



CARRERA DE DERECHO

Estudio de caso.

Previo a la obtención del título de:

Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador.

Tema:

Caso penal por abuso sexual N° 13283-2015-01675: “La valoración del consentimiento ofrecido por la víctima menor de edad en actos de naturaleza sexual sin penetración”

Autora:

Lucia Mercedes Palma Mendoza.

Tutor:

Ab. Javier Antonio Artiles Santana.

Portoviejo - Manabí – Ecuador.

2018.

Cesión de derechos de autor.

Lucia Mercedes Palma Mendoza, de modo expreso hace la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo de investigativo: Caso penal por abuso sexual N° 13283-2015-01675: “La valoración del consentimiento ofrecido por la victima menor de edad en actos de naturaleza sexual sin penetración”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo.

Portoviejo, 01 de Marzo 2018.

Lucia Mercedes Palma Mendoza.

C.C.

Autora.

ÍNDICE

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	II
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	4
MARCO TEÓRICO.....	4
1.1. El derecho penal y sus fines	4
1.2. El delito – infracción penal	7
1.3. Delitos contra la integridad sexual	9
1.4. El delito de abuso sexual	10
1.4.1 Elementos del tipo penal de abuso sexual	12
1.5. El abuso sexual a menores en el COIP.....	13
1.5.1. Bien jurídico protegido de los menores en delitos de naturaleza sexual.....	14
1.6. El consentimiento	14
1.7. El consentimiento en materia penal.....	16
1.8. Consentimiento en la tipicidad y antijuricidad.....	18
1.8.1. Tipicidad.....	18
1.8.2. Antijuricidad.....	18
1.9. El consentimiento de los menores en actos de naturaleza sexual.....	19
CAPITULO II.....	22
ANÁLISIS DEL CASO.....	22
2.1. Hechos de interés del caso.....	22
2.2. Análisis de la sentencia de la Unidad Judicial Penal.....	23
CAPITULO III	50

3.1. Conclusiones	50
BIBLIOGRAFIA	53
Anexos.....	57
Sentencia física.....	57

INTRODUCCIÓN

Bajo la modalidad de titulación por medio de estudio de casos se realiza el presente informe final de la investigación inicial del caso penal por abuso sexual N° 13283-2015-01675, sustanciado en el tribunal penal de esta ciudad de Portoviejo, el cual luego de realizar una lectura inicial de la sentencia se le ha encontrado una problemática jurídica.

El presente estudio de caso se ha fundamentado en el estudio profundo respecto del consentimiento de los menores de edad en actos sexuales, ya que, en la sentencia del caso específico, el tribunal de garantías penales de esta ciudad de Portoviejo, ha manifestado que una menor por tener más de catorce años, (quince), ha consentido los actos de carácter sexual y por ello no se configura el delito de abuso sexual tipificado en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) y ha declarado absuelta a la persona procesada.

Entonces, de acuerdo a lo manifestado en el párrafo anterior, hay que enfocarse en cuál es la situación jurídica respecto de consentimiento cuando se es menor de edad pero mayor de catorce, ya que, el juzgador de primer nivel ha hecho ese enfoque de que, si la menor es mayor de catorce puede consentir libremente los actos de naturaleza sexual.

En cuanto al consentimiento de los adolescentes en temas de delitos sexuales, cabe mencionar que el Coip en su artículo 175 que contiene las disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, en

su numeral cinco establece que el consentimiento del menor de edad en delitos sexuales es irrelevante.

Bajo esta normativa se tiene entonces que, tener cualquier relación de carácter sexual con una persona antes de que haya alcanzado la madurez (física y/o legal) suficiente para proporcionar su consentimiento para realizarlas, perturban su desarrollo bio-psicosocial, consecuentemente, partiendo desde el artículo mencionando, no es admisible bajo todo punto de vista, que el adulto mantenga actos de naturaleza sexual con una persona que no está apta para proporcionar su consentimiento, pues, esto es un atentado hacia la integridad y libertad sexual, estos dos últimos que además son bienes jurídicos tutelados.

Con lo antedicho el objetivo planteado en el presente estudio de caso es el de determinar si jurídicamente una menor de quince años tiene la capacidad legal para consentir actos de naturaleza sexual, con ello se va a argumentar jurídica y doctrinalmente la figura del consentimiento y se hace la revisión de si hay una contradicción en el COIP sobre el consentimiento del menor de 18 años para con esto poder establecer si el tribunal ha hecho una errónea interpretación de la ley.

Es importante la indagación de lo que establece la ley penal como lo es el Código Orgánico Integral Penal, los instrumentos de derechos internacionales, la doctrina y la jurisprudencia en relación al consentimiento. El presente estudio de caso se encamina a determinar si el consentimiento del menor de quince años vulnera al bien jurídico protegido en temas de delitos sexuales, si el adolescente mayor de catorce se halla en una situación de vulnerabilidad frente a la sociedad.

