



Febrero 2020 - ISSN: 1988-7833

LA SEXUALIDAD DE LOS ADOLESCENTES: VALOR JURÍDICO DEL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO PENAL. SU ANÁLISIS EN EL CONTEXTO LEGAL ECUATORIANO.

Raudel Navarro Hernández¹

Abogado en libre ejercicio

correo electrónico: raudelnhdez1986@gmail.com

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Raudel Navarro Hernández (2020): "La sexualidad de los adolescentes: valor jurídico del consentimiento en el derecho penal. Su análisis en el contexto legal ecuatoriano", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (febrero 2020). En línea:

<https://www.eumed.net/rev/cccss/2020/02/sexualidad-adolescentes.html>

<http://hdl.handle.net/20.500.11763/cccss2002sexualidad-adolescentes>

RESUMEN: El límite de edad definido en la mayoría de las legislaciones penales en los delitos sexuales, por debajo del cual el consentimiento de los menores se considera intrascendente y que busca la protección de la llamada "indemnidad" o "intangibilidad sexual", y a partir del cual se entiende que dicha decisión es válida y exculpatoria de responsabilidad penal para el que en el primer caso podría ser considerado sujeto activo del ilícito penal, obedece no solo a cuestiones de política criminal, sino, en mayor medida, a naturales razones biopsicosociales, y obviamente, también jurídicas, en especial por la proyección del derecho a libertad, determinado por el principio de capacidad progresiva de los adolescentes. Es así como en lo sucesivo se tratarán, grosso modo, las principales cuestiones de índole teórica que giran en torno a la importancia y necesidad de dicha delimitación, al tiempo que se analizará desde un enfoque crítico su ausencia en la legislación penal ecuatoriana actual y los problemas que en la dogmática y la práctica penal ello acarrea.

PALABRAS CLAVES: consentimiento sexual, adolescentes, delitos sexuales, indemnidad o intangibilidad sexual, derecho a la libertad.

ABSTRACT: The age limit defined in most criminal laws concerning sexual crimes below which the consent of under-ages peoples is considered irrelevant, with the purpose of protecting it's so-called "indemnity" or "sexual intangibility", and from which limit the consent is considered valid and therefore exculpatory of criminal responsibility of who could be considered an active subject of the criminal offense, it is due not only to questions of criminal policy, but, to a greater extent, to natural

¹ Licenciado en Derecho, Universidad de La Habana, 2011; Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de La Habana, 2019. Abogado en libre ejercicio.

biopsychosocial reasons, and obviously , also legal, especially for the projection of the right to freedom in these cases, determined by the principle of progressive capacity of adolescents. Thus, the main theoretical issues that revolve around the importance and necessity of such delimitation will be treated roughly, while analyzing their absence in current Ecuadorian criminal law and problems from a critical approach that in dogmatic and criminal practice it entails.

KEYWORDS: sexual consent, adolescents, sexual crimes, sexual intangibility, right to freedom.

INTRODUCCIÓN:

El consentimiento sexual, entendido como una manifestación concreta del derecho a la libertad, en el ámbito de la esfera sexual, “existe cuando dos (o más) personas están de acuerdo en realizar una práctica sexual de un modo determinado en un momento cualquiera” (Pérez Hernández, 2016, pág. 741), a lo que cabría añadir que jurídicamente hablando, para que sea válido, requiere además de la existencia de la suficiente capacidad de obrar de los implicados en el acto de naturaleza sexual de acuerdo a cada ordenamiento jurídico en particular, en razón de aspectos, por ejemplo, como la capacidad mental o la edad.

Es precisamente el análisis de la edad como presupuesto de la capacidad de hecho la que analizaremos en este trabajo, en relación con los argumentos teóricos de índole jurídicos y biopsicosociales, que justifican y validan la libre determinación para el consentimiento sexual, al tiempo que como consecuencia libera de responsabilidad penal² al otro sujeto sexual de la relación, siempre y cuando, como es lógico, no existan vicios en la forma de obtener dicho consentimiento o se ejerzan actos de violencia o abuso, y que como se verá en el desarrollo de este artículo, en la mayoría de las legislaciones es una edad que actúa como límite³, precisamente, entre ese consentimiento válido y liberatorio de culpabilidad por una parte, y por la otra, el bien jurídico penalmente tutelado, conocido doctrinalmente como intangibilidad sexual.

En torno a lo anterior se pretende un somero estudio o repaso, con base en criterios doctrinales desde un enfoque interdisciplinario, y normativo, abarcador tanto de las principales regulaciones en el ámbito del derecho internacional público⁴, como comparado, tomando como referencia algunas legislaciones penales de la región latinoamericana.

Asimismo, se dedicarán los epígrafes finales al análisis crítico de la ausencia actual de límite de edad para el válido consentimiento sexual de menores de 18 años en la legislación penal sustantiva ecuatoriana, mismo que a los efectos jurídico-penales es considerado intrascendente, pese a que no

² Lo que en delitos que atentan contra la libertad e indemnidad sexual es de especial trascendencia.

³ Definida generalmente entre las etapas de la adolescencia tardía y la juventud temprana, pero usualmente previa a la mayoría de edad legal.

⁴ En el que la determinación de una edad límite para el consentimiento sexual de los adolescentes y jóvenes se puede justificar en virtud del reconocimiento del derecho a la libertad que toda persona debe gozar, determinado en el concreto caso que nos ocupa, por el principio de capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes; aunque en este caso naturalmente se limitaría a adolescentes y preferentemente en tránsito a la juventud.

ha sido ello tradición ni en Ecuador ni en la región, lo que penaliza conductas que desde lo sexual son socialmente aceptadas en algunos casos.

Lo anterior, sin contar los inconvenientes que en el orden técnico jurídico representa, como se podrá explicar en lo sucesivo, crea una especie de divorcio entre realidad y norma, haciendo a esta última, en ese concreto aspecto, inoperante y peor aún, pocas veces acatada, lo que podría llegar a considerarse una protección innecesaria y a ultranza⁵ de una etapa final de la adolescencia como puede ser, por ejemplo, el rango comprendido entre los 15 y 18 años de edad; no obstante todo ello a la existencia de criterios de jurisprudencia constitucional ecuatoriana que apuntan a una reforma en ese sentido.

Los métodos empleados en el presente trabajo fueron: *Histórico-jurídico*, en relación con el tratamiento histórico-normativo del consentimiento sexual de los adolescentes en el derecho penal; *Teórico-jurídico*, empleado para sistematizar los presupuestos teóricos sobre los que se sustenta el tópico en cuestión y que pueden servir de fundamento para su reformulación; *Análisis jurídico-comparado*, en el estudio de disposiciones jurídicas extranjeras, con el objetivo de deducir las tendencias principales y su influencia en el diseño teórico del tema abordado y su configuración legislativa; *Análisis -jurídico*, utilizado para el examen e interpretación de todos los textos legales consultados, y especialmente del ordenamiento jurídico ecuatoriano, con la finalidad de determinar las limitaciones que existen al respecto. Como técnica de investigación se utilizó el *análisis de documentos* para el estudio de la bibliografía teórica, la legislación y las decisiones jurisprudenciales.

