

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Delito de estupro en el Ecuador y el derecho a la libertad
sexual de los adolescentes**

Carolina Elizabeth Ordóñez Suárez

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como
requisito para la obtención del título de
Abogada

Quito, 12 de noviembre de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos: Carolina Elizabeth Ordóñez Suárez

Código: 00201047

Cédula de identidad: 1724359821

Lugar y fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en: <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

DELITO DE ESTUPRO EN ECUADOR Y EL DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES¹

STATUTORY RAPE IN ECUADOR AND THE RIGHT TO SEXUAL FREEDOM FOR ADOLESCENTS

Carolina Elizabeth Ordóñez Suárez²

Caroc2@hotmail.es

RESUMEN

El presente trabajo aborda el estudio del delito de estupro, tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, como este delito atenta contra el derecho a la libertad sexual de los adolescentes. Al mismo tiempo, se analiza el consentimiento como posible causa de exclusión de la antijuridicidad. Existen dos temas fundamentales para el análisis del delito de estupro. El primero, es la edad de la víctima, que se establece para proteger la inexperiencia sexual del adolescente. Un segundo factor es la relación de poder que existe entre víctima y sujeto activo. Para de esta forma, concluir con el presente trabajo que la tipificación del delito de estupro vulnera el derecho a la libertad sexual de los adolescentes, debido a que la actual normativa ecuatoriana no contempla que el elemento de inexperiencia sexual, no solo se determina con base a la edad biológica, sino que influyen otros factores familiares, sociales y culturales.

PALABRAS CLAVE

Estupro, derechos sexuales adolescentes, consentimiento sexual.

ABSTRACT

This paper deals with the study of the crime of statutory rape, typified in the Organic Integral Penal Code, and how this crime violates the right to sexual freedom of all the adolescents. At the same time, it analyzes consent as a possible cause of exclusion of unlawfulness. The first is the age of the victim, which is established to protect the sexual inexperience of all the adolescent. A second factor is the power relationship that exists between the victim and the active subject. In order to conclude with this work that the classification of the crime of statutory rape violates the right to sexual freedom of all the adolescents, due to the fact that current legislation does not consider that the element of sexual inexperience is not only determined based on biological age, but that other family, social and cultural factors also play a role.

KEYWORDS

Rape, sexual consent, adolescent sexual rights.

Fecha de Lectura: 19 noviembre de 2021
Fecha de Publicación: 19 de noviembre de 2021

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Belén Alejandra Aguinaga Aguinaga.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2.MARCO NORMATIVO.- 3.ESTADO DEL ARTE.- 4.ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DEL ESTUPRO.- 5.CONSIDERACIONES ACERCA DEL CONSENTIMIENTO DEL ADOLESCENTE EN EL DELITO DE ESTUPRO Y SU RELEVANCIA.- 6.DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL.-7. CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE ANTIJURICIDAD.-8. CONCLUSIONES.

1.Introducción.

El Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, UNICEF se ha pronunciado sobre el consentimiento sexual en América Latina y el Caribe. El cual se establece en el rango de los 12 a 18 años en países como: Argentina, Costa Rica y Uruguay la edad para consentir es desde los 14 años. Mientras que, para Ecuador y República Dominicana, la edad mínima de consentimiento es a los 18 años, ¿pero qué edad realmente es la adecuada para consentir?³

Es relevante mencionar que, los derechos de libertad sexual procuran garantizar que todo ser humano pueda ejercer su sexualidad de forma libre, voluntaria y saludable, sin ningún tipo de abuso, coerción, discriminación o violencia que pueda ser ejercida en su contra.⁴ Sin embargo, el artículo 167 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, tipifica y sanciona a la persona mayor de 18 años que tenga relaciones sexuales con una o un adolescente mayor de catorce y menor de dieciocho años.⁵

El delito de estupro se encuentra dentro del capítulo de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, y el bien jurídico que tutela es, concretamente, la libertad sexual. El elemento constitutivo más importante de este delito es el engaño que utiliza el sujeto activo para obtener el consentimiento de la o el adolescente para mantener una relación sexual. Aun en el caso de que existiera el consentimiento por parte del adolescente para mantener una relación sexual, el COIP no la contempla como una causa de exclusión de antijuricidad para el tipo penal estupro.

En tal sentido, el objetivo de la presente investigación es establecer por qué el COIP no contempla el consentimiento por parte de la o el adolescente para mantener una

³Edades mínimas legales para la realización de los derechos de los y las adolescentes, informe, Fondo de las Naciones Unidas para la infancia UNICEF, 2016, 1.

⁴Line Bareiro, *Los derechos reproductivos y los derechos humanos universales* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008), 124.

⁵Artículo 167, Código Orgánico Integral Penal, R.O Suplemento 180, 10 de febrero del 2014, reformada por última vez R.O Suplemento 13 de octubre de 2021.

relación sexual con una persona mayor de 18 años, como una causa de exclusión de antijuridicidad para el tipo penal estupro en determinados casos donde no se haya forzado el consentimiento y se presenten los demás elementos constitutivos como la edad y el engaño.

El análisis propuesto tiene relevancia jurídica debido a que se enfoca desde la perspectiva del derecho a la libertad sexual de los adolescentes. Además, se discuten los elementos necesarios que se deben tomar en consideración para que se implemente una posible reforma dentro del COIP, a fin de incluir el consentimiento de la o el adolescente como causa de exclusión de la antijuridicidad, dentro del tipo penal estupro.

Con la finalidad de poder abordar el problema jurídico propuesto, se ha tomado en cuenta lo analizado en una tesis del año 2015 respecto al consentimiento dentro del tipo penal estupro⁶, es por ello por lo que se empezará analizando el estado del arte de la temática de estudio y luego se analizará el tipo penal de estupro dentro de la legislación ecuatoriana y la libertad sexual. Posteriormente, se estudiará el consentimiento del adolescente en el delito de estupro y su relevancia como causa de exclusión de antijuridicidad.

La metodología en el presente trabajo es doctrinal, ya que se caracteriza por el estudio de la doctrina, jurisprudencia y derecho comparado respecto a los derechos fundamentales de las y los adolescentes. Por otro lado, se utilizó metodología axiológica, la misma abarca el estudio y análisis del delito de estupro, en cuanto al consentimiento y la edad que refiere dentro la tipificación del artículo 167 del COIP, como vulneración al derecho a la libertad sexual que poseen las y los adolescentes.

2.Marco Normativo.

La Constitución de la República del Ecuador, CRE, en su artículo 35, establece que los adolescentes son un grupo de atención prioritaria; y en tal virtud, se dispone la obligación del Estado de prestar protección especial a este grupo debido a su condición de vulnerabilidad⁷. Las obligaciones específicas que tiene el Estado en relación con los grupos de atención prioritaria implican que se deberá prestar atención a las necesidades y

⁶ Ver, Irene Bustamante, *La relevancia del consentimiento de los jóvenes mayores de 14 años y menores de 18 años en el delito sexual de estupro* (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2015).

⁷ Artículo 35, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. 25 de enero de 2021.

la protección de los derechos de estas personas con precedencia a las de otros grupos humanos⁸.

Asimismo, la norma suprema dispone que las niñas, niños y adolescentes, además de gozar de todos los derechos inherentes a todo ser humano, se les garantizará un conjunto de derechos de protección específicos para su edad⁹. El artículo 45 de la CRE garantiza el derecho a la integridad física, psicológica y sexual de las niñas, niños y adolescentes dentro del ámbito familiar y comunitario, así como al respeto de su libertad y dignidad¹⁰.

En el artículo siguiente de la misma normativa, se establecen las medidas especiales de protección que el Estado consagra a favor de este grupo prioritario, entre las que se encuentran: ‘protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones’ y que ‘las acciones y las penas por delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niñas, niños y adolescentes serán imprescriptibles’¹¹.

La misma CRE garantiza los derechos de libertad de todas las personas, en el artículo 66 en el numeral 3 del referido artículo se consagra el derecho a la integridad personal en todas sus dimensiones, lo que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual y además el derecho a “una vida libre de violencia en el ámbito público y privado”¹².

Además, la norma suprema del Ecuador dispone que es deber del Estado la adopción de las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, con énfasis en aquellas que sean ejercidas contra las niñas, niños y adolescentes y otros grupos prioritarios.

