceso carnal”, por Cuando Hubiere acceso carnal y agregando posteriormente de cualquier sexo, lo siguiente: es violación.
3. Reforma al artículo 173 del COIP, añadiendo posterior a finalidad sexual o erótica en el primero inciso, lo siguiente, con el fin de perpetrar uno de los delitos en contra de la integridad sexual y reproductiva.
4. 4Agréguese posterior a “Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal, lo siguiente: así como cuando se actúa bajo el consentimiento valido del sujeto pasivo en bienes jurídicos disponibles.

Además de lo antes mencionado sobre el proyecto de ley, mediante políticas públicas con el Ministerio de Educación, así también con el Ministerio de Bienestar Social, se podría elaborar un plan de capacitación en escuelas y colegios sobre valores, sexualidad, efectos de las relaciones sexuales a temprana edad y de los aspectos legales que pueden derivar de esto.

Amparados en el principio de corresponsabilidad estas charlas deberán ser impartidas a estudiantes, docentes, rectores y padres de familia, además de lo manifestado se podría realizar un plan de mediatización sobre la sexualidad en emisoras de radio, programas de televisión y centros médicos a nivel nacional, los cuales tendrán como fin dar un apoyo integral a los menores de edad, comenzando por la información y terminando con el asesoramiento profesional para la prevención de riesgos mayores derivados a la sexualidad.

Desde el ámbito privado, mediante centros especializados la capacitación sería una herramienta para llegar a ciertos grupos sociales, impartiendo la necesidad del conocimiento de la sexualidad. Esta socialización a nivel privado, ya se está realizando pero podría tomar más fuerzas con el apoyo de instituciones tanto estatales o privadas.

Lo planteado en este capítulo, reduciría los gastos estatales al respecto del internamiento de menores y de mayores de edad, la manutención cuando se encuentren privados de la libertad y con la socialización y apoyo educacional podría bajar los índices de embarazo, lo cual desde un análisis económico del derecho sería de gran relevancia y brindaría oportunidades mayores a los adolescentes de seguir estudiando, ya que los embarazos adolescentes muchas de las veces traen consigo la imposibilidad de estudiar, por lo mismo tiene como efecto adverso la falta de ingresos.

Por otro lado no hay que desconocer que la formación tanto de fiscales y jueces muchas de las veces, se han quedado limitadas a la esfera del derecho positivo, más no al conocimiento de otras disciplinas. Este desconocimiento hace que se den errores garrafales al momento del juzgamiento de las personas.

El fiscal al ser titular de la acción pública penal, debe tener un entendimiento aunque sea mínimo de estas ciencias auxiliares, puesto que, lastimosamente los informes psicológicos de los profesionales en esta área, dentro de la fiscalía, son escuetos y la mayoría de psicólogos no están capacitados, no solo en psicología forense, sino hasta, para la defensa en tribunales, en caso de que llegue hasta esas instancias los procesos.

Dicho esto, hay que retrotraerse a la importancia de la capacitación y socialización en las instituciones públicas que tengan relación a procesos en los cuales se protejan la indemnidad sexual.

4.4 Conclusiones sobre la propuesta.

La propuesta tiene como fin armonizar la legislación ecuatoriana y brindar a los menores la facultad de decidir sobre su vida sexual, de acuerdo a los derechos otorgados en la Constitución, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y demás normativa que los ampara, al respecto de la libertad sexual.

Además dar a entender a los operadores de justicia que el derecho, la ley y los bienes jurídicos son creados acorde a las necesidades de cada momento y espacio y que no se puede ejercer el derecho sin una relación con otras ciencias.

La decisión sobre su vida sexual es un derecho, que obviamente debe ser informado, por lo que el Estado, instituciones educativas y padres, deben informar sobre los efectos de las relaciones sexuales.

En base a dicha información los menores deberán decidir sobre si mantienen o no las relaciones sexuales, obviamente este derecho viene conjuntamente con la madurez y el desarrollo del mismo.