1.LA INDEMNIDAD O INTANGIBILIDAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO POR RAZÓN DE LA EDAD Y SUS LÍMITES.

De forma general cuando se aborda el bien jurídico penalmente protegido en los delitos de naturaleza sexual, se limita este, en la mayoría de los casos, a la libertad o autonomía sexual de las personas que en la hipótesis delictiva resultan ser el sujeto pasivo; sin embargo, si bien este no deja de ser un bien jurídico indiscutible, y quizás el cuantitativamente más afectado en los casos concretos, no es el único, pues no todas las personas que resultan víctimas de estas modalidades criminales gozan de la capacidad mental o por razón de edad, para otorgar (o no) un consentimiento válido, de forma tal que el legislador asume, en virtud de la norma penal, una postura tuitiva del “consentimiento” de estas personas, dígame menores de edad en su etapa de niñez y/o incapacitados mentales, por considerar, en base a criterios válidos, jurídicos y extrajurídicos, que la aceptación expresa o tácita de cualesquiera de estos potencialmente sujetos pasivos del delito, carece de validez y por ende no justifica la realización del acto carnal, lo que como bien protegido se conoce en la doctrina penal como indemnidad o intangibilidad sexual.

Como se ve, la distinción (o concepción dualista) radica entonces entre delitos que lesionan la libertad (o autonomía) sexual de la víctima en cuestión, por un lado, y delitos que lesionan su indemnidad (o

⁵ Y una consecuente criminalización en exceso.

intangibilidad) sexual (Mañalich, 2014, pág. 2), siendo esta última, en definitiva, en la que nos centraremos, pero básicamente en función del aspecto cronológico.

Dicho lo anterior debe quedar claro que,

la indemnidad viene a referirse al interés en que determinadas personas, que son consideradas vulnerables por sus condiciones personales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, aconsejando mantenerlas de manera total o parcial al margen de la sexualidad. (Garanto Vallés, 2015, pág. 9).

Dentro de esa sombrilla de protección jurídico-penal que es la indemnidad sexual, se cobijan, de manera resumida, todas aquellas personas impedidas, por razones de edad y/o capacidad, de practicar de manera plena y válida su vida sexual. Sin embargo, se hace necesario abordar, ya no en los casos de incapacidad por enfermedad en los que lógicamente la recuperación de la autonomía sexual supone la sanidad mental o el cese de la causa de incapacidad cualquiera que esta sea; sino en los casos de la edad, cuál sería el momento en que una persona, o un menor de edad propiamente dicho, puede válidamente otorgar su consentimiento sexual, de manera que este sea válido, legal, legítimo, y por ende, exculpatorio de responsabilidad jurídico-penal para el otro sujeto.

El fundamento de lo anterior habría que encontrarlo en el análisis de las distintas excepciones que en la doctrina y en las legislaciones de los distintos países se le reconoce a la mayoría de edad plena, excepciones que podemos ver, no pocas veces, en regulaciones de naturaleza civil y de familia, administrativo, laboral, electoral y obviamente, también en el derecho penal, etc.

Todos esos casos particulares, dígame por ejemplo emancipación, concertación de determinados contratos de naturaleza laboral en ciertas circunstancias, obtención del permiso para conducir (un ejemplo de actividad que aunque lícita, genera riesgo tanto para el adolescente menor de edad, como la colectividad) o el efecto de exculpación o de atenuación de la pena en delitos de naturaleza sexual, giran en torno a un fundamento único: la dignidad y libre desarrollo y realización de las personas, de lo cual, en los casos en que así resulte atinado, no podemos privar a ciertos menores de edad, en especial a aquellos que se encuentran en una edad que media entre la adolescencia tardía y la juventud temprana.

En el sentido antes apuntado, se hace meritorio citar al académico Carlos María Romeo Casabona, citado por Chang Kcomt (2017): “Por razón de la edad, no es imprescindible teóricamente ser mayor de edad, sino que basta con la capacidad natural de juicio y entendimiento, que permita conocer el alcance del acto consentido para el propio bien jurídico.” (pág. 232).

Se hace oportuno entonces señalar de manera genérica los criterios bilógicos y psicológicos que de conjunto con fundamentos jurídicos (la dignidad, libre desarrollo y realización de las personas, capacidad progresiva de los adolescentes, etc.), deben tenerse en cuenta por los legisladores a la hora de diferenciar (con un límite de edad) en la norma penal, por una parte, cuándo se considera abuso (aún y cuando exista consentimiento) y cuándo dicho consentimiento debe ser beneficiado con un valor jurídico distinto, por entenderse que es manifestación de voluntad legítima y valedera,

asociada a un desarrollo de la personalidad y a un ejercicio del derecho natural de la libertad, lo cual es necesario y justo reconocer también. Para ello necesariamente debemos acudir a otras ciencias que se han encargado de ilustrar a los estudiosos del derecho y a los legisladores sobre estos particulares, en especial la psicología, la sexología y la medicina.

Desde el punto de vista psicológico, el presupuesto fundamental es el poder determinar la plena capacidad del menor de edad para comprender lo que supone el sexo, lo que se encuentra íntimamente vinculado a una relativa madurez de la personalidad del menor, no necesariamente asociada a la experiencia, pero sí al deseo, al menos en forma de curiosidad, acompañado de los sentimientos (lo que es muy común en las edades comprendidas dentro de la adolescencia, siendo la causa que normalmente da lugar a las primeras relaciones sexuales).

Muy importante también resulta el nivel de información que se pueda manejar y entender, en especial sobre la necesidad de mantener relaciones sexuales seguras (fundamentalmente con el uso del condón y otros métodos anticonceptivos), so pena del riesgo de adquirir infecciones de transmisión sexual o de poder convertirse en madres y padres a edades tempranas; en lo cual tiene un alto grado de responsabilidad no sólo la familia, sino el Estado y la sociedad en general, teniendo en cuenta la mayor o menor preocupación por garantizar desde edades tempranas una correcta información sexual, en especial, a los adolescentes.

Es por ello que la protección penal en virtud del bien jurídico “intangibilidad sexual” no puede ser igual en todos los momentos comprendidos dentro de la minoría de edad, precisamente porque es un marco amplio que incluye niñez, adolescencia o pubertad y juventud temprana, fases cada una de ellas caracterizadas por aspectos psicosociales diferentes que marcan en consecuencia la personalidad y la conducta de los menores, y con ello se experimenta, progresivamente, una mutación en los intereses y expectativas y evolución de facultades, en estrecho vínculo con el propio desarrollo físico (o sea, biológico) de los menores.

En relación con lo anterior podemos decir que “con el desarrollo biológico a las adolescentes [y a los adolescentes] se les despierta esta parte psicológica y van hacia las relaciones sexuales adelantadas” (Calero, Rodríguez, & Trumbull, 2017, pág. 586); a lo que se suma la repercusión, en esa construcción, de los distintos procesos sociales, de diversa naturaleza (culturales, ambientales, económicos), así como los espacios de crianza y educación intrafamiliar.

En concordancia con lo anterior es correcto que el derecho en sus disímiles áreas y regulaciones se haga eco de esa realidad, en correspondencia con el principio de capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes, tal y como se encuentra configurado en La Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989); incluso, en el tema que nos ocupa, para fijar y delimitar la edad, o rango de edad, en el que ya esa protección penal deja de tener trascendencia, con independencia de la fórmula que se emplee para ello, pero que no tiene, bajo ningún concepto, porque coincidir con la mayoría de edad, como ya se ha explicado antes.