En los numerales 9 y 10 del artículo 66, se reconocen los derechos sexuales y reproductivos de las personas. Es así como la CRE garantiza a todas las personas “[...] el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual [...]”¹³.

⁸Sentencia No. 904-12-JP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de diciembre del 2019, párr. 9. <http://doc0.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/9e6e8e24-f71f-40a4-b1ae-c35dcab17d49/904-12-JP-19-SENTENCIA.pdf?guest=true>

⁹Artículo 35, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰Artículo 45, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹¹Artículo 46, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹²Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹³Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

En este sentido, es la obligación del Estado promover “[...] el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras [...]”¹⁴. Asimismo, garantiza el derecho de todas las personas a tomar “[...] decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva [...]”¹⁵.

El artículo 81 de la CRE dispone, como medida de protección contra la violencia de las niñas, niños y adolescentes, la creación de procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia sexual que se cometan contra niñas, niños y adolescentes¹⁶. Otras obligaciones del Estado son erradicar todas las formas de violencia en el sistema educativo, incluidas la violencia sexual, asegurar acciones y servicios de salud sexual, así como también de la salud reproductiva según se prevé dentro de los artículos 347¹⁷ y 363¹⁸.

Por su parte, el COIP tipifica el delito de estupro en el artículo 167, como parte de los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, determinando que el sujeto mayor de edad que, a base de engaños, posea relaciones sexuales con una persona mayor de catorce años, pero menor de dieciocho años, incurrirá en delito de estupro por lo que “[...] será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años [...]”¹⁹.

El estupro es un delito de ejercicio privado de la acción penal, según dispone el artículo 415 del mismo COIP²⁰. Asimismo, es necesario señalar algunos derechos a favor de las niñas, niños y adolescentes que se encuentran garantizados dentro los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

En tal sentido, debe señalarse que el artículo 424 de la CRE dispone que la norma suprema y los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, donde se reconozcan derechos más favorables a los del texto constitucional, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público²¹ y son de aplicación directa e inmediata conforme disponen los artículos 11, numeral 3, 426 y 427 de la misma CRE²².

¹⁴Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁵Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁶Artículo 81, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁷Artículo 437, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁸Artículo 363, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁹Artículo 167, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

²⁰Artículo 415, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

²¹Artículo 424, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²²Artículo 11, Constitución de la República del Ecuador, 2008

Entre dichos instrumentos internacionales de Derechos Humanos se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño, CDN²³ la cual consagra el principio de interés superior dentro de su artículo 3, siendo la obligación de los estados la adopción de medidas legislativas, administrativas y de cualquier índole para garantizar el bienestar de este grupo prioritario.

Cabe mencionar que el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes también se encuentra garantizado en la legislación ecuatoriana. Según este mismo instrumento, como parte del principio de interés superior, los Estados deberán disponer medidas por medio de las cuales se procure que el niño pueda formarse un juicio propio y pueda expresar su opinión en todos los asuntos que afectan.

Los Estados también tienen la obligación de implementar cualquier tipo de medidas para proteger al niño contra toda forma de abuso sexual y explotación. Para lo cual, las acciones deberán estar destinadas a evitar su exposición a las actividades sexuales ilegales, la prostitución y la pornografía, conforme se establece en los artículos 19²⁴ y 34 de la CDN²⁵.

Además, debe señalarse que las niñas, niños y adolescentes son titulares de todos los derechos reconocidos por los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, así como aquellos que otorgan protección especial frente a casos de violencia como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención De Belem Do Para.

La CEDAW dispone en su artículo 2 la obligación de los Estados por implementar medidas de distinta índole contra las distintas formas de discriminación contra la mujer en todas sus manifestaciones, incluida la violencia sexual²⁶.

La Convención De Belem Do Para, de manera más específica, dispone en su artículo 2 que toda mujer tiene derecho a tener una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como en el privado sin que sea objeto de violencia sexual, lo que incluye

²³Convención sobre los Derechos del Niño, ONU Asamblea General, 20 de noviembre de 1989, ratificado por el Ecuador en 1990.

²⁴Artículo 19, Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

²⁵Artículo 34, Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

²⁶Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 18 de diciembre de 1979, ratificado por el Ecuador en 2005.

violación, abuso sexual, trata de personas, prostitución forzada y acoso sexual en cualquier contexto²⁷.

3.Estado del arte.

A nivel internacional, en legislaciones como la española y la argentina, el delito de estupro se ha desarrollado con el paso del tiempo. Según explica Juan Manuel Yalj, el estupro estuvo dividido en tres subtipos penales: el estupro simple, el estupro voluntario y el estupro calificado²⁸.

El estupro simple tuvo tres etapas de desenvolvimiento basado en la moral social. Inicialmente, se sancionaba a los dos participantes por cometer actos carnales antes de contraer vínculo matrimonial; posteriormente, solo se sancionaba al hombre. Finalmente, en una etapa final donde el estupro voluntario no era punible.

Por su parte, el estupro voluntario no resultaba punible por la voluntad de la víctima para consentirlo²⁹. En cuanto al tercer subtipo penal, es decir el estupro calificado, este tuvo dos grandes divisiones. La primera que se refiere a estupro calificado por violencia, el cual comprende la fuerza sobre los individuos. Por otro lado, se encuentra el estupro que no se genera con violencia y es involuntario, al mismo tiempo, este posee una variedad de figuras que no eran eliminadas por la simple violencia³⁰.

El estupro no violento ni voluntario es la figura penal que se utiliza hasta la actualidad en la mayor parte de legislaciones que tipifican este delito. En este se incluyen elementos adicionales del tipo como engaño o la seducción, los cuales se incorporan como elementos objetivos de la tipicidad³¹. El engaño se refiere a una promesa de matrimonio. Mientras que la seducción implica el acceso carnal sin violencia, siendo este acto consentido debido a la corta edad de la víctima y, por ende, su inexperiencia sexual³².

²⁷Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 06 de septiembre de 1990, ratificado por el Ecuador en 1995.

²⁸Juan Yalj, "El Delito de Estupro", *Revista Lecciones y Ensayos* 46 (1981), 126, disponible en http://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsdll/cgi-bin/library.cgi?e=d-10000-00---off-0pderecho%2Fflecciones--00-2---0-10-0---0---0direct-10---4-----0-11--10-es-Zz-1---20-preferences---00-3-1-00-00-4---0-0-01-00-OutfZz-8-00&a=d&cl=CL4.33&d=HWA_2079 (último acceso el 01/09/2021).

²⁹María Collantes, *El delito de estupro en el derecho castellano de la Baja Edad Moderna* (Madrid: Dykinson, 2017), 68.

³⁰María Collantes, *El delito de estupro en el derecho castellano de la Baja Edad Moderna*, 68.

³¹Félix Martínez, *Una notación histórica sobre el delito de estupro hasta la codificación penal* (Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2018), 37.

³²Carlos Fontán, *Derecho Penal Parte Especial* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1972), 221.

En Ecuador también puede observarse una evolución en cuanto al tipo penal de estupro. En un principio esta figura se encontraba tipificada como la cópula con una mujer honesta, utilizando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento y se establecía una pena de entre tres meses y tres años cuando la víctima fuera mayor de 14 años y menor de 13.

Existe una evolución en cuanto a las características del sujeto pasivo puesto que, se sustituye la expresión 'mujer honesta' por 'una persona'³³. Esta redacción se mantuvo hasta la normativa vigente, donde la conducta empleada para el cometimiento de la infracción implica el uso de métodos no violentos, como la seducción, real o presunta y el engaño³⁴, hecho que lo diferencia de otros tipos penales contra la integridad sexual.

Por lo tanto, se puede comprender que el estupro es un delito doloso, que consiste en tener relaciones sexuales con una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años. En este caso, la maniobra dolosa de la persona que comete el delito radica en alcanzar la aprobación para realizar la cópula sexual con la víctima utilizando la seducción o el engaño³⁵.

En la actualidad, es necesario discutir acerca de la posibilidad de establecer determinados supuestos en los cuales el delito de estupro no sea punible³⁶. Para ello, se toma en consideración el consentimiento prestado por la víctima como causal para que la infracción no sea considerada como delito, así como el derecho a la libertad sexual de los adolescentes.