Por último, los fiscales, deben entender al delito como algo secuencial, y que uno de los elementos del delito es la antijuridicidad, dividida en antijuricidad formal y material. Para entender el principio de lesividad o antijuricidad material, en delitos sexuales, se debe entender de aspectos médicos y psicológicos.

Muchas de las veces los exámenes o informes psicológicos forenses en estos tipos de delitos, es la pieza clave del rompecabezas, por lo que el fiscal, el abogado en libre ejercicio y el juez de garantías penales, deben entender tantos los requisitos que deben tener los informes periciales; así como, las técnicas utilizadas y aspectos de esta materia.

Además del conocimiento por parte de los operadores de justicia, los auxiliares de los fiscales y jueces, deben entender sobre psicología forense y estar capacitados constantemente para emitir criterios fuertes y técnicos. Además deben conocer sobre el nuevo sistema penal acusatorio, con el fin de que en tribunales sustenten sus informes periciales.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

El derecho a lo largo de la historia ha buscado una igualdad y justicia entre sus administrados; el fin de este, es regular mediante normas, que deberán acoplarse al normal desenvolvimiento de las personas, familias y sociedades; es por eso que hoy en día, la normativa es abundante, pues hay tantas actividades, conductas y hechos que deben regularse, que el legislador, los ministerios y municipios, expiden reglas que marquen el camino a sus ciudadanos.

Sin embargo las normas, deben tener lógica y ser un reflejo de las sociedades, pues si no son adecuadas para las culturas, éstas podrían ser ineficaces y recaer en su falta de vigencia. Es por eso que las normas y los preceptos de justicia, son tan cambiantes, pues la cultura no es estática, cambia sus pensamientos, sus creencias y hasta su forma de cosmovisión.

Es decir, el derecho y la ley deben estar al servicio de las personas, no al revés; pues el fin del derecho es el ser humano y las regulaciones deben estar enmarcadas en un ámbito de respeto a las personas y basados en un principio de realidad cultural y social, para no incurrir en una norma arbitraria e ineficaz; además deben tener una armonía con la norma Constitucional, pues el legislador debe adecuar normas de menor rango que esta última, formal y materialmente a la constitución.

Basados en la realidad cultural, la sociedad y quienes se encontraban en el poder, fueron adecuando las normas de acuerdo al pensamiento de la época y al espacio en el que se encontraban, ejemplo de lo manifestado son los derechos minoriles, los cuales fueron consagrados después de largo tiempo y de constantes luchas, para la protección de los niños, niñas y adolescentes, no es hasta el siglo XX, en el que los reconoce como sujetos de derechos.

Hoy en día, sería ilógico pensar que los menores de edad no son sujetos de derechos, es más me atrevería a decir que en algunos casos son sujetos no solo de goce, sino de ejercicio. Normativa sobre derechos humanos, pro hominem y erga omnes, han otorgado varios derechos a los menores, así también, normativa especial, haciendo que estos sean visibles para la sociedad, pues por largo tiempo se soslayaron los derechos de los menores y no tenían voz.

La normativa ecuatoriana, al igual que la mayoría de las legislaciones, ha implantado y tomado como base, los convenios y tratados de derechos humanos y minoriles, por lo que en el Ecuador los menores se ven envueltos del goce y ejercicio de muchos derechos, lo cual es positivo; es más, dentro de la legislación, los derechos de los menores prevalecen antes que los derechos de los mayores de edad y de un colectivo; puesto que los niños, niñas y adolescentes, son un grupo prioritario, de acuerdo a la Constitución de la República, además esta norma supra-legal, al igual que el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, reconocen el principio del interés superior del niño, principio que es la piedra angular de la Convención de los derechos de los Niños, norma fundamental sobre derechos minoriles y de la cual deriva un sin número de normativa, al respecto de estos temas.