Esta vulnerabilidad será analizada también en el contexto de la política criminal y dogmática penal, para exponer que cuando un menor de edad consiente actos sexuales sin penetración o en cualquier tipo este consentimiento prestado no resulta válido a efectos legales, pues así sucede con figuras como el estupro, donde la ley presume que a esa edad el menor no está capacitado ni en legalidad ni en para consentir, por ello supone que de existir el consentimiento se da en el entorno de violencia o abuso por parte del mayor.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. El derecho penal y sus fines.

Antes de entrar de manera específica al estudio del caso, en el marco teórico se considera de mucha relevancia registrar el significado del derecho penal y su finalidad, pues, ello servirá de base para la protección y sustentación de la idea a defender. En primer lugar se cita la obra de Luzón, (2013) quien cita a Cortázar para definir al derecho penal como tal:

El derecho penal es aquella rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo la amenaza de sanción. (...) Asimismo se concibe como el conjunto de normas jurídicas que reglamentan en principio con pretensión de justicia la vida social de una comunidad (p.46)¹.

De la primera aportación doctrinal se tiene entonces, que el derecho penal es conjunto de normas jurídicas, cabe destacar que éste pertenece al derecho público, el derecho penal tiene la función de tipificar los delitos y marcar las penalidades cuando se rompe el nombrado contrato social que perjudica con su acción a la sociedad.

Repasando a Sainz, (1979), conceptualiza al Derecho Penal como:

La parte del ordenamiento jurídico que resguarda determinados valores primordiales de la vida comunitaria, regulando la facultad estatal de exigir a los individuos comportarse de acuerdo con las normas y de aplicar penas y medidas de seguridad a quienes contra aquellos valores atenten mediante hecho de una determinada intensidad. (p.45)².

¹ Luzón, Diego. (2013). “*Curso de Derecho Penal Parte General*”. Editorial Universitas S.A.

² Sainz, José. (1982). “*Lecciones de Derecho Penal: Parte General*”. 1era edición. Barcelona, España: Editorial Bosch.

A partir de las definiciones anotadas, se tiene que uno de los fines del derecho penal es dar protección a los bienes jurídicos en aras al bien común, los bienes jurídicos que no son otros que los valores e intereses jurídicos, constitucionales, individuales o sociales. De acuerdo con este fin del derecho penal, Pérez, (2009), manifiesta:

Esto resulta tan cierto puesto que, los bienes jurídicos llegan a concretarse en condiciones necesarias para el desarrollo de la vida, del individuo y de la sociedad, con ello es importante delimitar que los bienes jurídicos únicamente requieren de la protección del derecho penal cuando son derechos sumamente importantes o cuando sufren lesiones o riesgos reprochables.(p. 52)³.

Ferrajoli, por su parte manifiesta que el fin del derecho penal es proteger al débil frente al más fuerte y hace referencia al garantismo penal expresando: “El Garantismo consiste en tutelar aquellos valores o derechos fundamentales, en donde la satisfacción pese a estar contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador que legitima el derecho penal”. (Ferrajoli, 2001, p. 336)⁴.

De las aportaciones se tiene que el derecho penal tiene como finalidad principalmente la protección de los bienes valiosos como la vida, la integridad, patrimonio entre otros. Parafraseando a Muñoz Conde enseña que originalmente la posición que atiende el Derecho Penal desde hace algún tiempo es que su propósito fundamental es la protección de bienes jurídicos, percibiéndose dentro de esta significación a aquellos valores consagrados por el legislador como significativo o revelantes en la vida de los individuos y la sociedad.

³ Pérez, Álvaro. (2009). *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis

⁴ Ferrajoli, Luigi. (2001). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Editorial Trotta.

Cabe indicar que este mismo autor además señal que estos bienes no han de ser entendidos como valores éticos o morales como, determina es el resguardo del sujeto humano.

Puma (s.f)⁵ en un artículo menciona de modo resumido lo que dicen vaio autores sobre la finalidad del derecho penal y publica:

(...) El Derecho Penal se pretende proteger aquellos interés que la sociedad supone relevantes de acuerdo a su naturaleza (vida, libertad, propiedad, orden y seguridad pública, el normal y diáfano desarrollo de la Administración Pública, etc.) por medio del castigo, es decir, de la sanción al delincuente. (...) El fin del Derecho Penal no es solamente la sanción, sino del mismo modo la protección bajo amenaza de sanción de los bienes jurídicos, que han de tener como fundamento normal morales. Sin embargo, la ley penal no tiene que ser una protección necesaria e incondicional de la moral.(...) La defensa del orden social se tiene que llevar a cabo mediante prevención y posterior represión del delito. En este punto existen dos corrientes, al menos para concebir aquello que vociferamos delito. La primera, todo aquello que atente contra el orden social, la segunda, todo aquello que vaya contra la ética. (...) La función del Derecho Penal radica en la protección de los bienes jurídicos. Asiste a la prevención de la lesión de bienes jurídicos. (...) En primer lugar ha de tenerse en cuenta únicamente aquellas acciones que representan por lo menos un riesgo objetivo de lesión de bienes jurídicos (Von Liszt). (...) En segundo lugar el amparo de bienes puede iniciar donde se manifiesta una acción disvaliosa, aunque el bien jurídico no haya corrido un peligro correcto. En este caso dependería de la dirección de la voluntad del autor. (párr. 5)