Un hecho que debe cuestionarse es que la normativa ecuatoriana permite que un adolescente entre catorce y dieciocho años pueda dar su consentimiento para mantener relaciones sexuales con otro adolescente de la misma edad, pero cuando la otra persona es mayor de dieciocho años, el consentimiento del adolescente se vuelve irrelevante. Esto podría vulnerar el derecho a la libertad sexual, pues en este caso el Estado trata de imponer al adolescente con quien puede tener relaciones sexuales y con quien no puede tenerlas³⁷.

³³Aníbal Guzmán, *Diccionario explicativo del derecho procesal penal ecuatoriano* (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 1991), 72.

³⁴Joanna Bourke, *Los violadores: Historia del estupro de 1860 a nuestros días* Joanna Bourk (Barcelona: Crítica, 2018), 64.

³⁵Gustavo Arocena, *Ataques a la integridad sexual* (Buenos Aires: Astrea, 2016), 9.

³⁶Gustavo Aboso, *Derecho penal sexual: estudio sobre los delitos contra la integridad sexual* (Buenos Aires: Ediciones B de F, 2014), 240.

³⁷Santiago Escobar, *El consentimiento (ir)relevante de los adolescentes en los delitos sexuales: estudio de casos* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), 68.

Por otra parte, López, Guerrero y Fernández se oponen a que el estupro sea autorizado aún cuando la víctima aparentemente consienta en la relación sexual con una persona mayor de edad. Tales ideas sostienen que el aparente consentimiento de la víctima puede estar forzado no por medios intimidatorios, pues esto recaería en la violencia, sino por el engaño como un método para alcanzar un consentimiento que se encuentra viciado³⁸.

Por su parte, Júlia De Carvalho y Amanda Oliveira consideran que, si los adolescentes se encuentran en circunstancias semejantes, estos pueden dar su consentimiento sexual. Sin embargo, en caso de ser una persona adulta que se encuentre en una relación de poder sobre el adolescente, la conducta debería ser punible³⁹.

En estos casos no existe un libre consentimiento debido a la presión ejercida para alcanzar el consentimiento sexual, que se ve viciado, aun cuando no se haya utilizado la fuerza para obtenerlo. Por lo tanto, en estos casos se requiere mantener el delito de estupro como una forma de evitar que se naturalicen las conductas dentro relaciones desiguales de poder⁴⁰.

Este aspecto también ha sido tratado por la jurisprudencia española, en la Sentencia STS 726, 21 de mayo de 1998, se establece, que el requisito de la edad es secundario en el delito de estupro, y que lo prevalente es establecer la existencia de una relación de poder. Así, la sentencia en concreto afirma que “[...] la esencia o el sustrato del delito más que en la edad, se encuentra en la posición de dominio antes descrita [...]”⁴¹.

Este criterio refleja que más allá de la edad del adolescente para consentir una relación sexual, es prioritario que se establezca si existe una posición de poder entre el adolescente y la persona mayor de 18 años que haya podido viciar el consentimiento para mantener relaciones sexuales. Esto permitiría que los adolescentes puedan brindar su consentimiento sexual en condiciones equiparables, al no existir dicha relación de poder.

38Denitza López, Martha Guerrero, y María Fernández, El delito de estupro v/s derechos humanos de las niñas y adolescentes, *Revista Inclusiones de Humanidades y Ciencias Sociales* 6, 44.

39Júlia De Carvalho, Amanda Oliveira, “Cultura del estupro: consideraciones sobre la violencia sexual, el feminismo y el análisis de la conducta”, *Revista Latina de Análisis de Comportamiento* 1 27 (2019), 121, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=10296> (último acceso el 02/09/2021).

40De Carvalho y Oliviera, “Cultura del estupro: consideraciones sobre la violencia sexual, el feminismo y el análisis de la conducta”, 122.

41Sentencia No. 726, Tribunal Supremo Español, Sala Segunda de lo Penal, 21 de mayo de 1998, párr. 4. <https://vlex.es/vid/delitos-estupro-elementos-tipo-12-18-b-17715769>

4. Análisis del tipo penal de estupro.

Las definiciones de estupro han ido evolucionando con el paso del tiempo como se analizará brevemente. En tal sentido, Francesco Carrara, define al estupro señalando que es el “[...] conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, precedido de seducción verdadera o presunta y no acompañado de violencia [...]”⁴².

Por lo cual, en cuanto a los elementos establecidos dentro la definición antes mencionada, se observa que todavía existe un sujeto activo y pasivo calificado, pues se requiere que la víctima sea siempre ‘una mujer libre y honesta’, mientras que tácitamente se comprendía que el sujeto activo debe ser un hombre. El verbo rector es el acceso carnal, que debe haberse consentido por medio de una seducción verdadera o presunta, sin que medie la violencia.

Por su parte, Carlos Fontán señala que existió una evolución en cuanto a las características de la víctima, debido a que se ha establecido, dentro del tipo penal de estupro, que la mujer debe ser honesta y sin enajenación mental; estableciéndose de este modo, un límite de edad que varía en cada legislación⁴³.

Por su parte, Francisco Muñoz Conde explica que el estupro implica “[...] al yacimiento carnal realizado con mujer virgen o doncella mediante engaño o seducción [...]”⁴⁴. En este criterio se determinan los medios circunstanciales de engaño o seducción como requisito indispensable para que se configure este tipo penal.

La conducta punible es el acceso carnal en los mismos términos que se establece para el delito de violación⁴⁵. Sin embargo, debe insistirse en que la circunstancia que diferencia estos dos tipos penales es la presencia de violencia en el caso de la violación o del engaño o seducción en el estupro.

En cuanto a la seducción, López, Guerrero y Fernández la define como la acción de seducir como “[...] engañar con arte y maña, o como persuadir suavemente al mal o cautivar [...]”⁴⁶, mientras que Escriche, citado por las referidas autoras, considera que se aplica más particularmente la seducción dentro del estupro cuando, “abusando de la

⁴² Francesco Carrara, *Programa de derecho criminal* (Buenos Aires: Depalma, 1997), 184.

⁴³ Carlos Fontán, *Derecho Penal Parte Especial*, 221.

⁴⁴ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial* (Valencia: Tirant Le Blanch, 2019), 354.

⁴⁵ Gustavo Arocena, *Ataques a la integridad sexual*, 10.

⁴⁶ Denitza López, Martha Guerrero, y María Fernández, “El delito de estupro v/s derechos humanos de las niñas y adolescentes”, 41.

inexperiencia y debilidad de una mujer. Por lo cual, se les estaría arrancando favores que sólo son lícitos en el matrimonio"⁴⁷.

En su significado estricto entendemos por seducción: sea la maliciosa conducta lasciva encaminada a sobreexcitar sexualmente a la mujer, o bien, los halagos a la misma, destinados a vencer su resistencia psíquica o moral, a cuya virtud, la mujer accede a la prestación sexual. Pero para estimarla como integrante del estupro, nos parece menester que dicha seducción sea a tal punto importante que pueda estimarse como la causa directa, eficiente y determinante de la entrega sexual de la mujer, siendo aquí también de estricta aplicación la teoría de la relevancia⁴⁸.

Por otra parte, el engaño implica instigar a otro sujeto a “[...] creer y tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas, pero además se considera de gran relevancia que el engaño sea creíble, posible, probable y verosímil [...]”⁴⁹.

En cuanto al bien jurídico protegido que se afecta en el delito de estupro se presentan diversos criterios. En tal sentido, los autores clásicos consideraban que el bien jurídico afectado era la honestidad, la inocencia, la impolitez o la reserva sexual de la víctima⁵⁰. Llegando finalmente al presente trabajo, el cual abarca el estudio del derecho a la libertad sexual de los adolescentes.

Todos estos términos utilizados por los distintos autores para referirse al bien jurídico afectado, en la actualidad han sido redefinidos y se utiliza la denominación de inexperiencia sexual para referirse al bien afectado por el estupro⁵¹. Asimismo, otras posturas como la Alfredo Etcheberry consideran que “[...] el estupro un delito que atenta primordialmente contra la libertad sexual [...]”⁵².