Varios de los derechos dados, establecen cierta autonomía hacia los menores, como el de la libertad de expresión, la opción de poder incoar ciertas acciones legales, sin que medie un mayor de edad, de acuerdo al Código de la Niñez y la Adolescencia, votar y decidir sobre el futuro de un país, desde los 16 años; el derecho a la libertad sexual y salud reproductiva, al desarrollo de la personalidad, intimidad, entre otros; lo cual, hace ver a la sociedad ecuatoriana que los menores de edad, de acuerdo a su madurez y entendimiento cognoscitivo, deben ser tratados como personas con iguales derechos que los mayores de edad.

Con lo manifestado, se entiende que el Derecho Penal, al igual que las otras ramas, debe acoplar sus normas a la realidad social y cultural, además, el

legislador basado en el principio de mínima intervención penal, debe tomar muy en cuenta ese contexto, pues si tipifica alguna conducta que es normal y que sucede todos los días, sin afectar el normal desenvolvimientos de las personas el Estado sería inquisitorio y la mayoría de personas estarían privadas de la libertad y en el caso de menores internados en centros.

El Estado y el legislador, además de tomar en cuenta el aspecto social y cultural, antes de tipificar un delito, debe hacer un análisis interdisciplinario, para entender el porqué de las conductas y si debe elevarse o no a la calidad de bien jurídico protegido por normas penales. Además, el legislador debe conocer la demás normativa, para hacer algo análogo y no crear antinomias.

El Ecuador, el 10 de febrero de 2014, tratando de adaptar la normativa penal a la realidad nacional, promulgó el Código Orgánico Integral Penal, en el cual se encuentra la parte sustantiva, adjetiva y de ejecución de penas, esto fue un avance sumamente importante para el estado ecuatoriano, puesto que, se introdujeron varios tipos penales nuevos, se eliminaron otros que no estaban acorde a la realidad actual y afianzaron figuras o instituciones penales que en la doctrina se han desarrollado y son de vital importancia para todos los operadores de justicia, así como, usuarios del sistema penal.

Pese a esta innovación y deseo por parte del legislador de realizar un cambio integral al sistema penal ecuatoriano, hay rezagos de ciertas figuras penales que no van conforme a la vivencia de la sociedad ecuatoriana, como la disposición general establecida en el artículo 175, numeral 5, que es una copia del artículo enumerado 17 del 528, del Código Penal, hoy derogado, pues la facultad de consentir en el derecho penal no viene ligada a la edad. Aparte de estos rezagos, el legislador ha cometido graves errores en ciertos tipos objetivos, esto por falta de una buena redacción o por no desarrollar coherentemente ciertos delitos establecidos en el COIP.

En el actual COIP, se han tipificado varios delitos sexuales que tienen como fin la protección de dos bienes jurídicos uno es la libertad sexual y otro la

indemnidad sexual. El primero se lo entiende como la injerencia arbitraria de un agente, en la vida sexual de otra persona; y el segundo bien jurídico protegido en estos delitos, es el interés de proteger la integridad de los menores de edad que por su falta de madurez, no pueden otorgar un consentimiento válido, precautelando el aspecto psíquico, físico y moral, de los mismos, para que estos no se perviertan. Dentro de la integridad psíquica, se encuentra inmersa la madurez sexual.

Durante el trabajo de investigación, se analizaron los delitos sexuales que atentan a la indemnidad sexual y en los cuales puede darse un consentimiento por los menores, así también, el estupro el cual se analizó por su relevancia histórica penal y su anterior tipicidad.