Luego de terminada la revisión de lo que manifiestan los juristas y tratadistas de la función que tiene el derecho penal, es de importancia anotar lo contenido en la parte expositiva del COIP⁶, que menciona:

El derecho penal asume, figuradamente, una doble función contradictoria frente a los derechos Código Orgánico Integral Penal de las personas. Por

⁵ Puma, Miller. (s/f). “Finalidad Del Derecho Penal”. (en línea). Consultado. (30, diciembre, 2017). Disponible en: <https://millerpumarios.blogspot.com/2012/02/finalidad-del-derecho-penal-del-enemigo.html>

⁶ Asamblea Nacional. (2014). “Código Orgánico Integral Penal”. Ecuador. Registro Oficial N° 180.

un lado, resguarda derechos y, por otro, los limita. Desde el aspecto de las víctimas, los protege cuando cualquiera ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se halla en aprieto con la ley penal, logra restringir excepcionalmente sus derechos, cuando un individuo viola los derechos de otros y argumenta de manera justificada la aplicación de una sanción. Debido a ello, el derecho penal ha de determinar los límites para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad (p, 21).

Del derecho penal se origina o nace el proceso o enjuiciamiento penal, el que es definido por Párraguez⁷, como: “aquel en el que el Estado ejecuta su potestad sancionadora (ius puniendi) en quebranto de los derechos principales de una persona”. (Párraguez, 2004,p.89).

1.2. El delito – infracción penal.

Una vez que se ha dejado en claro lo que es el derecho penal y los fines del mismo en los que se ha manifestado que encierra a la protección de bienes jurídicos y a la tipificación de delitos, se hace el registro de lo que han manifestado reconocidos juristas y tratadistas sobre la definición del delito, no antes sin hacer mención que las infracciones penales según el COIP se dividen en contravenciones y delitos.

Citando nuevamente a Luzón, (2002), en una de sus obras plasma:

Cuando se habla de infracción de la norma, se está refiriendo a lo denominado (norma primaria) es decir, la prohibición de ejecutar el hecho, mientras cuando hablamos que la conducta cumple o encaja a la perfección lo establecido por la norma, nos referimos a lo denominado (norma secundaria) es decir, la que ordena la imposición de una pena si se realiza el supuesto de hecho definido en ella. (p. 50)⁸.

⁷ Párraguez, Luis. (2004). *Manual de derecho civil Ecuatoriano*. Loja, Ecuador: Editorial UTPL

⁸ Luzón, Diego. (2002). *Curso de Derecho Penal Parte General*. Madrid, España: Editorial Universitas S.A.

La infracción penal, ocurre cuando una determinada conducta se adecua a un determinado tipo penal de la manera exacta como lo tipifica el código penal, en la legislación ecuatoriana el COIP, esta infracción ha de provenir de una acción u omisión que es típica, antijurídica y culpable que tiene como resultado el ejercicio del poder punitivo del Estado que se refleja en una con una sanción.

El ecuatoriano García Falconí, en una de sus novísimas obras pone en manifiesto: “Este esquema tripartito que nos instaure el COIP se acopla mucho a la escuela Causalista, si bien es cierto el esquema se mantiene, pero estos elementos han evolucionado en conexión a la escuela propiamente mencionada”. (García, 2014, p.201)⁹.

El mismo García, (2003), respecto del delito señala:

(...) Es la acción u omisión penada por la Ley, el concepto es sumiso por completo al principio de legalidad, de tal forma que el principio contrastado por los juristas romanos *nullum crimen nullum poena sine lege*, es su regla elemental, además añade que resulta irrelevante el intento de consultar una noción sustancial de delito, como pueda ser en otras épocas el delito natural, puesto que, delito es solo aquello que se castiga por la ley. En otro contexto revela que además resulta evidente que la ley penal no alcanza la arbitrariedad, es decir no castigar respondiendo al razonamiento exclusivo de poner a prueba a los ciudadanos, sino que procura la defensa de bienes jurídicos concretos (p.78)¹⁰.

Para el jurista De La Cueva, (2009)¹¹, el delito es:

Una conducta, acción u omisión típica, antijurídica y culpable a la que incumbe una sanción nombrada pena con contextos objetivos de punibilidad. Las normas punitivas y la doctrina concretan al "delito" como

⁹ García, Ramiro. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima, Peru: Editorial Ara Editores.

¹⁰García, José. (2003). *Manual de práctica procesal constitucional y penal*. Quito. Ecuador: Editorial del Editorial Ministerio de justicia.

¹¹ De La Cueva, Mario.(2009). *El Delito en Sentido Legal*. México: Editorial UNAM.

toda aquella conducta (acción u omisión) que entorpece al ordenamiento jurídico del país donde se provoca. (p.27).

Goldstein (1999)¹², en referencia a lo declarado por Von Liszt cita: “La infracción (o delito en el sentido vasto del vocablo), es un comportamiento humano desarrollado por la ley, contradictorio al derecho, culpable y que la ley sanciona por medio de una pena” (Goldstein 1999, p. 203).