En el caso del delito de estupro contemplado en el COIP, Rómulo Montaña señala que el bien jurídico afectado es la libertad sexual del adolescente, considerando que dentro de la legislación se ha determinado de manera clara que la víctima puede ser tanto un hombre como una mujer, siempre que su edad sea entre 14 y 18 años, dejando atrás la

⁴⁷López, Guerrero, Fernández, “El delito de estupro v/s derechos humanos de las niñas y adolescentes”, 41.

⁴⁸Denitza López, Martha Guerrero, y María Fernández, “El delito de estupro v/s derechos humanos de las niñas y adolescentes”, 41.

⁴⁹Iván Noguera Ramos, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual* (Lima: Gijley, 2011), 169.

⁵⁰María Collantes, *El delito de estupro en el derecho castellano de la Baja Edad Moderna*, 69.

⁵¹Gustavo Aboso, *Derecho penal sexual: estudio sobre los delitos contra la integridad sexual*, 249.

⁵²Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal Parte Especial* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2019), 65.

concepción de que la única víctima puede ser una mujer honesta, mientras que en cuanto a la conducta punible es el acceso carnal por medio del engaño⁵³.

Por su parte, José Cornejo explica que: “El bien jurídico que se pretende salvaguardar, es la honestidad sexual, entendida ésta como la reserva sexual basada en la inexperiencia de la mujer”⁵⁴. Al mismo tiempo, la legislación ecuatoriana ha determinado que el bien jurídico protegido vulnerado es la libertad sexual, ya que este delito se encuentra tipificado dentro de aquellos que afectan el bien jurídico de la integridad sexual y reproductiva dentro del COIP.

5. Consideraciones acerca del consentimiento del adolescente en el delito de estupro y su relevancia.

El consentimiento en materia penal adquiere un significado distinto del consentimiento en el ámbito civil. De acuerdo con lo señalado por Claus Roxin, en general, el consentimiento penal implica la coincidencia que debe existir de las voluntades del sujeto activo y pasivo de la infracción, siendo este un aspecto que se ha llegado a considerar no tiene el mismo valor, de allí que se lo califique como nulo e insignificante⁵⁵.

Esta consideración se da debido a que, en el derecho penal, se protegen los bienes jurídicos que se encuentran a disposición de la persona como titular de estos. De esta manera, los delitos protegen de manera específica a estos bienes jurídicos, pero no protegen la integridad del sujeto pasivo, sino el dominio que tiene la persona como titular de dicho bien jurídico⁵⁶.

Por lo tanto, el consentimiento en materia penal solo tiene relevancia, cuando es otorgado por la persona perjudicada por la acción delictiva siempre que el sujeto tenga la potestad de poder manifestar su voluntad en una determinada circunstancia.

De esta manera, se puede concluir que el interés del estudio del consentimiento en materia penal tiene como finalidad el poder establecer de manera objetiva qué bienes jurídicamente tutelados pueden ser dispuestos libremente por el individuo. En este caso,

⁵³Rómulo Montaña Rodríguez, “Estupro”, *Derecho Ecuador* (2020), 2. Disponible en <https://derechoecuador.com/estupro/> (último acceso el 11/11/2021).

⁵⁴José Cornejo Aguiar, “Análisis del delito de estupro”, *Derecho Ecuador* (2020), 2. Disponible en <https://derechoecuador.com/estupro/#:~:text=En%20el%20Ecuador%20el%20delito.Org%C3%A1nico%20Integral%20Penal%2C%20se%20llama> (último acceso el 10/11/2021).

⁵⁵Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General* (Madrid: Civitas, 2007), 511.

⁵⁶Esteban Righi, *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014), 192.

el consentimiento puede ser visto desde dos perspectivas: uno que excluye la tipicidad y otro que se justifica la exclusión de la antijuridicidad,⁵⁷ siendo necesario analizar tan solo esta segunda forma.

En materia de delitos sexuales, el consentimiento ha sido definido como “[...] la aceptación verbal o no verbal dada libremente por el sentimiento o la voluntad de participar en una actividad sexual [...]”⁵⁸. En cuanto a la posibilidad de que los adolescentes pueden prestar su consentimiento sexual, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH estableció que existe una “[...] autonomía progresiva de las adolescentes para establecer sus relaciones sexuales y afectivas [...]”.

Además, determinó que esta capacidad no está estrictamente ligada de manera uniforme a su edad biológica, sino que factores como la información, experiencia, entorno, expectativas sociales y culturales tienen una incidencia directa para que la persona pueda formarse un criterio propio⁵⁹.

En este sentido, es necesario analizar si el adolescente de entre 14 y 18 años puede brindar su consentimiento para mantener una relación sexual con una persona mayor y si dicho consentimiento tiene o no relevancia desde el ámbito penal y por lo tanto puede ser una causal de exclusión de antijuridicidad del delito de estupro.

Para tal efecto, se requiere analizar diversas ópticas, principalmente, el derecho a la libertad sexual que tienen los adolescentes. En tal sentido, un aspecto que tiene relevancia ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia constitucional, ya que desde la misma se ha pronunciado respecto de los derechos sexuales y reproductivos de niños, niñas y adolescentes.

Precisamente, la Corte Constitucional del Ecuador determinó dentro de la Sentencia No. 003-18-PJO-CC de 27 de junio del 2018 que solamente depende de las y los adolescentes la decisión sobre: su vida, su salud reproductiva y su salud sexual. Así,

⁵⁷Adolf Merkel, *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: B de F, 2014), 170.

⁵⁸Yolinliztli Pérez Hernández, “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”, *Revista mexicana de sociología* 78 (2016), 751. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-25032016000400741&script=sci_abstract (último acceso el 05/09/2021).

⁵⁹Caso Guzmán Albarracín c. Ecuador, Corte IDH, 24 de junio de 2020. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf (último acceso el 09/11/2021), párr. 130 y 139.

estas decisiones deben tomarse desde los instrumentos otorgados por el Estado, para que de esta forma, los adolescentes puedan decidir responsable, informada y libremente⁶⁰.

A partir de esta sentencia se podría considerar que los adolescentes, en ejercicio de su derecho a libertad y autonomía sexual, de la cual gozan y les permite tomar decisiones acerca de su vida sexual, podrían manifestar su consentimiento para mantener relaciones sexuales con una persona mayor de 18 años.

La posibilidad de que un o una adolescente pueda manifestar su consentimiento para mantener una relación sexual con una persona mayor de 18 años, podría por lo tanto, constituirse en una causal para excluir la antijuridicidad de la conducta.

Sin embargo, esta consideración no se aplicaría en todos los casos de estupro, y este criterio se encuentra limitado por la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha señalado, dentro de su sentencia N.º12-19-CN/19 de 12 de noviembre del 2019, que el delito de estupro posee una índole singular, ya que se debe cumplir con dos elementos indispensables. El primero, que la víctima de la infracción ocasionada siempre será un adolescente y el segundo que exista una “[...] relación de poder o violencia de género [...]”⁶¹.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional establece que, en el caso concreto del delito de estupro, ya que se afecta siempre a un adolescente, la validez del consentimiento brindado por la o el adolescente para mantener una relación sexual debería ser analizado siempre desde la perspectiva de las relaciones de poder.

Es decir, en criterio del organismo constitucional, el consentimiento puede considerarse válido exclusivamente en aquellos casos en los cuales no haya existido una relación de poder o de violencia de género entre la o el adolescente y la persona mayor de edad con la que haya mantenido relaciones sexuales.

Este elemento también ha sido determinante en la jurisprudencia internacional donde existen varios pronunciamientos de diferentes organismos, como se analizará más adelante.

⁶⁰Sentencia No. 0075-11-JP, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de junio del 2018, párr. 35. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaCausa.aspx?numcausa=0075-11-JP>

⁶¹Sentencia No. 12-19-CN, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de noviembre del 2019, párr. 4. [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fab1c90f-d6bf-494d-addc-b8599e797220/12-19-cn-19_\(0012-19-cn\).pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fab1c90f-d6bf-494d-addc-b8599e797220/12-19-cn-19_(0012-19-cn).pdf?guest=true)

6.Derecho a la libertad sexual.

Michel Foucault afirma que ninguna sociedad, hasta la actualidad tuvo tanta discusión sobre el sexo. Un claro ejemplo de lo antes mencionado es nuestra sociedad, la cual siempre se ha caracterizado por no tener varios elementos indispensables como lo son la paciencia y los recursos⁶².