El estupro, a la fecha es congruente y va conforme a la doctrina penal, pues este delito en la mayoría de legislaciones sanciona al mayor de edad, que mediante engaños obtenga la copula sexual con una menor de edad, lo que no se hacía en el tipo objetivo del artículo 511, del Código Penal derogado; puesto que no tipificaba a un sujeto activo calificado, sino solo pasivo. A pesar de este acierto en la legislación ecuatoriana, hay dos tipos penales que carecen de cierta lógica, por un lado la violación protege el bien jurídico denominado “integridad sexual o indemnidad sexual”, de la mujeres menores de 14 años, pero no a los hombres, pues en el tipo objetivo se habla de sancionar a quien cometiera acceso carnal, solo protege a los hombres menores de edad, si la mujer introduce dedos u objetos en una de sus cavidades anales u orales. Así también, el delito tipificado en el artículo 173 del COIP y denominado contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos, establece como sujeto activo de la infracción a cualquiera, por lo que no hace un análisis de la preeminencia el legislador; además sanciona el solo hecho de ponerse en contacto para mantener una relación sexual.

La figura establecida en el artículo 173 del COIP, ha sido denominada por la doctrina como el “*child grooming*”, lastimosamente el legislador, no tomó en cuenta que la misma doctrina, manifiesta que la sanción debe ser a mayores de

edad que se aprovechen de la inmadurez sexual y que quieran doblegar la voluntad de la menor para perpetrar un delito sexual.

Tipificaciones objetivas, tan abiertas como en los delitos de distribución de material pornográfico y corrupción a niñas, niños y adolescentes; así como, el delito del artículo 173, desconocen la realidad psicológica por la que pasan los menores, así como los índices estadísticos de las relaciones sexuales de menores de edad en el Ecuador.

Pues en estos delitos, se establece un sujeto activo no calificado, lo que hace entender que personas de la misma edad que cumplan con los elementos del tipo sean impuestas una medida socio educativa, sin un análisis previo sobre la preminencia del sujeto activo de la infracción, por parte del Juzgador, olvidándose que la indemnidad sexual trata de proteger que no haya un aprovechamiento de la inmadurez del sujeto pasivo, pues esto podría afectar su integridad psíquica, física y moral. Lastimosamente al respecto de esto, la jurisprudencia ecuatoriana no ha tratado, a diferencia de la Argentina, en la que se considera que en estos tipos de delitos, cuando hay igualdad de condiciones, no hay responsabilidad por parte del sujeto activo. Es obvio, los dos se encuentran en igualdad de condiciones, y solo se dejan llevar por una etapa denominada por los psicólogos como genital, en la cual, aparecen los deseos y la iniciación de la actividad sexual.

Además del análisis sobre la preminencia y el aprovechamiento, el cual ha faltado en la legislación penal ecuatoriana; así como en los fallos de los Jueces del país, se debe examinar, si existe un consentimiento válido, lo que haría que ya no se proteja la integridad sexual, pues el sujeto pasivo, ya no es protegido por este bien, una vez que se demuestre que su madurez, capacidad cognitiva y consentimiento, no son los de una persona inmadura. Además se debe analizar si la conducta a lesionada al bien jurídico, es decir, el fiscal y el juzgador debe tomar como base los informes psicológico y médicos, con el fin de verificar con el primer peritaje, si el sujeto activo tenía madurez sexual, está entendida como la formación de valores, la importancia de las relaciones

sexuales, la responsabilidad que conlleva esta; así también, un estudio del aspecto cognoscitivamente del sujeto pasivo y si la conducta a afectado al interés jurídico tutelado por la norma penal, es decir a su integridad.

Por otro lado, la disposición general que tanto se ha atacado en esta tesis, es incoherente, pues disponer que es irrelevante el consentimiento de los menores de edad, es desconocer la abundante normativa en la cual se establece que la opinión del menor, cuando se trate de asuntos que se lo afecten debe ser tomado en cuenta, dependiendo de su madurez, por lo tanto, otra vez se vuelve al ámbito psicológico, y al garantismo constitucional. Por otro lado, el consentimiento como se explicó con anterioridad, en materia penal no depende de la edad; sino del conocimiento de la importancia del bien jurídico tutelado, que no se encuentre viciado, que se de en un momento anterior o simultaneo a la infracción y que sea expresado expresamente o tácitamente.