Para el ecuatoriano Albán, (2010)¹³, el delito debe ser considerado desde el contexto material:

Aun los literatos que son adeptos de precisar el delito en forma material, constituido por el concepto con aspectos extrajurídicos, sustentan que frente al derecho positivo poco valen los juicios ontológicos absolutos o abstractos. Cualquiera que sea el concepto que se asuma a priori del delito, será el legislador, en cada caso y tomando en consideración justamente argumentos extrajurídicos, quien determinará que una conducta pase a la órbita penal o deje de estar en ella (p.113)

1.3. Delitos contra la integridad sexual.

Ya señalado la conceptualización y los elementos del delito o teoría del delito, se procede a registrar lo referente a los delitos contra la integridad sexual en donde se enmarca el delito de abuso sexual, para ello es importante de forma breve anotar lo que es el delito desde el punto de vista jurídico – penal. Cabe recalcar en este punto que el COIP establece el tipo del delito como delitos contra la “integridad” sexual que es aquel que ataca primordialmente la libertad sexual y la voluntad de un individuo.

¹²Goldstein, Raúl. (1999). *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. Argentina. Editorial Astrea.

¹³Albán, Ernesto. (2009). “*Manual de Derecho Penal ecuatoriano, parte general*”. Tercera edición. Editorial Ediciones Legales.

Se trata de ataques de carácter sexual que violentan la integridad, la intimidad y la identidad de las personas distintos modos de agresiones sexuales se hayan tipificadas en COIP, normativa que instaura distintas penas según la gravedad del suceso, haciendo una consideración distinguida a la edad de las víctimas de estos delitos.

El COIP tipifica una serie de delitos contra la integridad sexual y reproductiva entre ellos, violación, estupro, acoso sexual, abuso sexual, entre otros, de ellos se hace un enfoque específico en el último de los mencionados, ya que, de este delito se refiere el estudio de caso en específico.

1.4. El delito de abuso sexual.

Como se ha venido indicando el delito de abuso sexual se contempla en la normativa penal ecuatoriana dentro de los delitos que atacan la integridad sexual de las personas, en los que se involucra la libertad sexual. El abuso sexual está tipificado con todos sus elementos en el COIP en el artículo 170 que imprime:

Artículo 170.- Abuso sexual.- La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años (COIP, 2015, p. 77).

De lo tipificado en el artículo mencionado se desprende que, el delito de abuso sexual concurre cuando una persona obliga a otra a realizar cualquier acto de naturaleza sexual en contra de su voluntad, es decir sin su consentimiento, para

que se adecúe la conducta al tipo, el acto sexual no involucra la penetración. La Primera Sala del Tribunal penal de México¹⁴, respecto del delito de abuso sexual ha manifestado: “La expresión acto sexual debe entenderse como cualquier acción dolosa con sentido lascivo que se ejerza en el sujeto pasivo, sin su consentimiento, el cual podría ser desde un roce, frotamiento o caricia”. (p.11).

En el blog de elabogado.com¹⁵, se manifiesta lo siguiente:

A diferencia del delito de agresión sexual, en el delito de abusos sexuales no interviene la violencia ni la intimidación. La persona que lo comete realiza actos que atentan contra la libertad sexual de la víctima sin que ésta preste su consentimiento (párr. 1).

Jorge Buompadre¹⁶, define a esta conducta como: “El abuso sexual es una agresión sexual violenta, distinta del acceso carnal, ejecutada sobre una persona, contra su propio querer consciente” (Buompadre, (s/f), p.2).

Revisando a la ecuatoriana, Doctora en Jurisprudencia, especializada en Prevención contra Delitos, Dra. Smirnova, (2005)¹⁷, manifiesta que el abuso sexual es:

Conducta o comportamiento que atenta contra los derechos básicos fundamentales de las personas: A la vida, la libertad, la integridad y la dignidad humana. Se manifiesta con conductas agresivas, temporales o permanentes que buscan lesionar, humillar, degradar y expresar dominio

¹⁴ Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIII. (en línea). Consultado: (01 de enero de 2018). Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/176/176408.pdf>

¹⁵ Elabogado.com. (s/f). *Los delitos contra la integridad sexual*. (en línea). Consultado: (01 de enero de 2018). Disponible en: <http://iabogado.com/guia-legal/delitos-y-faltas/los-delitos-contra-la-libertad-sexual#I2050200000000>

¹⁶ Buompadre, Jorge. (s/f). *abusos sexuales*. (en línea). Consultado: (01 de enero de 2018). Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts._119_a_120_abusos_sexuales.pdf

¹⁷ Smirnova Calderón. (2005). *Abuso sexual de menores*. (en línea). Consultado: (01 de enero de 2018). Disponible en: <https://www.derechoecuador.com/abuso-sexual-de-menores>

o presión sobre una persona o personas que se encuentran o se colocan en condiciones de inferioridad” (párr. 1).

De acuerdo a lo manifestado hasta ahora, el delito de abuso sexual se ha de revelar de diferentes modos, que perturban de hecho el aspecto físico y psicológico de la víctima; que de acuerdo a lo investigado suele cometerse habitualmente por conocidos de la víctima, quienes que se valen del parentesco, amistad, relación estudiantil, laboral entre otras con la víctima.