La realidad social nos demuestra (y el derecho en ninguna de sus esferas puede estar separado de esa realidad, so pena de fungir como normas románticas o utópicas, irrealizables y por ende incumplidas) que

la región de América Latina y el Caribe cuenta con las tasas más altas del mundo en términos de principios de la iniciación sexual de las niñas. Más del 22 por ciento han tenido su primera relación sexual antes de cumplir los 15. En algunos países, la tasa alcanza el 25 por ciento. (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2017, pág. 2).

En otros estudios de esta naturaleza igualmente se han corroborado estadísticas similares en el caso de los adolescentes del sexo masculino, ya que por ejemplo, en un análisis sobre la actividad sexual y el uso del preservativo entre estudiantes de 13 a 15 años, en países en que se aplica la Encuesta Mundial de Salud a Escolares, GSHS por sus siglas en inglés, dentro de los que se encuentra Ecuador, se determinó que “la proporción de los varones sexualmente activos duplicaba a la de las mujeres.” (Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF), 2015, pág. 27).

Por ejemplo, una caracterización del rango de edad comprendido entre los 15 y 17 años (adolescencia media), define que a esa edad,

están avanzando en la formación de su identidad y orientación sexual. Muchos se enamoran por primera vez. Les preocupa saber si son atractivos y la aceptación del grupo de pares. La experimentación sexual es frecuente y muchos tendrán relaciones sexuales penetrativas (...). Hay mayor desarrollo de pensamiento abstracto [esto en relación con menores rangos de edad, obviamente], de manera que pueden empezar a anticipar las consecuencias de sus actos. (Corona & Funes, 2015, pág. 78).

Además, “en la adolescencia y la juventud, la exploración de la sexualidad juega un papel muy importante para el desarrollo físico y emocional de las personas.” (Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF), 2015, pág. 25).

Reafirmando las ideas y fundamentos anteriores, podemos citar el caso de la Sentencia 00008-2012-PI/TC del año 2012 del Tribunal Constitucional peruano (Sentencia, 2012), por causal de inconstitucionalidad, que tuvo como efecto la despenalización de las relaciones consentidas con menores de entre 14 y 18 años de edad, lo que se consideraba a la luz de dicho código delito de violación, y motivos por los que el número de sancionados encarcelados era significativo en el país andino. La decisión del alto foro de justicia fue acogida con beneplácito por profesionales del gremio y por congresistas, entre otros criterios, bajo el argumento de que “las costumbres de la selva y la sierra de nuestro país permiten la unión entre menores de edad. No se promueve la promiscuidad. Se trata de la realidad del país” (Perú21, 2013); mientras que el Tribunal Constitucional, por su parte, “aseguró que se acreditó la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los adolescentes.” (Perú21, 2013).

2.EL CONSENTIMIENTO SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD: UNA INTERPRETACIÓN A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE DERECHO INTERNACIONAL.

La Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989), en su preámbulo, destaca que:

El niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

El principio de “libertad” enunciado en el párrafo anterior no lo asumimos en este caso como algo totalmente opuesto a la protección que de manera integral deben recibir todos los menores de edad en cualquier sociedad, sino a una libertad que se complementa con esa protección a través del principio de capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes, ya mencionado con anterioridad, ya que como se ha explicado en párrafos precedentes, es imposible la definición de una edad única para todos los aspectos del tránsito a la adultez; pues en la sexualidad, por ejemplo, la madurez necesaria (aunque en muchos casos no la total) llega mucho antes del arribo a la mayoría de edad legal.

Antes de proseguir debemos dejar claro que si bien la Convención sobre los Derechos del Niño, define como su principal sujeto de protección al niño, conceptualizándolo en su artículo primero como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad”; obviamente, en base a uno de los propios fines de dicho instrumento internacional, dígame la no discriminación por razón de sexo (véase en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, su artículo 2), también está haciendo alusión a las niñas.

Asimismo, al extenderse en La Convención sobre los Derechos del Niño, el concepto de niño a todo menor de 18 años no debe limitarse dicho término a su estricta definición biopsicosocial, sino que debe entenderse como abarcador de cada una de las etapas que integran ese amplio marco de edad, incluyendo lógicamente a la adolescencia. Estas imprecisiones se deben al momento histórico en que fue aprobada la Convención sobre los Derechos del Niño, en el cual evidentemente no existía el auge que se experimenta actualmente en materia de enfoque de género e inclusión social.

Aunque La Convención sobre los Derechos del Niño no entra en el detalle de establecer una edad adecuada para el consentimiento válido prestado por los menores sujetos de protección en el ámbito de las relaciones sexuales⁶, si hay un principio genérico que coincide con esa idea y valor de la libertad que les debe ser garantizados, mismo que se propugna en su artículo 12, cuando estipula que:

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

Lo anterior, complementado con el artículo 34 de La Convención sobre los Derechos del Niño, viene a constituir la base de derecho internacional fundamental que sirve de amparo a los legisladores

⁶ “Las normas internacionales no indican cual debe ser la edad mínima de consentimiento sexual. El Comité de la CDN consideró los 13 años “muy joven”. Sin embargo, la edad debe evitar el exceso de penalización de las conductas de los y las adolescentes e impedir el acceso a los servicios. En conformidad, se debe respetar la autonomía progresiva del niño/niña y no se debe ajustar demasiado alto.” (UNICEF).

nacionales para definir en sus leyes penales la edad válida para el consentimiento sexual en menores de edad, bien mediante tratamiento de atenuación, de tipo penal privilegiado o de circunstancia no constitutiva de delito *per se*.

Este artículo 34 de La Convención sobre los Derechos del Niño establece que “los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales”, y de forma general contra cualquier actividad de naturaleza sexual considerada ilegal; lo que evidencia que no existe en este instrumento un rechazo expreso (y tampoco tácito) a la validez del consentimiento sexual ofrecido por los adolescentes dentro del rango de edad apropiado, siempre y cuando dicho consentimiento no se emplee ni para actos de explotación ni de abuso de ninguna clase, ni para actividades ilegales de naturaleza sexual, según enfatiza la norma citada cuando se lee en íntegro.

Por el contrario, el empleo del término “ilegal”, como calificativo de las conductas sexuales de las que los Estados deben proteger a sus menores y adolescentes, hace evidente que el citado artículo 34 de La Convención sobre los Derechos del Niño deja al criterio de cada Estado la responsabilidad y facultad de regular qué tipos de actividades deben ser tenidas por ilícitas y, en su caso, cuando sea pertinente, hasta qué edad.

Adicionalmente, cabe mencionar a la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (CIDJ), que, a tono con los mismos objetivos y fines de La Convención sobre los Derechos del Niño, salvando las diferencias lógicas, dadas por las edades de los sujetos de protección de la CIDJ (adolescentes y jóvenes de entre 15 y 24 años), mandata para los Estados partes, en su artículo 11, sobre el derecho a la protección contra los abusos sexuales, lo siguiente:

Los Estados Parte tomarán todas las medidas necesarias para la prevención de la explotación, el abuso y el turismo sexual y de cualquier otro tipo de violencia o maltrato sobre los jóvenes, y promoverán la recuperación física, psicológica, social y económica de las víctimas.