De acuerdo con Julio González, si bien es cierto, los discursos sobre sexualidad en las sociedades occidentales resultan recientes, no se puede negar que la sexualidad ha sido un aspecto inherente al ser humano siempre. Sin embargo, no ha sido hasta la década de los años 60 del siglo pasado, cuando han surgido “una serie de movimientos sociales ligados, directa o indirectamente, a la cuestión sexual”⁶³ que buscan debatir aspectos relativos al sexo que han sido previamente silenciados, invisibilizados y aun suprimidos⁶⁴.

En este marco, surge la discusión acerca de la necesidad de un reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como parte de los Derechos Humanos. Estos derechos son reconocidos en los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta.

Los derechos sexuales y reproductivos se basan en los derechos de libertad, dignidad e igualdad de todos los seres humanos y su objetivo es garantizar que las personas puedan tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva con: libertad, confianza y seguridad, de acuerdo con su vivencia interna. Se debe tomar en cuenta que esta vivencia interna, debe ser asociada al cuerpo, mente, espiritualidad, emociones y la salud de los adolescentes. Y por otro lado la vivencia externa, deberá tomar en cuenta el contexto: social, histórico, político y cultural⁶⁵.

Los derechos de libertad sexual se han construido sobre la base del derecho a la libertad que tienen las personas y procuran garantizar que todo ser humano pueda ejercer

⁶²Michel Foucault, *Historia de la Sexualidad*, 44.

⁶³Julio González Zapata, *Derecho y Sexualidad: ¿liberación o represión?* (Antioquia: Estudios de Derecho, 2007), 59.

⁶⁴González, *Derecho y Sexualidad: ¿liberación o represión?*, 59.

⁶⁵Fundación Huésped, *Qué y cuáles son los derechos sexuales y reproductivos*, 2. Disponible en <https://www.huesped.org.ar/informacion/derechos-sexuales-y-reproductivos/tus-derechos/que-son-y-cuales-son/> (último acceso el 08/09/2021).

su sexualidad de forma libre, voluntaria y saludable, sin ningún tipo de abuso, coerción, discriminación o violencia que pueda ser ejercida en su contra⁶⁶.

Este grupo de derechos comprende que en la sexualidad humana confluyen una serie de factores de orden: biológico, psicológico, social, cultural, económico, político, ético, histórico, religioso, espiritual e inclusive legal⁶⁷. Asimismo, reconocen que la sexualidad humana se manifiesta y se expresa a través de: distintos pensamientos, actitudes, comportamientos, orientaciones, identidades, prácticas y relaciones entre seres humanos⁶⁸.

Existen múltiples derechos sexuales entre los que se encuentran el derecho a la libertad sexual, el derecho a la autonomía sexual, derecho a la privacidad sexual, derecho a la información y a la educación sexual, derecho a la salud sexual, el derecho a la libre asociación sexual, entre otros. De este grupo, se considera importante profundizar en aquellos que se relacionan con la libertad y autonomía que tienen los seres humanos sobre su sexualidad.

El derecho a la libertad sexual es aquel que garantiza a todos los seres humanos, el poder disfrutar de su sexualidad, en la forma en que prefieran en un marco de libertad ejerciendo su sexualidad en todos los aspectos que esto implica, que solo puede ser limitado por el respeto de los derechos de las demás personas⁶⁹.

En un marco similar, se encuentra el derecho a la autonomía sexual, que como su denominación lo infiere, es aquel que garantiza a todas las personas la posibilidad de poder tomar sus propias decisiones acerca de su vida sexual y reproductiva, que incluye la posibilidad de poder ejercer el control sobre su propio cuerpo⁷⁰.

Además, este derecho también implica la obligación de otros actores externos, personas, entidades o el propio Estado. A poder interferir en la esfera de la libertad y la autonomía sexual que tienen los seres humanos, por ser estos derechos fundamentales e inherente de la persona y de autodeterminación⁷¹.

⁶⁶Line Bareiro, *Los derechos reproductivos y los derechos humanos universales* (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008), 124.

⁶⁷Fundación Huésped, *Qué y cuáles son los derechos sexuales y reproductivos*, 3.

⁶⁸ Id.

⁶⁹Julio González Zapata, *Derecho y Sexualidad: ¿liberación o represión?* (Antioquia: Estudios de Derecho, 2007), 71.

⁷⁰Declaración de los Derechos Sexuales, informe, World Association for Sexual Health, 1997, 2. Disponible en: https://worldsexualhealth.net/wpcontent/uploads/2013/08/declaracion_derechos_sexuales_sep03_2014.pdf (último acceso el 10/11/2021).

⁷¹Declaración de los Derechos Sexuales, informe, World Association for Sexual Health, 2.

Sin embargo, el problema con los derechos sexuales y reproductivos, según advierte Amnistía Internacional, es que a los sujetos se les obstaculiza el ejercicio de sus derechos tanto sexuales como reproductivos. Debido a que diferentes personas interfieren “[...] en el pleno ejercicio y goce de los derechos de libertad sexual que tienen las personas. Esto se evidencia en la falta de control sobre el propio cuerpo y la sexualidad que tienen los seres humanos a lo largo de su vida [...]”⁷².

Los derechos sexuales y reproductivos se garantizan a todas las personas sin importar su edad, tal como lo establece la CRE. Por tanto, los adolescentes tienen el derecho a tomar decisiones libres y responsables acerca de su vida sexual, pero además gozan del derecho de tener conocimiento acerca de su cuerpo para decidir sobre él.

Este derecho se garantizará de acuerdo con las etapas de desarrollo físico y psicológico de cada persona, pues esto les permite alcanzar la potencialidad de su desarrollo personal y afectivo en todas las etapas de su ciclo vital en plenitud.

Lo señalado anteriormente se vincula con el principio de evolución de facultades de los niños, niñas y adolescentes, reconocido como un principio de interpretación en derecho internacional. A través de este principio se reconoce que, “a medida que los niños adquieren mayores capacidades, hay menos necesidad de protección y mayor capacidad para adquirir responsabilidad por las decisiones que afectarán su vida”⁷³.

Precisamente, la CDN es el tratado que introduce, por primera vez, en el derecho internacional y por lo tanto el concepto de capacidades evolutivas del niño. A partir de ello, se ha descrito como un principio de interpretación en derecho internacional, a través del cual, se reconoce que a medida que las niñas, niños y adolescentes adquieren mayores capacidades, pueden desarrollar su vida de mejor forma.

Por lo cual, existe menor necesidad de protección y mayor capacidad de adquirir responsabilidad para tomar las decisiones que afectarán su vida. Esto se debe, a que uno de los ejes de la CDN es la regulación de la relación niño-familia, y en particular niño-padres.

En los artículos 5 y 18 de este instrumento, se reconoce el derecho de los padres a la crianza y la educación de sus hijos, pero a su vez, también se garantiza el derecho de

⁷²Amnistía Internacional España, “Derechos Sexuales y reproductivos”,6. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/derechos-sexuales-reproductivos/> (último acceso el 29/08/2021).

⁷³Gerison Lansdown, *La evolución de las facultades del niño* (Siena: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2005), 9.

que el niño, niña o adolescente puede ejercer sus derechos por sí mismo, de manera progresiva de acuerdo con la evolución de sus facultades⁷⁴.

En este contexto, el Comité de los Derechos del Niño, CRC dentro de su Observación General No. 4, ha reconocido la relación entre el principio de evolución de facultades de las y los niños y sus derechos sexuales y reproductivos, señalando que este principio es compatible con la evolución de las facultades de los adolescentes en el ámbito sexual y reproductivo⁷⁵.

Lo que requiere que los padres brinden información útil y apoyo adecuado, para facilitar el establecimiento de una relación de confianza y seguridad, en donde las cuestiones relativas a la sexualidad y el comportamiento sexual se pueden hablar de forma libre, de manera que ellos se sientan cómodos tomando sus decisiones por sí mismos⁷⁶.

Precisamente, estas consideraciones son las que hacen necesaria la reflexión acerca del derecho a la libertad sexual y a la autonomía sexual que tienen los adolescentes, que, como se ha explicado, constituye un derecho humano, el cual se le debe garantizar a toda persona sin importar su edad.