1.4.1 Elementos del tipo penal de abuso sexual.

En el derecho penal, los delitos tienen elementos objetivos y subjetivos, el objetivo es la misma acción típica que se adecua al tipo penal, mientras que el subjetivo es el ánimo o la intención del sujeto activo, por lo tanto, los elementos del tipo penal de abuso sexual se desprenden del artículo que lo tipifica como delito (art 170), que en lo principal es, el ejecutar actos de naturaleza sexual en contra de la voluntad de la persona, teniendo como elementos objetivos los siguientes:

- a) Contacto corporal impúdico, (toqueteo, manoseo, frotamiento) sin que represente penetración

- b) El contacto lo ejecuta el sujeto activo sobre el pasivo o fuerza al pasivo a tocarse sobre su propio cuerpo

- c) El sujeto pasivo siempre es incapaz de consentir libremente

Por otro lado el elemento subjetivo del sujeto activo, es el conseguir una satisfacción sexual, satisfacer su ánimo lujurioso a costa del sujeto pasivo, a quien toca, frota, roza, o hace que lo haga para su complacencia propia.

1.5. El abuso sexual a menores en el COIP.

De la transcripción del delito de abuso sexual contenido en el artículo 170 del COIP, se tiene que el delito se comete a cualquier persona de cualquier edad, sin embargo hace referencia en los siguientes párrafos sobre la penalidad que es más dura si se comete a menores de edad. El abuso sexual a menores de edad es la explotación de carácter sexual que hace un adulto a un menor, que lo obliga a participar en actos de naturaleza sexual para los cuales, como dice la doctrina, estos menores no están preparados y no pueden dar su consentimiento.

El abuso sexual a menores no siempre ha de implicar la fuerza física, es más, en la mayoría de los casos se agrede a psiquis de la víctima, es decir, a la parte psicológica, sentimental, pues como lo configura el COIP, son actos en contra de la voluntad de la persona. Según la doctora Calderón ya citada, sino que, los menores logran ser: Sobornados, engañados, presionados, amenazados.

Todo lo anterior con la única finalidad de obtener la satisfacción sexual del abusador, quien se provecha de la vulnerabilidad del menor, para que éste pueda tocarlo, tocarse para él, acariciarlo, exhibirlo, reproducirle pornográfica, estimularle los órganos genitales. Cabe mencionar que el menor es vulnerable porque aún no adquiere su madurez y está en crecimiento.

1.5.1. Bien jurídico protegido de los menores en delitos de naturaleza sexual

Todos los delitos que se tipifican en un cuerpo penal, son tipificados con el único propósito de proteger bienes jurídicos. Hablando del delito de abuso sexual se tiene que el bien jurídico protegido es la libertad sexual. Entonces se tiene que la libertad sexual viene a ser el bien jurídico protegido en estos tipos de delitos, que no es otra cosa que la libre práctica de nuestro cuerpo sin alguna limitación más que el respeto a la integridad y la libertad del mismo.

Esta libertad faculta al individuo oponerse a cualquier tipo de agresión sexual de otro individuo. Los delitos contra la libertad sexual de un sujeto ocurren cuando esta libertad es transgredida. En este punto conviene recalcar que el concepto de libertad sexual es mucho más amplio que el de integridad sexual

Revisando a Peña, expresa que: “La libertad sexual es vulnerada cuando una persona trata de imponer a otro un acto de contenido sexual en contra de su voluntad empleando violencia física (vis absoluta) o psicológica (vis compulsiva)”. (Peña, 2008, p. 593)¹⁸.

En relación a los delitos sexuales, Brito, (2011), ha referido:

Los delitos sexuales envuelven graves perjuicios en la esfera psíquica, en la libertad propia, en la salud y en la vida misma de quien los soporta, concurriendo un ilícito que provoca perturbación de carácter social en el medio donde se comete. (p. 20)¹⁹.

1.6. El consentimiento.

¹⁸ Peña Freyre y otros. (2008). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. Lima, Perú: Editorial IDEMSA.

¹⁹ Brito Aguirre, Miguel. (2011). *Sexo Violento*. Loja, Ecuador: Editorial U.N.L.

El consentimiento ha sido conceptualizado de manera general por algunos autores como una declaración de la voluntad del individuo, en el diccionario de uso del español de Molinier²⁰ se afirma que: “*consentimiento, es una autorización o un permiso*”. (Molinier, 1998, p. 732). Aunque esta definición no contiene palabras tan técnicas se sobreentiende que se refiere al permiso que da una persona a otra para acceder a realizar algún acto.

En otras palabras es la facultad que tienen ciertos individuos para permitir el acceso a alguna propuesta, se expresa que lo poseen cierto individuos, por cuanto, en el ámbito legal y en el marco del derecho penal posee requisitos como la capacidad, y los humanos tienen capacidad a cierta edad, dependiendo de diversos factores.