Nótese como se emplea el término “abuso sexual” (y descartamos explotación y turismo sexual porque no se avienen directamente a este estudio), que lógicamente, solo se puede asociar a circunstancias (edad, etc.) de indemnidad sexual.

También la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (Organización de las Naciones Unidas, 1994) realizada en El Cairo, en su punto 7.47, menciona los programas que deben promover los gobiernos con relación a varios aspectos relacionados con la sexualidad de los adolescentes, entre ellos la salud reproductiva, las enfermedades de transmisión sexual, la infección por el VIH, la prevención del sida y la conducta sexual responsable, lo que implícitamente significa que, sin promoverla, parte de ella como una de las manifestaciones normales de esa etapa de la vida.

3.EL CONSENTIMIENTO SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD EN EL DERECHO COMPARADO: COLOMBIA, VENEZUELA Y MÉXICO.

En Colombia, tomando como referencia la ley por la cual se fija la mayoría de edad a los 18 años (Congreso de Colombia, 1977) y su Código Penal (Congreso de la República de Colombia, 2000), modificado en 2014, se define la edad para el consentimiento sexual en los 14 años para ambos sexos, y lo regula con este carácter específicamente el Código Penal en los artículos 208 y 209, correspondientes a los delitos de “Acceso carnal abusivo con menor de catorce años” y “Actos sexuales con menor de catorce años”, respectivamente; ambos ubicados en el Capítulo II (De los actos sexuales abusivos) del Título IV (Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales).

Este criterio se ratifica más adelante en el Capítulo III del mencionado Título IV relativo a “Disposiciones Comunes”, donde en el artículo 211.5 se regula con carácter de circunstancia de agravación punitiva el hecho de cometer los delitos regulados en los capítulos I y II sobre persona menor de catorce (14) años. Obviamente, esta disposición común, aplicaría para aquellos delitos que dentro del propio título no contengan como elemento esencial de tipificación o sujeto pasivo a menores de 14 años.

El Código Penal colombiano ofrece una protección especial a menores de 18 años, en cuyo caso el consentimiento de estos sería intrascendente, porque no sería un consentimiento ofrecido para una mera relación sexual; sino que esta relación sexual estaría en función del lucro en el que el menor sería utilizado como sujeto de explotación. Me refiero particularmente a los delitos de “Proxenetismo con menor de edad” (artículo 213-A), “Estímulo a la prostitución de menores” (artículo 217), “Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad” (artículo 217-A), “Pornografía con personas menores de 18 años” (artículo 218), “Turismo sexual” (artículo 219), “Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años” (artículo 219-A) y “Omisión de denuncia” [obviamente, en relación con el conocimiento del empleo de menores de edad en las conductas enunciadas anteriormente] (artículo 219-B).

En lo sucesivo, el Código Penal confirma como circunstancia de agravación punitiva para otros delitos dentro del mismo título, como los del Capítulo IV relativos a la explotación sexual, el hecho de que los mismos se lleven a cabo con personas menores de 14 años.

Por su parte, el Código Penal venezolano (Comisión Legislativa Nacional, 2000), por su compleja y deficiente sistemática y técnica normativa, al menos en la regulación de los delitos que nos interesan a los efectos de este estudio, a primera vista, genera dudas en cuanto a la definición de la edad válida para el consentimiento sexual en menores de edad, la que, a mi juicio, formado después de haber desentrañado la letra de cada uno de sus preceptos del Título VIII “De los delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias”, en especial el primer párrafo del artículo 379, en el Capítulo I “De la violación, de la seducción, de la prostitución o corrupción de menores y de los ultrajes al pudor”, se fija en los 16 años de edad, teniendo en cuenta que en este país es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho (18) años, según dispone el artículo 18 del Código Civil Venezolano. (Congreso de la República de Venezuela, 1982).

La anterior afirmación se deriva de que en dicho artículo 379 existe un marco de edad de entre 12 y 16 años, para el sujeto pasivo, en el que resulta punible la realización de actos carnales o lascivos aun y cuando no exista abuso, violencia y/o intimidación. Este propio artículo también criminaliza el acto carnal ejecutado en mujer mayor de dieciséis años y menor de veintiuno con su consentimiento, pero cuando hubiere seducción con promesa matrimonial y la mujer fuere conocidamente honesta. Obviamente, asumo yo, que dicho delito se configure cuando además medie engaño en dicha promesa o manifiesta intención de no cumplirla.

La ley penal sustantiva en cuestión también sanciona en los artículos 384 y siguientes, la conducta del rapto con fines matrimoniales que recaiga sobre persona del sexo femenino, agravado, si la mujer raptada es menor de edad, siempre que la conducta se lleve a cabo con violencias, amenazas o engaño (o sin ellas cuando la víctima sea menor de 12 años), aunque en estos casos se previó un valor jurídico a manera de atenuación de la pena, en el supuesto de que la raptada hubiere prestado su consentimiento; sin embargo, el legislador hierra al no establecer un rango o una edad límite para que sea válido dicho consentimiento en esa conducta, aunque presumo que debe ser a partir de los 16 años, aún y cuando se trata de un delito, a mi entender, pluriofensivo, en la medida en que puede afectar la indemnidad y/o libertad sexual, pero siempre pasando por el bien jurídico libertad individual.

Sin embargo, en el año 2006, se promulgó en Venezuela la “Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia” (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2006), que aborda, entre otras cuestiones, en su Capítulo V “De los delitos”, el relativo al “Acto Carnal con Víctima especialmente vulnerable” (artículo 44), en el que es punible cualquier relación sexual con penetración, aun sin violencias o amenazas, entre otros supuestos, en perjuicio de mujer vulnerable, en razón de su edad o en todo caso con edad inferior a trece años (apartado primero), lo que implica una contradicción con respecto al artículo 379 antes analizado, del Código Penal, en lo concerniente a la edad para el otorgamiento válido del consentimiento sexual (16 años).

La disposición derogatoria única de la “Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia” dispone que quede sin efecto toda disposición contraria a ella, por lo que interpretando literalmente lo dicho, debería entenderse que desde entonces en ese país la nueva edad fijada para el válido consentimiento sexual en menores de edad sería la de 13 años, al menos para las mujeres; no obstante, no damos esto por hecho, pues no nos consta (y tampoco es objetivo primordial de este estudio, sino que puede ser objeto de ampliación del mismo en el futuro) la solución que en la práctica judicial a ello se le haya dado.

Por último, en el Código Penal Federal de México (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 1931), reformado en 2008, en el Capítulo I “Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación”, del Título Decimoquinto “Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual”, claramente se advierte la fijación del límite de la edad para otorgar consentimiento sexual válido a partir de los 12 años cumplidos para ambos sexos, y como tal consta en su artículo 266.I para los actos de cópula propiamente dichos, y en el 266.III para los supuestos de introducción de objetos con fines lascivos. Sin embargo, sí es punible la cópula con menor de 18 años, si su consentimiento se obtiene viciado por engaño del sujeto activo (artículo 262). En este caso téngase en cuenta que la

mayoría de edad en el país azteca comienza a los 18 años cumplidos, tal y como reza en el artículo 646 de su nonagenario Código Civil Federal, reformado en 2010. (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 1928).