Para finalizar, la disposición general del numeral 5, del artículo 175, se contrapone a derechos constitucionales como el de libre desarrollo a la personalidad, el derecho a la salud sexual y reproductiva a normas y políticas públicas en las cuales se da la potestad de disponer a los menores de edad sobre su sexualidad, y no solo eso se les provee anticonceptivos para la realización de los mismos.

Como conclusión el Derecho Penal, es fragmentario y delitos como los de corrupción de menores, entrega de material pornográfico, acceso carnal con menores de 14 años, contacto con finalidad sexual con menores de 18 años, podrían ser disminuidos mediante políticas públicas en las cuales se imparten valores y educación sexual; esto, viéndolo desde el análisis económico del derecho es más útil, utilizar medidas extra penales, que todo un aparataje judicial y penal.

Proyectos como el Plan Nacional de Fortalecimiento a la familia, son importantes y lógicos, para impartir a los menores de edad valores, educarlos, así como, a las familias, con el afán de que el núcleo de la sociedad, se

consolide, puesto que una vez que una familia sea estable y haya valores familiares, los adolescentes entenderán mejor la sexualidad y darán la importancia que se merece. Sin embargo, estos planes no deben coartar los derechos constitucionales, de la libertad sexual y del desarrollo de la personalidad, pues cada persona debe decidir sobre mantener o no relaciones sexuales; además los valores que se promulguen mediante políticas públicas deben ser laicos.

5.2 Recomendaciones:

1.- Derogación del numeral 5, del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, acorde a la normativa constitucional; una vez que, el consentimiento no viene ligado a la edad y que además, se contrapone con derechos de libertad de expresión y el derecho de consulta al menor, establecido en la Convención de derechos del Niño, la Constitución del República y el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

2.- Reforma del artículo 171, en la parte que dice es violación el acceso carnal, por quien hubiere mantenido acceso carnal; con el objetivo de precautelar la indemnidad sexual de los hombres menores de 14 años; así también, el artículo 173, estableciendo que el encuentro sería para perpetrar uno de los delitos en contra de la integridad sexual y reproductiva.

3.- En los delitos sexuales, en donde se protege el bien jurídico de la indemnidad sexual, se propone analizar mediante peritajes psicológicos la preminencia o el aprovechamiento del sujeto activo; así como, si ha habido una lesión, el bien jurídico de la integridad Psíquica o moral del menor de edad, y si este tiene la madurez sexual necesaria para el acto; ya que si no se ha menoscabado, soslayado o afectado el bien jurídico, no se encontraría inmerso el agente en la antijuricidad material, por lo que, no se podría responsabilizar al mismo. Además mediante un peritaje psicológico, establecer si el menor tiene la capacidad de consentir conductas de naturaleza sexual, pues de tener esta facultad y cumplir con los requisitos para la validez del

consentimiento, estos menores, no sería protegidos por la indemnidad sexual, pues este bien solo protege a los incapaces de consentir.

REFERENCIAS

- Albán, E. (2014). *Régimen Penal Ecuatoriano: Tomo III*. Ecuador: Ediciones Legales.
- Alvear, P. (2014). *Análisis económico del derecho y regulación contra la competencia desleal en el Ecuador*. Quito Ecuador: Actualidad Jurídica, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Arocena, G. (2012). *Ataques a la Integridad Sexual*. Buenos Aires, Argentina: Editorial ASTREA.
- Beccaria, C. (2010). *Tratados de los delitos y las penas*. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS.
- Cabrera, J. (2010). *Interés Superior del Niño*. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- Carrasquilla, J. (2011). *Derecho Penal: Principios y Categorías Dogmáticas*. Medellín, Colombia: Grupo Editorial IBANEZ.
- Cerezo Mir, J. (2008). *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires, Argentina: EDITORIAL IBdeF
- Código Civil del Ecuador. (2005). Quito, Ecuador: Ediciones Legales
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2015). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Cornaglia, C. y Medina, L. (2011). *Abuso Sexual de Menores. Criminal plaga*. Córdoba, Argentina: Alveroni Ediciones.
- Cossio, J. (1997). *Derecho y Análisis Económico*. México DF, México: ITAM
- Donna, E. (2008). *Derecho Penal: parte especial*. Santa Fe, Argentina: RIBINZAL-CULZONI Editores.
- El comercio. (s.f). *Jóvenes de 15 a 29 años prefieren vivir en unión libre*. Recuperado el 5 de junio de 2015 de: <http://www.elcomercio.com/tendencias/jovenes-de-15-a-29.html>
- Elizondo, L. (2002). *Principios Básicos de Salud*. México DF, México. Editorial LIMUSA S.A.