En el diccionario jurídico del argentino, Argeri, (1999)²¹, otorga una definición más amplia del concepto de consentimiento y exterioriza:

Elemento importante de cualquier formalidad. Radica en la aprobación y coexistencia de voluntades serias y concluyentes entre dos partes idóneas en relación a la oferta realizada por una y la aprobación de la otra en ejecutar determinada reciprocidad jurídica necesaria. Ese consentimiento ha de ser expreso: cuando se manifiesta libremente por escrito o por figuras incuestionables; y tácito: el que se origina de sucesos o actos que lo admiten o que autorizan a presumirlo, exceptuado en suposición en que la ley exige una declaración expresa o que las partes hubieran acordado que para obligarse incumbiría satisfacerse determinada condición o formalidad. (p.170).

De las conceptualizaciones extraídas de los diccionarios citados, se tienen entonces que el consentimiento de manera general es la aprobación, tolerancia o permiso que da una persona a otra que le ofrece una determinada propuesta, una

²⁰ Molinier, María. (1998). *Diccionario de Uso del Español*. Madrid, España: Editorial: GREDOS.

²¹ Argeri, Saúl. (1999). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley, 1999).

vez cedido el consentimiento da iniciación a la realización del acto, además mencionan los autores que logra ser expreso o tácito.

1.7. El consentimiento en materia penal.

Una vez que se ha manifestado lo que es y lo que significa el consentimiento de manera general, se hace en enfoque de esta figura en materia penal, revisando doctrina penal, pues, esto se enmarca en la problemática jurídica del caso específico motivo del análisis.

En el derecho penal, Quintano, (1950)²², ha mencionado:

Al discutir de consentimiento, se instituye como la coincidencia de voluntades entre el sujeto pasivo y el sujeto activo de la infracción, este es un factor que se ha conseguido a prestar atención de modo diferente a tal punto que no goza del mismo valor, considerado este como nulo e insignificante. (p. 321).

Para Merkel²³, el consentimiento en esta materia, publica: “No ha de ser más que un consentimiento proporcionado a la acción realizada por el agente, motivo por el cual este consentimiento ha de ser originario de un individuo susceptible de titularidad” (Merkel, 2014, p. 170).

Citando al ilustrísimo Raúl Zaffaroni, (1987)²⁴, ha publicado respecto al consentimiento en el derecho penal lo siguiente:

(...) El consentimiento, obligatoriamente tiene que ser manifestado por quien consiente y conjuntamente conlleva a que se halle libre de vicios, es por ello que, el consentimiento alcanza dar lugar a una a tipicidad de la

²² Quintano, Antonio. (1950). *Relevancia del Consentimiento de la Víctima en Materia Penal*. Madrid, España: Editorial Trotta.

²³ Merkel, Adolf. (2014). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Argentina: B EDITORIAL B DE F

²⁴ Zaffaroni, Eugenio. (1987). *Tratado de Derecho Penal: Parte General III*. . Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.

conducta, ya que la aceptación del sujeto pasivo adquiere como efecto, la atipicidad de la conducta del tercero que opera dentro de sus límites o a su vez justificar la conducta. (pp. 521 - 524.).

Revisando al Magister Ríos, (2006)²⁵:

El consentimiento del interesado o titular del bien jurídico posibilita que el agente esté exento de responsabilidad penal. El consentimiento se denomina acuerdo si la conducta se dirige contra o prescindiendo de la voluntad del interesado y el libre ejercicio de la misma. Requisitos del consentimiento y acuerdo son titularidad, capacidad, libertad y conciencia, y exteriorización. (p.1).

Entonces de todo lo registrado, se tiene que el consentimiento en este campo es y se da cuando el sujeto que es el titular del bien jurídico, acepta o permite que otra persona efectúe una conducta típica, hay expertos que afirman que viene siendo la renuncia al derecho.

Este tipo de consentimiento recae tanto en los delitos dolosos y culposos, de acción o de omisión. El propósito del consentimiento en materia penal es que el sujeto pasivo apruebe un acto punible, con ello se renuncia a la protección que otorga el derecho, tiene como consecuencia, la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico tutelado.

De manera general en la dogmática penal se debate sobre la verdadera naturaleza jurídica del consentimiento de la víctima. Al respecto se han esbozado tres teorías:

1- Como causa de exclusión de la tipicidad.

²⁵ Ríos Arenaldi, Jaime. (2006). *El consentimiento en materia penal*. Política criminal. (en línea). Consultado: (28, febrero, 2018). Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_6.pdf

2- Como causa de exclusión e la antijuridicidad.

3- La denominada teoría diferenciadora, que constituye una posición mixta o ecléctica de las anteriores.

1.8. Consentimiento en la tipicidad y antijuridicidad.

1.8.1. Tipicidad.

Para registrar la consecuencia o el efecto, o cuando el consentimiento se da en el elemento de la tipicidad se cita en primer lugar al maestro, Roxin, (2007)²⁶ quien en sus obras escuda la teoría de que el consentimiento excluye el tipo, determina que:

Esta razón nace en la teoría liberal, la cual se fundamenta en el desarrollo del bien jurídico protegido del individuo. Por ello que, si en realidad los bienes jurídicos valen para el libre desarrollo del individuo, no podría existir ninguna lesión del bien tutelado cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no lo vulnera, sino todo lo contrario, constituye la expresión del titular del bien tutelado. (p. 517).