Como se ha visto no existe un acuerdo unánime en las legislaciones en cuanto a la fijación de la edad mínima para el consentimiento sexual, sin embargo, por todos los argumentos que quedaron expuestos en la primera parte de este capítulo, es tendencia que en la mayoría de los Códigos Penales del mundo y de Latinoamérica en particular, se ubique a esta por debajo de la mayoría de edad.⁷

4. EL CONSENTIMIENTO SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES COMO BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO EN EL ECUADOR ANTES DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (COIP).

La codificación penal propia (a partir de la república) en el Ecuador ha sido numerosa desde que en 1837 se aprobó el primer Código Penal, el que por obvias razones estuvo fuertemente influenciado por el Código Penal Español de 1822.

Debido a la imposibilidad de analizar todos y cada uno de estos cuerpos normativos, que en lo fundamental fueron los Códigos Penales de 1837, de 1872, de 1889, de 1906 y 1938, el movimiento codificador ocurrido a partir de la segunda mitad del siglo XX, y, finalmente, el Código Penal de 1971; imposibilidad que se nos presenta básicamente por razón de falta de disponibilidad de los textos citados, nos vamos a centrar en el análisis del Código Penal Español de 1822, del que se inspiró el referido Código penal de 1837⁸, así como en el de 1971, predecesor del actual COIP.

Si bien el Código Penal Español (Las Cortes, 1822) no delimitó una edad para el válido consentimiento sexual en menores de edad, de manera expresa, sí existe una recurrencia en varios de sus artículos de emplear la fórmula “niño o niña que no haya llegado a la pubertad”, lo que nos permite afirmar que era a partir de arribarse a esta etapa en que las personas podían consentir libremente tener relaciones sexuales, sin que ello resultara reprochable para el otro sujeto, al menos

⁷ “En la mayoría de los países de la región han establecido la edad mínima de consentimiento sexual entre los 14 y 16 años. Sin embargo, algunos países tienen una edad menor de 14 años.” (UNICEF).

⁸ Este Código Penal (El Senado y Cámara de Representantes de la República del Ecuador, 1837), dicho sea de paso, ni siquiera protegía lo que en la doctrina actual se conoce como indemnidad o intangibilidad sexual, mientras que en los preceptos que escasamente se dedicaban a proteger la libertad sexual (Arts. 294 y 295) o actos de corrupción y prostitución (Arts. del 296-298), todos del Título Quinto, “De los delitos contra la moral pública”, Capítulo II, “De los rufianes y de los que corrompen jóvenes”, solo contemplaban, en el primero de los casos, como único sujeto pasivo, a las mujeres, con independencia de la edad; mientras que en el segundo caso, donde sí se especificaba límite de edad (18 años), se protegía un bien jurídico distinto al que en este caso nos interesa. No obstante, vale destacar, que, en otras figuras, como en la del rapto por seducción del Art. 491, el legislador sí estableció límites de edad para la persona de “víctima” (mujer), inferiores a los de la mayoría de edad, con efectos atenuantes para el sujeto activo, en los casos en que esta consintiera el rapto. Es evidente que, siendo este rapto por seducción, la consecuencia natural del mismo sería el concubinato hasta tanto el delincuente resultara aprehendido, concubinato que lógicamente supondría el mantenimiento de relaciones sexuales. He aquí un ejemplo que nos permite desentrañar como desde las primeras legislaciones penales sustantivas ecuatorianas, alguna trascendencia jurídico-penal favorable tuvo para las personas mayores de edad, el hecho de tener acceso carnal con menores de edad, en los casos en que el consentimiento se obtenía de manera libre. Es curioso el caso del estupro del Art. 494, en el que a pesar de que hay mayor apariencia de proteger la virginidad de la mujer que a la propia indemnidad, por razones de moralidad propias de la época, sí establece un límite en función de la edad, al menos para la figura agravada del Art. 495, y lo es precisamente la pubertad, ya que como elemento esencial del tipo penal en cuestión se exige que la mujer víctima no haya arribado a la edad púber.

en el ámbito del derecho penal. En este sentido resulta necesario, para una mejor comprensión, citar las siguientes regulaciones de dicho Código Penal⁹:

Art. 160. En ningún caso puede obtener indulto particular el que haya cometido alguno de los delitos siguientes: (...), Undécimo: raptó y violación forzada de muger, o de niño o niña que no haya llegado á la pubertad.

Art. 664. Es raptor el que para abusar de otra persona, ó para hacerle algun daño, la lleva forzada contra su voluntad de una parte á otra, bien con violencia material, bien amenazándola ó intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia (...). El que cometa este delito sufrirá la pena de cinco á nueve años de obras públicas (...). Entiéndese incurrir en la pena de este artículo como raptor con violencia el que roba niño o niña que no hubiese llegado á la edad de la pubertad, aunque su ánimo no sea abusar de ellos ó causarles algun daño.

Art. 671. El que abusare deshonestamente de niño ó niña que no haya cumplido la edad de la pubertad, será tenido por forzador en cualquier caso, y sufrirá la pena de diez á veinte años de obras públicas, con destierro perpetuo del pueblo en que more el ofendido y veinte leguas en contorno. (*sic.*)

Por su parte en el Código Penal (Comisión Jurídica, 1971), en su Título VIII, "De la rufianería y corrupción de menores", Capítulo II, "Del atentado contra el pudor, de la violación y del estupro", se leía lo siguiente en su artículo 512:

Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos (entre otros): 1º.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años.

Sin embargo, sí se sancionaba, con independencia del consentimiento voluntario prestado por el varón mayor de 14 años, a ambos correos, cuando la relación sexual ocurría entre varones (homosexualismo), tal y como lo expresó en su momento el artículo 516 de ese Código Penal. Aquí obviamente no se estaba protegiendo la indemnidad sexual del menor, sino los principios de la iglesia y la moralidad de la época. Este artículo fue con posterioridad, en el año 1997, declarado inconstitucional por parte del entonces Tribunal Constitucional.

Como puede observarse de los análisis previos, fue tradición en el orden penal positivo ecuatoriano, reconocer el valor jurídico del consentimiento sin vicios libremente emitido por púberes, en este último caso, mayores de 14 años, lo que se mantuvo así hasta el 2005, como se verá en el siguiente epígrafe.

5. EL CONSENTIMIENTO SEXUAL DE LOS MENORES ADOLESCENTES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (COIP) DEL AÑO 2014: ANÁLISIS CRÍTICO.

⁹ Las citas son textuales, motivos por los cuales se pueden advertir palabras escritas en castellano antiguo, que entonces se escribían con ligeras diferencias en relación con el español actual.