- Encalada, p. (2014). *Tesis: Teoría Constitucional del Delito y el Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador.
- Escudero, B. (2014). *El Consentimiento en Derecho Penal*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- García Falconí, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima, Perú: ARA Editores.
- Herrera, E. (2006). *Practica metodológica de la investigación jurídica*. Buenos Aires, Argentina: ASTREA.
- Labatut, G. (2006). *Derecho Penal: Tomo II*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Labatut, G. (2007). *Derecho Penal: Tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Legislación Penal. (2012). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Mir Puig, S. (2009). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Editorial IB de f.
- Monroy Cabra, M. (2003). *Introducción al Derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial TERMIS S.A
- Muñoz Conde, F- (2010). *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia, España. Tirant lo Blanch Libros.
- Muñoz Conde, F y García, M. (2004). *Derecho Penal: Parte General*. Valencia, España: Tirant lo Blanch Libros.
- Muñoz Conde, F. (2004). *Teoría General del Delito*. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS S.A
- Pásara, L. (2012). *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*. Quito, Ecuador: Imprefepp
- Plan Nacional del Buen Vivir (2013-2017). Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Prieto de Pedro, J. (2006): *Cultura, economía y derecho, tres conceptos implicados*. Madrid, España: Pensar Iberoamérica.
- Rosero, m. (2015). *Chicas desde 14 años buscan métodos anticonceptivos en centros públicos y privados de Quito*. Recuperado el 5 de junio de 2015

de: <http://www.elcomercio.com/actualidad/aprofe-cemoplaf-adolescentes-anticonceptivos-proteccion.html>

Roxin, C. (2006). *Derecho Penal, Parte General, tomo 1. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, España: Civitas Ediciones.

Salazar, I (2015). *Sobre el Plan Familia Ecuador*. Recuperado el 5 de junio de 2012 de: <http://www.eluniverso.com/opinion/2015/03/17/nota/4670146/sobre-plan-familia-ecuador>

Salgado, H. (2014). *Introducción al Derecho. Un esbozo de Teoría General del Derecho*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP)

Simon, F. (2008). *Derechos de la Niñez y Adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales, Tomo 1*. Quito, Ecuador. Cevallos Editora Jurídica.

Simon, F. (2008). *Derechos de la Niñez y Adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales, Tomo 2*. Quito, Ecuador. Cevallos Editora Jurídica.

Vergara, J. (2002). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. México DF, México: Angel Editor.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Argentina. EDIAR S.A

Zaffaroni, E. (2002). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Argentina. EDIAR S.A

Zaffaroni, E. (2011). *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina; EDIAR S.A.

Zambrano Pasquel, A. (2006). *Derecho Penal: Parte General*. Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L.

Zambrano, A. (2010). *Lavado de Activos*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. (CEP)

Zavala, J. (2009). *Apuntes sobre: Neoconstitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad, Proceso Constitucional*. Guayaquil, Ecuador.

ANEXOS

Anexos

Anexo 1.

Entrevista realizada a la Psicóloga Indira Ullauri

Tema: Indemnidad sexual y relaciones sexuales entre adolescentes y con adolescentes.

1. ¿Cuál es su trayectoria?