Los adolescentes tienen, por lo tanto, el derecho a poder tomar decisiones acerca de su cuerpo y su sexualidad en un marco de libertad y autonomía, sin que personas o agentes externos puedan interferir en estas decisiones. En este sentido, es oportuno analizar el criterio de la Corte Constitucional del Ecuador respecto de los derechos sexuales y reproductivos de niños, niñas y adolescentes que se determinó dentro de la Sentencia No. 003-18-PJO-CC de 27 de junio del 2018.

Es así como la sentencia estableció que la intervención de las principales personas que forman parte de la vida de los jóvenes, respecto a los derechos tanto sexuales como reproductivos de los adolescentes, les facilitara a ellos tomar decisiones informadas, de forma responsable y libre. Por lo cual, es responsabilidad neta de los adolescentes decidir sobre su vida reproductiva como sexual, [...] fundamentando sus decisiones en las

⁷⁴Miguel Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño”, *Revista del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes* 4 (2000), 13. Disponible en: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf (último acceso el 02/10/2021).

⁷⁵Shyri Calderón, *Caja de Herramientas os Normativa sobre el derecho sexuales reproductivos las niñas, niños adolescentes situación movilidad* (Quito, Consejo Nacional para la Igualdad Generacional, 2018), 4.

⁷⁶Calderón, *Caja de Herramientas os Normativa sobre el derecho sexuales reproductivos las niñas, niños adolescentes situación movilidad*, 4.

herramientas otorgadas por la familia y el Estado, para la adopción de decisiones libres, informadas y responsables [...]”⁷⁷.

La Corte Constitucional señala de manera clara, que los adolescentes gozarán del derecho a libertad y autonomía sexual. Debido a que le corresponde, únicamente, a la o el adolescente, poder decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva. Mientras que el papel que se les reserva a los padres o familia cercana es de poder dotar de la información, educación, guía y herramientas: adecuadas, necesarias y suficientes para que la persona pueda tomar una menor decisión.

7.La existencia de consentimiento como causa de exclusión de antijuridicidad.

Según lo establecido en la Sentencia No. 003-18-PJO-CC de la Corte Constitucional antes señalada, los adolescentes gozan del derecho a libertad y autonomía sexual, por lo que solo ellos son responsables de tomar las decisiones que afecten a su autonomía sexual y reproductiva.

El derecho de libertad sexual incluye la posibilidad que tienen los adolescentes, de decidir con qué persona quieren mantener una relación sexual. Sin embargo, existe una limitación en cuanto al ejercicio de este derecho, ya que, pese a que la o el adolescente haya decidido dar su consentimiento para mantener una relación sexual con una persona mayor de 18 años, su facultad de decisión no se tomará en consideración.

Esto ocurre debido a que, dentro de la tipificación del delito de estupro, se impondrá una sanción a la persona mayor de 18 años por haber tenido relaciones sexuales, cuando la autoridad judicial considere que se hayan cumplido los elementos normativos dispuestos en el tipo penal, sin que le otorgue ninguna relevancia a la facultad de decisión de la o el adolescente.

Precisamente, un aspecto que debe analizarse en el tipo penal de estupro es cuando se refiere al consentimiento que puede otorgar el adolescente para mantener una relación sexual como ejercicio de sus derechos sexuales. Además, resulta necesario discutir en qué casos se debe sancionar a las personas mayores de 18 años que hayan mantenido

⁷⁷Sentencia No. 0075-11-JP, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de junio del 2018, párr. 35. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaCausa.aspx?numcausa=0075-11-JP>

relaciones sexuales con adolescentes mayores de 14 años y menos de 18, conforme se dispone dentro de la normativa jurídica.

En tal sentido, un aspecto que debe destacarse es cómo en la legislación penal ecuatoriana, de cierto modo, da paso a la posibilidad de que los adolescentes entre 14 y 18 años, en ejercicio de sus derechos de libertad sexual, puedan mantener relaciones sexuales con otros adolescentes de la misma edad, en cuyo caso no existiría el delito.

Sin embargo, esta situación cambia cuando los adolescentes mantengan relaciones sexuales con una persona mayor de 18 años, ya que tal acción es punible cuando el consentimiento del adolescente haya sido obtenido recurriendo al engaño.

De lo antes mencionado, podemos concluir que se vuelve indispensable para probar la existencia de este tipo penal, establecer cuándo ha existido un consentimiento por parte del adolescente para mantener una relación sexual a fin de poder determinar si el mismo puede constituirse en una causa de exclusión de la antijuridicidad.

En tal sentido, un aspecto que resulta clave para determinar la existencia del consentimiento brindado por el adolescente, son las relaciones de poder. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en su Sentencia N.º 12-19-CN/19⁷⁸, existe un impacto diferenciado cuando el delito de estupro es consecuencia de relaciones de poder, entendiendo a estas como una forma de violencia estructural, pues para que ocurra es necesario un cierto nivel de aceptación, tolerancia social, de la cultura, el derecho, la ideología, etc. hacia esa violencia.

Dicho abuso de poder, sobre personas percibidas vulnerables por el agresor pues está asociado con variables como el género y la edad de las víctimas y, entre ellas, las más vulnerables son las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores y las personas con algún tipo de disminución, física, psíquica o sensorial.

La relación de abuso es una situación en la que una persona con más poder abusa de otra con menos poder para controlar la relación⁷⁹. La Corte IDH, en el Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, estableció la incidencia de las relaciones de poder sobre el consentimiento que puede dar un adolescente para mantener una relación sexual con una persona mayor de edad.

⁷⁸Sentencia No: 12-19-CN, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de noviembre del 2019, párr. 4. [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fab1c90f-d6bf-494d-addc-b8599e797220/12-19-cn-19_\(0012-19-cn\).pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fab1c90f-d6bf-494d-addc-b8599e797220/12-19-cn-19_(0012-19-cn).pdf?guest=true)

⁷⁹José Alonso, José Castellanos, *Por un enfoque integral de la violencia familiar* (Psychosocial Intervention, 2006), 258.

En la sentencia del Caso Guzmán Albarracín vs. Ecuador, la Corte IDH reconoce que las relaciones de poder anulan o vician el consentimiento otorgado por el adolescente para mantener una relación sexual con una persona. Este criterio de la Corte se da debido a que, en ciertos casos, se presentan marcadas diferencias entre las dos personas que mantienen una relación sexual que pueden influir de manera determinante, para que un niño, niña o adolescente consienta una relación sexual por temor, miedo, intimidación o inexperiencia.

Estas diferencias pueden producirse a partir de las edades de las dos personas y las considerables diferencias entre las mismas, patrones de conducta, así como a otras relaciones de supra o subordinación. En este contexto, la autorización del adolescente, no se considera relevante, debido a que está viciado o anulado por una relación de poder⁸⁰.

En el mismo sentido, la sentencia del Caso Guzmán Albarracín vs. Ecuador agrega que en muchos casos los adolescentes no perciben que son víctimas de este delito, sino que consideran que han prestado libremente su consentimiento para mantener una relación sexual, aun cuando se ha realizado bajo la influencia de una relación de poder⁸¹.

Esta situación se presenta también en otros tipos penales contra la libertad sexual, como el acoso sexual, donde las víctimas no perciben ciertos actos explícitos de violencia como parte de este delito, lo cual se debe los patrones culturales y sociales aceptados, los cuales admiten como ‘normales’ ciertas relaciones e interacciones entre mujeres y hombres que en realidad son un abuso perverso de poder, y de asumir a las mujeres y a las niñas como objetos sexuales explotables”⁸².

Sin embargo, es necesario que en la legislación ecuatoriana se permita valorar las circunstancias de cada caso, a fin de establecer la validez del consentimiento que brindó la o el adolescente para mantener una relación sexual con una persona mayor de 18 años. Tales circunstancias se relacionan con la existencia o no de una relación de poder entre la víctima y el sujeto activo.

De este modo, se requiere valorar la existencia de una relación de poder entre la o el adolescente que mantuvo una relación sexual con una persona mayor de 18 años, para poder analizar si el consentimiento brindado no ha sido forzado y, por lo tanto, es válido.

⁸⁰Caso Guzmán Albarracín c. Ecuador, Corte IDH, 41.