El Código Orgánico Integral Penal (Asamblea Nacional, 2014) (COIP) regula el delito de Violación en su artículo 171, en la Sección Cuarta “Delitos contra la integridad sexual y reproductiva” del Capítulo Segundo “Delitos contra los Derechos de Libertad” del Título IV “Infracciones en Particular”; cuyo tenor literal es el siguiente:

Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos: 3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

Para una mejor comprensión del marco de edad a partir de los 14 años y antes de alcanzar la mayoría de edad, durante el que un menor mentalmente sano puede consentir libremente sobre el tener o no relaciones sexuales, sin que ello sea considerado, per se, conducta delictiva, debemos partir de que en el Ecuador, tomando como referente el artículo 21 del vigente Código Civil (Honorable Congreso Nacional de la República del Ecuador, 2005), modificado en 2016, se reconoce que se es adulto a partir de los 12 años las mujeres y de los 14 años los varones, en tanto mayores de edad son los de ambos sexos a partir de los 18 años cumplidos.

Como se ve, el legislador del 2014 reprodujo íntegramente la norma correspondiente al mismo delito en el Código Penal de 1971, y parecería no haber problemas al respecto. Sin embargo, al avanzar hasta las disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, en el artículo 175, numeral 5, se establece que “para los delitos previstos en esta Sección se observarán las siguientes disposiciones comunes: En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante.”

Antes de entrar en el análisis de los problemas que en el orden técnico jurídico, en la propia sistemática del Código Penal, de cara a la naturaleza del bien jurídico que se protege y de las deficiencias que en el orden del acatamiento de varios principios rectores del derecho penal, se pudieran presentar, vamos a explicar cuál es el antecedente repentino de anulación de los efectos exculpatorios en el ámbito penal del consentimiento sexual de los adolescentes en el Ecuador, y en la medida de lo posible, la causa que lo originó.

La primera referencia que en el orden positivo encontramos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se ubica en la Ley Reformatoria al Código Penal que tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad (Honorable Congreso Nacional de la República del Ecuador, 2005), en uno de cuyos considerandos, refiere “Que en la actualidad es necesario legislar con la finalidad de incorporar al Código Penal, reformas destinadas a garantizar una adecuada tipificación de los delitos que tienen relación con la explotación sexual de los menores de edad”.

En el entonces Código Penal (el de 1971 anteriormente citado) existía un Capítulo III “De los Delitos de Proxenetismo y Corrupción de menores” y otro dedicado a los delitos de explotación sexual, ambos con menores de edad como especiales sujetos de protección, siendo en ellos, específicamente, en los que debieron haber recaído las modificaciones de dicha ley reformativa, y no

como en definitiva se hizo, en el caso que nos ocupa, de contemplar la intrascendencia del consentimiento sexual de menores de 18 años, en las Disposiciones Comunes a los Delitos Sexuales del consecuentemente reformado Código Penal, lo que obviamente, sin constituir la verdadera esencia de la voluntad del legislador de la mencionada ley reformativa, irradió a otros delitos sexuales que no protegían, per se, la dignidad sexual de los menores.

Este yerro en la ubicación de esta disposición, por perder de vista, a mi criterio, la debida relación que debe existir entre sistemática penal y bien jurídico penalmente protegido, por la propia confusión de bienes jurídicos (no es lo mismo indemnidad sexual, libertad sexual ni dignidad sexual) y por una incorrecta interpretación de la voluntad del legislador, fueron la mismas deficiencias que pasó por alto el legislador del COIP al reproducir literalmente del Código Penal de 1971 reformado en 2005, la comentada disposición, bajo las mismas deficiencias sistemáticas, lo cual es el resultado de su ya referido numeral 5 del artículo 175, que representa un verdadero problema y contradicción, en el sentido de que por una parte (para el sector más legalista) su aplicación constituye un imperativo para el juez en todos los delitos contra la integridad sexual; pero al mismo tiempo inaplicable (por razón del principio de especialidad y otros) en el delito de Violación, el más grave entre todos ellos.

Ya desde el siglo XVIII el italiano Cesare Beccaria nos hablaba, en su excelsa y celeberrima obra Tratado de los Delitos y las Penas, considerada hoy un clásico dentro de la literatura jurídica en el ámbito penal, de la importancia de la debida interpretación de las leyes, y sobre ello nos decía que “no hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley.” (Beccaria, 2015, pág. 22).

Creo que el detonador del problema que ahora analizamos fue precisamente el no haber consultado el real espíritu de la ley, esto es, la verdadera intención del legislador ecuatoriano de la Ley Reformativa al Código Penal que tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad de 2005, de ahí para acá y hasta el presente, al menos en el plano formal, el problema ha perdurado, sencillamente, porque no se ha superado la causa que le dio origen, mediante una oportuna reforma o modificación.

La inaplicabilidad a la que me refiero anteriormente está dada por dos cuestiones, primera, por el imperio del principio de seguridad jurídica, en lo que respecta a la aplicación con certeza del derecho, o sea, “(...) cualidad del ordenamiento jurídico que implica la certeza de sus normas y consiguientemente la previsibilidad de su aplicación” (Aldana Herrera, 2017, pág. 27), en este caso de la norma del numeral 5 del artículo 175 del COIP, pues aplicarla al delito de violación, no sólo supondría suprimir una norma de igual valor jerárquico, que sería la que establece el límite de la edad de 14 años, por encima de la cual prima el libre consentimiento sexual del adolescente.

En segundo lugar, se soslayaría un principio fundamental en el caso del concurso aparente de normas penales, como lo es el de especialidad, colocándose el juzgador en una posición ilegítima de legislador negativo, al derogar o invisibilizar, en la práctica, y para sí, el numeral tercero del artículo 171 del COIP, en cuanto a dicho límite de edad.

Otro efecto de la aplicación del numeral 5 del artículo 175, sería la creación de una nueva conducta punible dentro de la violación, atenuada, por una cuestión lógica, con respecto a la comisión del hecho en personas menores de 14 años, de configuración legal si se quiere, a la que le faltaría la pena, o sea, el marco sancionador; porque no tendría sentido entender que debe sancionarse igual (en ese caso el legislador no hubiera fijado la edad de los 14 años, sino de una vez la de 18); porque evidentemente, en los menores de menos de 14 años hay una mayor afectación al bien jurídico protegido.

Aquí la seguridad jurídica cede paso a otro principio igualmente informante del derecho penal sustantivo, me refiero al de la legalidad, basado, en una de sus acepciones, en la máxima de "*nulla poena sine praevia lege*", que no sólo implica que no puede haber pena si la conducta no está previamente calificada como delito, sino que además supone y requiere que la pena en sí debe estar especificada también, de manera previa. Este principio se encuentra refrendado en el numeral 1 del artículo 5 del COIP.

Otro principio que puede solucionar la problemática existencia del numeral 5 del artículo 175 en relación con el límite de edad para el consentimiento sexual en el delito de violación del COIP, es el llamado "*in dubio pro reo*", y que como duda a favor del reo (o procesado) no sólo debe limitarse a la falta de seguridad de ocurrencia del hecho por déficit de carga de prueba, sino que además, debe extenderse a la aplicación del derecho como tal, en el sentido de aplicar la ley o precepto concreto que más resulte favorable al encausado.