Soy psicóloga clínica dirijo un centro de psicología que se dedica a la atención de niños, adolescentes y adultos. Tengo una maestría en salud mental, he trabajado desde hace 20 años en todo lo que es diagnóstico, internación, prevención de problemas psicológicos. Y creo que la adolescencia es una de las etapas en crisis, por tanto he trabajado con muchos adolescentes y niños en diferentes situaciones de riesgo por diversas situaciones. Dirijo una clínica donde nosotros somos un grupo de psicólogos dedicados a este trabajo, realizamos proyectos de prevención y de intervención.

2. ¿Desde que edad los niños o adolescentes son capaces de tener una relación sexual? ¿Dentro de su consulta, ahora desde que edad los niños o adolescentes comienzan a tener relaciones sexuales?

Dentro de la consulta, la experiencia me deja ver que entre los 14 y los 15 años de edad, existe ya una iniciación sexual. Yo diría que en los últimos años incluso un poco más temprano. Veo adolescentes que entre los 12 y los 13 años ya han iniciado una relación sexual, la estadística dice que es desde los 14 años, es la edad de iniciación sexual en el Ecuador; pero en la experiencia creo que entre los 14 y 15 años sería la edad promedio. Pero sin embargo en los últimos años diría que encuentro adolescentes cuya iniciación sexual ha empezado entre los 12 y 13 años.

3. Coméntenos un poco sobre la madurez sexual.

La sexualidad es algo con lo que nacemos, es algo que desde la diferenciación del cuerpo que un niño de 3 a 4 años va reconociéndose, ya puede saber si es

hombre o mujer, va reconociendo sus diferencias. Esa es una inicialización hacia la sexualidad; Pero desde un punto de vista meramente biológico, el reconocimiento de tu cuerpo, como reconocemos todas nuestras partes y también reconocemos nuestras partes íntimas. Tal vez ese es uno de los primeros pasos del camino hacia la sexualidad. En la adolescencia nosotros empezamos ya a tener una connotación exploratoria de la sexualidad en tanto a atracción y en tanto a consolidar el posicionamiento masculino femenino, pero en la adolescencia recién estamos hablando de una exploración de lo que significa conquistar, atraer, enamorarse, establecer un vínculo afectivo con ciertos contenidos sexuales, por lo tanto estamos hablando de una iniciación propiamente dicho de la sexualidad, como tal en tanto en la autorrealización desde la postura masculina o femenina.

Yo creo que cada etapa tiene como su propia madurez, un niño de 3 o 4 años que reconoce su cuerpo, está en una edad madura para reconocer su cuerpo, y de ahí no debe pasar. Como por ejemplo un niño de pronto vive una seducción a la temprana edad, o un abuso sexual. Por más que discrimina su cuerpo no es maduro para tener una relación sexual, es maduro solo para reconocer su cuerpo. En la adolescencia hay una madurez para el adolescente que es la etapa exploratoria que es lo que ya decíamos el cortejo, el enamoramiento, los símbolos sexuales, y toda la comunicación que existe ahí, entonces hay una madurez propia del adolescente. Cuando tú me haces la pregunta de la madurez sexual, yo me preguntaría madurez en relación a qué?, porque no podemos hablar de una sexualidad madura, si no madura a cada etapa. Madura para un niño, madura para un adolescente madura para un adulto. Cada un adolescente tiene su madurez seria como la iniciación y la exploración, es decir no está en la capacidad de poder vivir una relación en donde psicológicamente, culturalmente, espiritualmente, afectivamente y además físicamente, se la pueda llevar al 100%, ya que está en una fase exploratoria, en un despertar de sus impulsos sexuales, en donde incluso se potencia y se exacerban estos impulsos, es por eso que las niñas empiezan a rivalizar por su feminidad, quien es la más linda, la más buscada, y en cambio los niños comienzan a buscar el fortalecimiento de su masculinidad, de una