⁸¹Caso Guzmán Albarracín c. Ecuador, Corte IDH, 41.

⁸²Caso Guzmán Albarracín c. Ecuador, Corte IDH, 41.

En estos casos, se podría considerar que este consentimiento brindado se constituye en una causal de exclusión de antijuridicidad.

En tal sentido, se deberían analizar circunstancias como relaciones de jerarquía o dependencia entre adolescente y adulto, escolares, familiares, sociales, vulnerabilidad del adolescente, condición social, económica, poder de control sobre la víctima, poder de influencia, imposibilidad de solicitar ayuda por parte del adolescente, etc., factores de salud física, mental y emocional del adolescente, presencia de patologías físicas, psicológicas o discapacidad y factores sociales, culturales e ideológicos que pudieren influir, tolerancia a la violencia, cultura patriarcal, religión, etc.

Para ejemplificar los motivos por los cuales es necesaria la inclusión de parámetros que permitan evaluar el consentimiento, se plantean dos casos distintos. Por un lado, una situación en la cual una adolescente de 17 años da su consentimiento para mantener una relación sexual con un compañero de colegio que apenas ha cumplido la mayoría de edad.

En el otro extremo, se encuentra una adolescente de 14 años de edad que aparentemente otorga su consentimiento para mantener una relación sexual con una persona mayor de 50 años, quien ejerce una relación de poder frente a la adolescente. De acuerdo con lo previsto dentro de la actual normativa penal, ambos casos constituyen estupro, pese a las notables diferencias.

De esta manera, la normativa penal al no tomar en consideración que el consentimiento del adolescente para mantener una relación sexual con una persona mayor de 18 años, pueda ser una causal de exclusión de antijuridicidad, sanciona por igual dos situaciones totalmente distintas. En un caso, claramente se presenta una relación de poder que configura el delito, mientras que, en el otro, sanciona a una persona que ha obtenido una relación sexual consensuada, sin que exista ningún vicio.

En tal sentido, respecto al consentimiento irrelevante del menor de dieciocho años, Santiago Escobar plantea establece que ello “[...] genera contradicción en el tipo penal, puesto que siempre va a existir el delito, aunque no se haya dado un elemento de la tipicidad objetiva como es el engaño [...]”⁸³.

⁸³Santiago Escobar, *El consentimiento (ir)relevante de los adolescentes en los delitos sexuales: estudio de casos*, 68.

Esta contradicción sucede debido a que el consentimiento brindado por la o el adolescente para mantener una relación sexual se considera válido cuando no ha existido engaño, un elemento cuya determinación resulta altamente subjetiva, ya que se requiere valorar la madurez sexual del adolescente.

Al respecto, Jorge Buompadre señala que una persona ‘inmadura sexualmente’ es calificada por la ley, al sujeto menor de 16 años “[...] aun cuando nada suceda si tiene relaciones sexuales con otro menor de 16 años o más (pero siempre menor de 18 años), aunque el sujeto activo se haya “aprovechado” de tal inmadurez sexual [...]”⁸⁴

Al mismo tiempo el autor antes referido, menciona que, si el sujeto es mayor de edad, este podría estar en problemas ya que el legislador estableció como punible la conducta al tratarse de una persona mayor de 18 años. Por otro lado, si estamos en el caso de un menor de 18 años, el cual “[...]tiene una relación sexual con otro menor pero mayor de 13 años, con su consentimiento, entonces el hecho es atípico, porque así también lo ha decidido el legislador [...] Lo cual, a ojos del autor, es un completo absurdo, ya que se estaría escapando del delito de violación, pero cayendo en el delito de estupro⁸⁵.

De esta manera, los aspectos determinantes para la configuración del delito como: la madurez sexual del adolescente, el engaño y el consentimiento del adolescente para mantener una relación sexual, son altamente subjetivos. Esto se debe, a que dependerá exclusivamente del juzgador valorar los mismos.

En el mismo sentido, el autor Jorge Buompadre señala que, tal situación, “implica un obstáculo a la libre determinación sexual de los jóvenes, poniendo una traba a la libertad sexual de las personas con base a presumir la inmadurez sexual de los sujetos menores”⁸⁶ de determinada edad. Esto considerando que, en la legislación argentina, la cual es la analizada por el autor, el tipo penal de estupro se configura cuando el sujeto pasivo es un adolescente mayor de 13 años y menor de 18.

Tal situación también es contradictoria, en opinión del referido autor, debido a que la misma normativa penal establece una edad mínima de iniciación sexual de las personas, que es distinta de la edad en la que considera que existe madurez sexual.

⁸⁴Jorge Buompadre, “Abusos Sexuales”, *Revista de Pensamiento Penal* 4 1 (2016), 39, disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts_119_a_120_abusos_sexuales.pdf (último acceso el 03/10/2021). Paréntesis de énfasis en cita textual. Comillas en cita textual.

⁸⁵Jorge Buompadre, “Abusos Sexuales”, 39. Paréntesis de énfasis en cita textual.

⁸⁶Id.

Al respecto, Jorge Buompadre explica que la normativa indica la edad mínima para la iniciación sexual de los seres humanos. Por lo cual el legislador establece que “[...] no existe violación para una relación sexual consensuada entre adolescentes (que es de 13 años en Argentina y 14 años en Ecuador) [...]”⁸⁷.

Al mismo tiempo el autor mencionado, hace énfasis en que existe “[...] una contradicción al considerar que un adolescente entre 13 y 18 años no es maduro sexualmente para consentir una relación sexual con otra persona mayor de 18 años...”⁸⁸, vulnerando de esta forma, el derecho a la libertad sexual que poseen todos los adolescentes.

Existe una afectación a este derecho fundamental, debido a que “[...] El Estado trata de imponer al adolescente con quien debe tener relaciones sexuales o mejor dicho con quien no tenerla [...]”⁸⁹. En este sentido, es necesario cuestionarse qué rol desempeña el Estado con relación a los derechos sexuales de los adolescentes, un aspecto que también ha sido desarrollado por la jurisprudencia, aunque desde dos perspectivas opuestas.

Al respecto, un aspecto que se ha cuestionado la Corte Constitucional del Ecuador es el hecho de si el delito de estupro lesiona directamente el principio de interés superior y el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. En tal sentido, este organismo señala que respecto a las interrogantes que nacen del delito de estupro, una de ellas es “[...] el deber del Estado establecido en el artículo 44 de la CRE para tutelar a este grupo de atención prioritaria [...]”⁹⁰.

El pronunciamiento de la Corte Constitucional, al respecto de este tema, ha sido enfatizar que los niños, niñas y adolescentes constituyen un grupo de atención prioritaria y que, en tal razón, merecen una protección reforzada y especial por parte del Estado frente a las infracciones penales⁹¹.

Al respecto de este mismo asunto, desde la perspectiva de la doctrina, López, Guerrero y Fernández consideran que el desarrollo integral se va desarrollando, cuando nace el consentimiento de una manera libre, para de esta forma llevar a cabo la cópula. El mismo autor menciona que “[...] en cada caso en particular es diferente, pero la evolución

⁸⁷Sentencia No. 12-19-CN, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 11. Paréntesis de énfasis en cita textual.

⁸⁸Sentencia No. 12-19-CN, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 11.

⁸⁹Adrián Marcelo Tenca, *Delitos Sexuales* (Buenos Aires: Astrea, 2013), 206.

⁹⁰Sentencia No. 12-19-CN, párr. 2.

⁹¹Sentencia No. 12-19-CN, párr.2

de su crecimiento no se puede generalizar a rangos de edad porque finalmente es una afectación a su sano desarrollo sexual y evolución en su edad [...]”⁹².

Por otro lado, los autores mencionados establecen que se debe tomar en cuenta que esta persona esta dando su consentimiento, pero de una forma coactada, existiendo así una forma de violencia. Debido a que se está aprovechando de su falta de desarrollo, esto “[...] es un hecho eminentemente doloso, el dolo se afirma en los actos que hace el activo para obtener el consentimiento y el acceso carnal a la víctima, se afecta el correcto desarrollo psicosexual de la menor de edad [...]”⁹³.