Lo anterior se explica, en el caso que nos ocupa, de la siguiente manera: partimos de un delito de violación que específicamente reconoce un límite de edad de 14 años a partir del cual, si la víctima no experimenta circunstancias de enfermedad mental, violencia, amenaza o intimidación, su consentimiento sexual sin vicios se considera válido y exculpatario para el sujeto activo; mientras que por otra parte tenemos la disposición objeto de análisis (numeral 5 del artículo 175) según la cual el consentimiento emitido por menores de 18 años en delitos de esta naturaleza, resulta intrascendente. La pregunta es: ¿Cuál de los dos preceptos resulta más favorable al procesado? Creo que la respuesta se impone. Este principio procesal igualmente aparece consagrado en el COIP, en el numeral 2 de su artículo 5.

Sobre la valoración de todos estos principios, aún y cuando el COIP no los adopte expresamente a todos, debe prestarse especial énfasis a lo regulado en el artículo 2 del mismo que en lo pertinente contempla que "en materia penal se aplican todos los principios que emanan de la Constitución de la República, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y los desarrollados en este Código".

Después de visto todo lo anterior, donde se ha intentado explicar la imposibilidad de aplicar la disposición del literal 5 del artículo 175 al delito de violación (seleccionamos este tipo penal por ser uno de los delitos más graves y referentes dentro de los que protegen la integridad sexual y reproductiva, y dentro de ello la libertad en ese ámbito específico de la vida humana); o lo incorrecto

de hacerlo, so pena de violar varios principios informantes de la dogmática penal, se imponen varias interrogantes o dudas, que son las siguientes.

¿Cómo entender entonces que dicha disposición tenga algún tipo de virtualidad o aplicabilidad a otros delitos de la misma familia, mucho menos graves, díganse los actos de naturaleza lasciva, por ejemplo, en los casos en que el adolescente mayor de 14 años los consienta libremente, porque lo quiere y desea? ¿Por qué razón tendría que configurar un delito de Abuso Sexual, conforme a la regulación 170 con relación al numeral 5 del artículo 175, ambos del COIP? ¿Cuál sería el fundamento para ello? Y en ese mismo orden de análisis entraría el delito de Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos, previsto y sancionado en el artículo 173 del mencionado cuerpo legal.

Reconocer que habría delito en los casos anteriores se traduciría en un verdadero despropósito, en algo sencillamente ilógico, el derecho no es sólo norma, esta debe ser complementada con profundas nociones interpretativas, de adecuación a la realidad y de argumentación, rebasando los límites del normativismo puro; pues “para (...) los que creen que aquella filosofía racional que llaman Lógica, no tiene que ver con el conocimiento de las leyes, se den enterados de la grandísima utilidad que les reporta y hasta qué punto tienen de ella necesidad”. (Vives, 1947, pág. 695).

6.CRITERIOS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN TORNO AL CONSENTIMIENTO SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES EN ECUADOR: SENTENCIA N.º 003-18-P.TO-CC/ CASO N.º 0775-11-TP.

Si bien la Sentencia N.º 003-18-P.TO-CC/ Caso N.º 0775-11-TP (Sentencia N.º 003-18-P.TO-CC, 2018) no versa específicamente sobre la cuestión de la edad para el válido consentimiento sexual de los adolescentes, no significa que no aborde este tópico con profundos, atinados y coherentes argumentos al respecto, que sirven de fundamento a la idea sostenida en los contenidos previos, en especial por el carácter vinculante que tienen este tipo de producción jurisdiccional, para el ordenamiento jurídico, por considerarse los pronunciamientos de la Corte Constitucional como integrantes del bloque de constitucionalidad en el Ecuador, y por resultar, por tanto, de obligatorio cumplimiento para los operadores del derecho.

En este sentido, el primer punto de análisis del que nos hacemos eco es de lo que la Corte Constitucional entiende por adolescencia, para lo cual se remite a lo que establece la Organización Mundial de la Salud (OMS), que la define como etapa de la vida comprendida entre los 10 y 19 años de edad, distinguiendo entre adolescencia temprana (10-14 años) y tardía (15-19 años); especificando por su parte que la juventud lo sería entre los 15 y 24 años de edad, lo que evidencia que existe una parte de esa adolescencia (fundamentalmente en la tardía) que coincide con la juventud, lo que nos lleva a reflexionar entonces si una persona de entre 15 y 19 años en realidad es adolescente o joven. Al respecto, el propio ordenamiento jurídico ecuatoriano, a través del Código de la Niñez y la Adolescencia (Congreso Nacional, 2002), resuelve esta cuestión, al establecer en su artículo 4 que “adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”.

Citando a la OMS, la Corte Constitucional nos dice que:

Desde una concepción biológica, la adolescencia es la etapa de la vida del ser humano que se inicia con la pubertad, la cual, se caracteriza por cambios fisiológicos como el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios y la adquisición de la capacidad reproductiva. (Sentencia N.º 003-18-P.TO-CC, 2018, pág. 6).

De igual manera reflexionan los magistrados sobre la adolescencia como categoría fuertemente determinada por los aspectos psicológicos y socioculturales, caracterizada por

el desarrollo de la identidad, el sentido de autonomía, la capacidad para cuestionarse el sistema de referencia, la interacción con la sociedad. Es un período clave en el desarrollo humano porque se estructuran y se reestructuran las relaciones con uno mismo y con el mundo” (pág. 6).

Lo que, no obstante, no se trata de una homogenización de dicha etapa de vida, sino que parte del análisis debe estar permeado por las valoraciones sobre la heterogeneidad de cada adolescente.

Haciendo los Magistrados constitucionales un análisis en relación con la protección constitucional de los adolescentes conforme a los artículos 44 y 45 de la Constitución de la República, refieren que:

El adolescente como sujeto de derechos adopta una posición más activa en la sociedad garantizada por el ordenamiento jurídico (...) que contienen una serie de derechos que pueden ser ejercidos (...) en forma progresiva por su sola condición de seres humanos (pág. 10).

Asimismo, reconocen en las mencionadas normas constitucionales,

[la] finalidad emancipadora del adolescente que promueve su autonomía y está orientada a la adopción de medidas que aporten positivamente en la defensa de sus derechos y que garanticen su ejercicio libre, autónomo y progresivo, de acuerdo a la evolución de sus facultades y su grado de madurez. (pág. 11).

En relación con el principio de autonomía en los adolescentes la Corte Constitucional destaca el carácter paulatino de su incorporación gradual en las determinaciones de los púberes, en la medida en que van aflorando sus capacidades y potencialidades, en correspondencia con la edad, el entorno y el nivel de madurez del adolescente, por tanto, se entenderá que una vulneración de este principio de autonomía del adolescente (teniendo en cuenta la edad y la naturaleza de la limitación),

afecta gravemente su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad entendida como la potestad de la persona de autodeterminarse, autoposeerse y autogobernarse, es decir, sentirse como dueña de sí misma, de sus actos y de su entorno, derechos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico (pág. 14),

que en el caso de los adolescentes tiene su fundamento en el principio del desarrollo integral de los menores, con acogida constitucional (artículo 44).