De lo que manifiesta Roxin se entiende que el consentimiento se haya en la tipicidad cuanto el sujeto pasivo del delito (víctima) consiente el menoscabo de su bien jurídico tutelado, de tal modo que se considera que coopera con el acto que se está cometiendo, es decir, la conducta que se ejecuta no es contraria a la voluntad de la víctima.

1.8.2. Antijuridicidad.

²⁶ Roxin, Claus. (2007). *Derecho Penal, Parte General*. Tomo 1. 2da edición. Madrid, España: Editorial Civitas

Ya esclarecido el consentimiento en la tipicidad, se procede a registrar cuando este consentimiento se haya en la antijuricidad, para ello se cita a Pierangeli, (1998)²⁷, que explica:

El consentimiento del sujeto pasivo ha de hallarse dentro de la antijuricidad cuando el titular del bien jurídico protegido es aquel individuo que puede disponer libremente de su derecho; pero tampoco el consentimiento debe exceder los límites dados por el consintiente, así por ejemplo una persona que consiente en el acto sexual, pero no en el sadismo del juego amoroso (p. 88).

El maestro Dona, (1995)²⁸, señala que el consentimiento para que excluya la antijuricidad ha de cumplir tres requisitos fundamentales:

(...) Para que se pueda dar dicha renuncia, como son: se debe tener capacidad de entendimiento para comprender lo que implica renunciar al bien jurídico y las consecuencias que esto puede conllevar, debe estar libre de vicios y el titular del bien jurídico debe tener y conocer el consentimiento que se encuentra en juego. (p.176).

Lo que dicen los autores respecto al consentimiento como exclusión de la antijuricidad, se centra en que quien aprueba el acto tiene que tener la capacidad suficiente para poder estipular si dicho acto está bien o mal.

1.9. El consentimiento de los menores en actos de naturaleza sexual.

“El consentimiento del menor de 18 años es irrelevante” así lo dispone el artículo 175.5 del COIP, La corte Nacional de Justicia del Ecuador, (2013)²⁹, se ha referido en un fallo de casación sobre este consentimiento irrelevante, para ello

²⁷ Pierangeli, José. (1998). *El Consentimiento del ofendido*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

²⁸ Donna, Edgardo. (1995). *Teoría del delito y de la pena: Imputación Delictiva*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea

²⁹ Corte Nacional De Justicia. (2013). RESOLUCION No. 837 -2013 SALA PENAL.

primero se pronuncia sobre el bien jurídico protegido del menor en actos de naturaleza sexual, y dice:

(...) Esa idea de bien jurídico protegido (libertad sexual), difiere un poco al momento en que la agresión se comete en contra de una persona menor de edad; ya que es justificable preguntarnos hasta qué punto puede un menor de edad autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, ya que esta clase de decisiones deben ser tomadas con un nivel de madurez física, psíquica, intelectual y emocional, la falta de esta madurez vuelve a aquellas personas (menores de edad), en sujetos fácilmente vulnerables ante cualquier forma de intimidación, coerción —física/intelectual- o seducción, ejercida por el agresor sobre las víctimas para obtener de ellas su consentimiento para participar en actos sexuales que vulnerarían su normal e integral desarrollo, por ello, se considera en estos casos, la integridad o indemnidad sexual como bien jurídico tutelado. (Resolución N° 837 -2013 SALA PENAL, 2013).

Haciendo referencia a la capacidad, es significativo anotar lo expresado por Jaime Ríos, (2006)³⁰, que enseña:

(...) Hablar de la capacidad de un sujeto es hacer referencia a que este en goce de juicio y equilibrio mental suficiente a fin de que determinada persona pueda comprender lo bueno o lo malo de cada acto. Hay delitos respecto de los cuales la propia ley penal se encarga de determinar la capacidad para consentir, en lo que atañe a la edad, y como sucede en el delito de violación, y, en el cual tal capacidad se tiene en algunas legislaciones ya a los catorce años de edad puesto que se prevé siempre como violación el acceso carnal -anal, bucal o vaginal- a una persona menor de catorce años aunque ésta consienta, o recurrir al uso de fuerza o intimidación, o valerse de la privación de sentido de la víctima o aprovechar su incapacidad para oponer resistencia, o hacer abuso de su enajenación o trastorno mental. (pp. 9-11).

Para el ejercicio del consentimiento de los menores en actos de naturaleza sexual, como en el delito de abuso sexual, se ha de tomar en cuenta un aspecto legal muy significativo el cual es la capacidad, en efecto, la legislación civil

³⁰ Ríos Arenaldi, Jaime. (2006). *El consentimiento en materia penal*. Política criminal. (en línea). Consultado: (28, febrero, 2018). Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_6.pdf

ecuatoriana imprime que los menores de 18 años son incapaces relativos, lo que significa que no pueden consentir ciertos actos, y esto es lo que los diferencia de los adultos.