En este sentido, es evidente que en la postura de algunos autores se considera que el delito de estupro podría tener una afectación directa sobre el principio de interés superior y el desarrollo integral, de allí que, frente a ello existe un deber puntual del Estado de ejercer una tutela adecuada frente a esta problemática.

En relación con lo señalado, debe comprenderse que el desarrollo integral puede conceptualizarse como aquel conjunto, el cual abarca una serie de factores. Los cuales son establecidos por medio del Estado, “[...] con la participación y solidaridad de la familia y la sociedad, para garantizar que todos los niños y niñas gocen, de manera efectiva y sin discriminación [...]”⁹⁴.

Por lo tanto, el desarrollo integral exige que el Estado garantice los Derechos Humanos generales de las niñas, niños y adolescentes, al tiempo que atiende las situaciones especiales en que se encuentran este grupo prioritario que podrían afectar y vulnerar sus derechos. Frente al estupro, esto implica que el Estado debe ejercer acciones que permitan prevenir y sancionar esta acción.

El eje preventivo se desarrolla mediante la implementación de políticas públicas, que conforme lo determina la CRE, es una función de la rama Ejecutiva del Estado. El artículo 147, numeral 3 de la misma normativa prescribe que le corresponde al Ejecutivo “Definir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva”⁹⁵.

Estas políticas públicas, deben enfocarse en brindar una oportuna y adecuada educación sexual a las niñas, niños y adolescentes, siendo competente para tal función, el

⁹²Denitza López, Martha Guerrero, y María Fernández, “El delito de estupro v/s derechos humanos de las niñas y adolescentes, 44.

⁹³Id.

⁹⁴Yury Buaiz, *La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones* (San José: Ministerio de Salud de Costa Rica, 2003), 2.

⁹⁵Artículo 147, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Ministerio de Educación como parte de la Función Ejecutiva, que tiene competencia para formular políticas en los ámbitos de su competencia.

El artículo 154 de la CRE, prescribe que a los ministros del Estado “[...] les corresponde ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión [...]”⁹⁶.

En el ámbito punitivo existe la obligación de “adecuar, formal y materializar, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la CRE y los tratados internacionales”⁹⁷. De este modo, se debe garantizar la idoneidad de la normativa penal para que no afecte injustificadamente derechos fundamentales.

No obstante, la Corte Constitucional del Ecuador, en su Sentencia No. 003-18-PJO-CC, relativa a los derechos sexuales y reproductivos de los niños, niñas y adolescentes y la intervención estatal afirma que el Estado es el ‘salvador externo’, el cual tiene la obligación de cumplir con “[...] su deber de otorgar a las y los adolescentes la información adecuada y necesaria para que ellos, en ejercicio del principio de autonomía de su cuerpo, puedan finalmente decidir sobre su salud sexual y reproductiva[...]”⁹⁸.

Con base en lo dispuesto esta sentencia, considera que la intervención del Estado es garantizar que las y los adolescentes tengan la información adecuada y necesaria para que puedan tomar sus propias decisiones acerca de cómo ejercer su derecho a la libertad sexual. Sin embargo, también se reconoce la protección especial que debe darse a este grupo prioritario, frente a acciones que requieran establecerse como un tipo penal.

Por otra parte, es necesario que se tome en consideración al consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad, en ejercicio de la autonomía y los derechos de libertad sexual que poseen todos los adolescentes. Para tal efecto, se requiere la implementación de reformas al artículo 167 del COIP, con el objetivo de poder establecer una regla general y las excepciones en las cuales el consentimiento sea una causa de exclusión de la antijuridicidad en el delito de estupro.

En cuanto al criterio que podrían utilizarse para evaluar el consentimiento del adolescente, principalmente se encuentra la relación de poder. Precisamente, en la Sentencia STS 726 del 21 de mayo de 1998 determina que el tipo penal establece

⁹⁶Artículo 154, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁹⁷Artículo 75, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁹⁸Sentencia No. 003-18-PJO-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de junio de 2018, párr. 33. http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/058c80cb-6995-476f-b64b-ad1c97529b4c/0775-11-jp-sen_2018613115111.pdf?guest=true. Comillas en cita textual.

requisitos que son esenciales tales como la edad de la víctima del delito, sea este hombre o mujer respectivamente, entre los 13 y los 18 años. Dichos límites son altamente discutibles y cuestionados. Debido a que el prevalimiento, con todas sus consecuencias, actúa también eficazmente en edades superiores⁹⁹.

Por otro lado, dentro de la misma sentencia se hace referencia a la esencia del delito, más que en la edad, ello se puede ver plasmado en la posición de poder sobre la víctima. Otro requisito del cual se hace referencia en la sentencia aquí discutida es el prevalimiento, además de “[...] aquellas situaciones y relaciones personales, familiares, sociales o profesionales que provocan una especial ventaja a uno de los sujetos sobre el otro, y de la que el primero se aprovecha y prevale para lograr sus torpes deseos [...]”¹⁰⁰.

Con base en la sentencia antes mencionada, se evidencia la necesidad de tener en cuenta en el delito de estupro, la existencia de relaciones de poder como requisito fundamental, la cual se impone sobre el factor de edad del adolescente. Esto se debe a que la intención del legislador es proteger el bien jurídico afectado de la inexperiencia sexual de la víctima y, según varios criterios antes analizados, ésta no puede valorarse únicamente con base en la edad biológica de la persona.

Esto es preponderante porque cuando el sujeto activo ostenta una posición de poder o de superioridad sobre la víctima, puede ocurrir una situación de poder o de dependencia, que resulte “tan poderosa como para casi anular, disminuir o dominar el pensamiento y las facultades volitivas de la víctima”¹⁰¹. Por lo cual, la misma se ve impotente, en estos casos, para oponerse a los deseos del estuprador.

8. Conclusiones.

A lo largo del presente trabajo, se determinó que, al analizar la edad mínima para mantener relaciones sexuales, se deben considerar no sólo la inexperiencia sexual en base a la edad biológica sino considerar factores familiares, sociales y culturales, con el fin de precautelar el bien jurídico protegido en cuestión, es decir, la libertad sexual de los adolescentes.

⁹⁹Sentencia No. 726, Tribunal Supremo Español, Sala Segunda de lo Penal, 21 de mayo de 1998, párr. 4. <https://vlex.es/vid/delitos-estupro-elementos-tipo-12-18-b-17715769>

¹⁰⁰Sentencia No. 726, TS, párr. 4.

¹⁰¹Sentencia No. 726, TS, párr.4.

Con respecto al engaño y las relaciones de poder, las cuales tienen influencia directa en la valoración del consentimiento, se determinó mediante este *paper* que la aquiescencia del adolescente para mantener una relación sexual con una persona mayor de edad, referido en el artículo 167 del COIP, no es tomado en cuenta, pues se considera que ha existido engaño para obtenerlo. Sin embargo, esto vulnera el derecho a la libertad sexual que poseen todos los adolescentes.

Entre las obligaciones del Estado se encuentra el garantizar una educación sexual adecuada, respetar las decisiones tomadas por las y los adolescentes acerca del libre ejercicio de su sexualidad. Llegando así a concluir que, con respecto a la pregunta de investigación, ha quedado demostrado que la tipificación del delito de estupro vulnera el derecho a la libertad sexual de los adolescentes.

Así mismo, se concluye dentro la presente investigación que es necesario una reforma a la normativa ecuatoriana, a fin de establecer el consentimiento como causa de exclusión de antijuridicidad dentro del estupro, donde se establezca una regla general y una excepción. Para de esta forma, salvaguardar el derecho a la libertad sexual que poseen los adolescentes.

Uno de los fundamentos esenciales para llevar a cabo esta reforma sería precisamente lo dispuesto por la Corte Constitucional del Ecuador acerca de los derechos sexuales de los adolescentes. Por lo expuesto, se debería realizar un análisis casuístico con base en los parámetros analizados, para así poder garantizar el derecho a la libertad sexual de los adolescentes.

Una de las limitaciones presentadas a lo largo del trabajo, fue la poca discusión dentro de la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana acerca de aspectos fundamentales del delito de estupro, pues en otras legislaciones analizan y cuestionan los elementos esenciales para configurarlo, como lo son: el consentimiento, el engaño, la inexperiencia sexual y la edad no sólo biológica para mantener relaciones sexuales.