Al entrar los Magistrados en el análisis de los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes, parten de que,

el efectivo goce de estos derechos implica el ejercicio del principio de autonomía del cuerpo, es decir de la potestad de las personas de sentar sus propias normas sobre su cuerpo, de ejercer una completa soberanía sobre el mismo, libre de principios normalizadores fundamentados en meras consideraciones médicas, histórico-políticas, legales o de otra índole distinta de la autonomía de la persona.” (pág. 15). “En tal virtud, la Constitución ecuatoriana al referirse a los derechos de libertad reconocidos en el artículo 66, ha consagrado, por una parte, los derechos sexuales y por otra, los derechos reproductivos de las personas, los mismos que engloban a los y las adolescentes por ser consideradas sujetos de derechos de conformidad con el artículo 45 analizado ut supra. (págs. 16, 17),

lo que refuerza en el numeral 9 del artículo 66 constitucional.

Entiende asimismo que “el desarrollo físico y psicológico que se alcanza a partir de la pubertad (12 años) provoca que las y los adolescentes se conviertan en actores sexuales” (pág. 24), “dejando de lado las prohibiciones, represiones y sanciones que regían anteriormente este ámbito” (pág. 25), en base a lo cual reafirma “el derecho que tienen los y las adolescentes, de decidir autónomamente sobre su salud sexual, de expresar su opinión y su consentimiento de manera directa, sin la injerencia ilegítima del Estado, la sociedad o la familia.” (pág. 25).

Finalmente, en virtud de todas las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional emite con carácter *erga omnes*, la regla jurisprudencial consistente en que:

La autoridad tuitiva de los padres, madres o de cualquier persona encargada del cuidado de (...) adolescentes [y añadido, incluso la del Estado], cesa [en] el momento en el que el ejercicio de (...) protección de los derechos de (...) adolescentes, vulnera su derecho a la información, a la educación y a la salud sexual y reproductiva (pág. 33).

Se establece como una regla de la sentencia que “corresponde únicamente a la o el adolescente decidir sobre su vida y salud sexual y reproductiva” (pág. 34), en tanto que con relación a los efectos, “la Corte considera que los pasajes de esta sentencia se deben aplicar con efecto inter pares (*sic.*) a todos los casos en los que se encuentren en conflicto los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes” (pág. 35), lo que entiendo que debe aplicarse incluso a casos en el ámbito penal, pues no había méritos para así no considerarlo.

CONCLUSIONES

1. La indemnidad sexual por razón de la edad, en especial en niños y adolescentes, merece una rigurosa protección jurídico-penal, hasta el momento en que el legislador considere, en base a criterios jurídicos y extrajurídicos, que el menor adolescente se encuentra apto física y mentalmente para la normal, libre y consentida práctica de relaciones sexuales, como proyección en esas edades de la dignidad, libre desarrollo y realización de las personas.

2. El consentimiento sexual de los adolescentes a partir de una edad legalmente establecida en cada ordenamiento jurídico nacional se deriva de los instrumentos jurídicos de derecho internacional en virtud del principio de capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes. En este sentido estos instrumentos no criminalizan per se la posibilidad de relaciones sexuales a partir de ciertas edades de la adolescencia o juventud temprana dentro del rango legal de minoría de edad, a menos que se trate de supuestos de abuso, explotación y/o turismo sexual.
3. No existe un acuerdo unánime en las legislaciones en cuanto a la fijación de la edad mínima para el consentimiento sexual, pero sí es tendencia que en la mayoría de los Códigos Penales del mundo y de Latinoamérica en particular, se ubique a esta por debajo de la mayoría de edad, generalmente entre los 14 y 16 años.
4. En correspondencia con lo anterior, en el Ecuador, ha sido tradición en el orden penal sustantivo, reconocer el valor jurídico del consentimiento sin vicios libremente emitido por púberes, en este último caso, mayores de 14 años, lo que se mantuvo así hasta el 2005.
5. En el Ecuador el cambio de concepción introducido en el ordenamiento jurídico en el 2005, dado por una incorrecta interpretación de Ley Reformatoria al Código Penal que tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad y por la confusión de bienes jurídicos, sumado a descuidos en la sistemática de la ley penal sustantiva en consecuencia modificada (y llevado así luego al COIP) acarrió la consideración legal de contemplar la intrascendencia del consentimiento sexual de menores de 18 años de edad, que genera en la práctica importantes contradicciones jurídicas y afectación a varios principios informantes del derecho penal.
6. A pesar de lo anterior, en el Ecuador existen interesantes y sólidos criterios de jurisprudencia constitucional que validan la pertinencia de otorgarle valor jurídico al consentimiento sexual de adolescentes, a partir de una edad determinada, pero previa a la mayoría de edad legal, que debe trascender al ordenamiento jurídico en general y a la regulación penal en particular.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. New York: Organización de las Naciones Unidas (ONU).
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (2006). *Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*. Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.
- Calero, E., Rodríguez, S., & Trumbull, A. (2017). Abordaje de la sexualidad en la adolescencia. *Humanidades Médicas*, 577-592.
- Chang Kcomt, R. A. (2017). *Consentimiento en Derecho Penal: análisis dogmático y consecuencias prácticas*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Comisión Legislativa Nacional. (2000). *Código Penal de Venezuela*. Caracas: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.
- Congreso de Colombia. (1977). *Ley 27*. Bogotá D.E.: Imprenta Nacional de Colombia.

- Congreso de la República de Colombia. (2000). *Ley 599, Código Penal Colombiano*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia.
- Congreso de la República de Venezuela. (1982). *Código Civil*. Caracas: Gaceta Oficial de Venezuela.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (1928). *Código Civil Federal*. Ciudad de México: Diario Oficial de la Federación.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (1931). *Código Penal Federal*. Ciudad de México: Diario Oficial de la Federación.
- Corona, F., & Funes, F. (2015). Abordaje de la sexualidad en la adolescencia. *Revista Médica Clínica Las Condes*, 74-80.
- El Senado y Cámara de Representantes de la República del Ecuador. (1837). *Código Penal*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Auténtico. Recuperado el noviembre 8, 2019, de https://books.google.com.ec/books?id=bG8VAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF). (2015). *Una aproximación a la situación de adolescentes y jóvenes en América Latina y El Caribe a partir de evidencia cuantitativa reciente*. New York: UNICEF.
- Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2017). *Edades mínimas legales para la realización de los derechos de los y las adolescentes en América Latina y el Caribe*. New York: UNICEF.
- Garanto Vallés, P. (2015). *La autonomía de voluntad de los menores de edad*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Mañalich, J. P. (2014). La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las norma. *Ius et Praxis*, 21-70.
- Organización de las Naciones Unidas. (1994). Informe de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo. *IV Conferencia Internacional de Población y Desarrollo* (págs. 1-188). El Cairo: Naciones Unidas.
- Pérez Hernández, Y. (2016). Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género. *Revista mexicana de sociología*, 78(4), 741-767. Recuperado el octubre 30, 2019, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032016000400741
- Perú21. (2013, enero 9). *Despenalizan relaciones consentidas con menores*. Obtenido de Perú21: <https://peru21.pe/opinion/despenalizan-relaciones-consentidas-menores-81717>
- Sentencia, 00008-2012-PI/TC (Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional diciembre 12, 2012).
- UNICEF. (s.f.). *Edades mínimas legales para la realización de los derechos de los y las adolescentes*. Recuperado el noviembre 8, 2019, de <https://www.unicef.org/lac/media/2646/file/PDF%20Edad%20m%C3%ADnima%20para%20el%20consentimiento%20sexual.pdf>