forma exacerbada, entonces quien es el más fuerte, quien es el más conquistador, quien es el más agresivo. Como es una fase de iniciación entonces todos estos elementos que luego tienen que irse canalizando, se ponderan y se exacerban, pero es porque se están afirmando en su personalidad. Para que es lo que buscaríamos madurez, más bien yo me preguntaría de que madurez estamos hablando o o cual es la madurez que estamos pretendiendo saber si la tiene un niño o adolescente, creo que hay un momento para cada uno. Pero si tú me dices si el adolescente ya está preparado para una sexualidad madura que para mí sería un símil a una sexualidad adulta, te diría que no, porque no es solamente que tener un cuerpo listo como para la reproducción si no que va mucho más allá, trasciende el tema afectivo psicológico, e incluso espiritual. Mientras no ordenemos nuestra identidad femenina o masculina, no afirmemos nuestras creencias y no fortalezcamos los vínculos afectivos, es difícil que pensemos que hay una sexualidad madura en todos los términos.

4. ¿Podría haber una excepción, podría haber desde cierta edad desde los 16 años algunas personas que ya tengan esta madurez que usted me dice que talvez no tengan la mayoría, podría haber una excepción a la regla?

Si, más que una regla, considero que es un tema que tiene que ser particular, si no se puede generalizar, las reglas nos ayudan para poner un orden pero no se pueden aplicar al 100% en todos, es diferente hablar de un niño de 12 o 13 años en una iniciación sexual a un niño de 16 años, cabe anotar que hoy hay más precocidad, en muchas cosas, en el conocimiento, en las relaciones sociales como establecemos, en nuestra capacidad incluso de informarnos, entender el mundo, de reaccionar a conflictos, si puede haber por entonces así mismo personas que, a los 16 años sean más maduras que otras, en todos sus sentidos, en el tema personal, social, intelectual, sexual. Va a depender de su formación, de su propia condición física, biológica, de las creencias del ambiente, pero por supuesto que pueden haber personas que su madurez ya

no es tanto la de un adolescente o un niño, es decir ha avanzado mucho más allá, y está relacionado con varias connotaciones, o varios factores del entorno.

Si las relaciones sexuales forman parte de la adolescencia, estas afectarían a su integridad, cuando no haya amenazas, cuando no hay coacción o cuando no hay un nivel de supremacía, si no es un tema netamente por una relación entre novios o hasta por el tema de conocimiento, o de curiosidad.

5. ¿Cree que esa relación sexual afecta en la vida del adolescente?

Cuando las relaciones sexuales están ligadas solamente al principio del placer y no están canalizadas por algún tipo de afecto, o algún tipo de sentimiento no está incluso que no se han generado, desde una posición, desde un vínculo humano, o saludable, obviamente pueden afectar. Entonces yo no creo que primero sea la relación sexual y después un vínculo. Creo que la relación sexual tiene que estar ubicada en una vinculación sana, no quiere decir que tengan que estar una vida entera amándose dos personas para poder entrar a una relación sexual, pero la relación sexual exige para la salud, e incluso mental exige muchísimo que haya la presencia de otros factores que no sea exclusivamente de principio el placer, como por ejemplo lo afectivo, lo cultural, porque una relación sexual solamente ligada a principio de placer, puede traer vacío, puede traer depresión, culpabilización, alteraciones o distorsiones. Entonces considero que obviamente hay que enmarcar la sexualidad y tenemos que educarnos más en la sexualidad para enmarcarla dentro de todo un montón de elementos, no solo el placer o la satisfacción inmediata a un impulso que surge en el cuerpo, sino que tiene que también ser una guía autorrealización a tus necesidades afectivas, necesidades masculinas o femeninas, y a las necesidades biológicas; pero todo entrelazado no es solo lo uno lo otro si no que si se suelta una de las argollas se sueltan todos los elementos que integran. Entonces es como sujetar todo. Lo afectivo sujeta lo sexual, lo sexual a lo cultural, es decir es una interrelación.