La capacidad es uno de los requisitos del consentimiento en materia penal teniendo a los otros requisitos también que son:

- a. Titularidad. Únicamente lo puede consentir el titular del bien jurídico, el mismo que con el consentimiento afecta la conducta punible.
- b. capacidad ya mencionada se refiere al juicio del titular del bien, el mismo que goza de salud mental suficiente y esta consiente de la aprobación de los actos.
- c. Libertad y conciencia, como lo indica su enunciado, el que consiente tiene que hacerlo de forma libre, si que se tope por medio de mecanismos como el engaño o la coacción, es ceder la real voluntad para consentir.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DEL CASO

2.1. Hechos de interés del caso.

En el presente caso la fiscalía y acusación particular denuncian a Fernanda Valentina Saltos Delgado por un presunto delito de abuso sexual a una menor de quince años, la Fiscalía y la acusadora denuncian el hecho de que, María, (nombre ficticio porque es menor de edad) en el colegio donde cursa sus estudios ha sido víctima de un delito de abuso sexual tipificado en el artículo 170 del COIP, por parte de su profesora, por cuanto, la profesora mencionada ha besado a la adolescente en la boca y le habría tocado sus partes íntimas, (senos y vagina).

En la audiencia de juicio la fiscalía menciona que va a probar que la menor siempre era tocada por su profesora en las instalaciones del colegio y fuera de éste, la fiscalía reprodujo los testimonios de la víctima, su madre, la perito psicóloga clínica del Consejo de la Judicatura, el Rector del Colegio y el psicólogo del colegio.

En lo principal el personal del colegio supo manifestar que siempre veían conversar a la adolescente con la profesora en diversos sitios, en el aula de clases, en el patio y en muchas ocasiones cerca de los baños, por su parte los psicólogos indican que la adolescente tienen traumas juveniles en lo principal es una menor que quiere ser aceptada.

Por su parte la defensa en audiencia indica que no va a discutir los hechos sino que va a discutir el hecho de que la acusación no se adecua al tipo penal de abuso sexual, por cuanto, la menor consentía los actos de la profesora hacia ella, que la profesora le compraba regalos, le enviaba flores, chocolates, y ella los aceptaba, y que todo lo que pasaba entre ellas no era contra su voluntad que es el elemento del tipo penal del abuso sexual.

Una vez se reprodujeron todas las pruebas el juez decide emitir su resolución en la cual ratifica el estado de inocencia de la procesada y dicta sentencia absolutoria haciendo la consideración de que la conducta no se adecua al tipo penal de abuso sexual tipificado y sancionado en el artículo 170 del COIP, ya que, menciona, hubo consentimiento por parte de la menor de los actos ocurridos y no fue contra su voluntad como lo tipifica la norma, más aun cuando la menor tiene más de 14 años, para lo cual invoca el segundo párrafo del artículo 170 que tipifica que es delito de abuso sexual cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad.

2.2. Análisis de la sentencia de la Unidad Judicial Penal.

Como se indicó en los hechos facticos del caso, la Juez de la Unidad Penal absuelve a la procesada por el hecho de que la menor de quince años ha consentido el acto sexual sin penetración, por ello el anales y estudio se centra en responder el cuestionamiento de si el menor que ya tiene quince años está en capacidad de consentir un acto de naturaleza sexual, para ello corresponde esclarecer que el COIP, marca como conducta punible por el hecho de que el consentimiento ofrecido por un menor de edad en delitos sexuales es estimado irrelevante.

Lo jueces de la unidad penal en su sentencia, dando cumplimiento a lo establecido en la Constitución y las leyes se pronuncia respecto de la jurisdicción, competencia y validez el proceso:

(...) PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- Este Tribunal de Garantías Penales de Manabí en virtud del respectivo sorteo es competente para conocer y resolver la situación jurídica del procesado FERNANDA VALENTINA SALTOS DELGADO de acuerdo al Reglamento de Sorteos y de lo establecido mediante Resolución 190-2013 del Consejo de la Judicatura, publicada en el R.O. # 182 del día miércoles 12 de febrero del 2014, en la que se crea el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Portoviejo provincia de Manabí, y en razón de los Artículos 398, 399, 402 y 404.1 del Código Orgánico Integral Penal en concordancia con los Artículos 156, 163.1, 220, 221 y 222 del Código Orgánico de la Función Judicial, y Arts. 172, 177 y 178 de la Constitución de la República. -SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Dentro de la sustanciación de este proceso se han observado los lineamientos procesales y constitucionales vigentes, no se ha vulnerado ninguna garantía básica del debido proceso consagrado en la Constitución de la República, así como los Convenios y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, por lo que al no advertir ningún vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear la nulidad de la causa, este Tribunal declara la validez procesal. (Abuso Sexual, 2015, p.1).

Es importante anotar el pronunciamiento de los operadores de justicia en relación con la competencia y validez del proceso, pues en estos puntos anotan la facultad que tienen para conocer y resolver el caso, y que no e han violado normas sustanciales que de vulnerarse seria nulo el acto.

En el siguiente punto de la sentencia analizada, los jueces se pronuncian respecto de la teoría del caso, se aporta brevemente para el entendimiento de los lectores que la Teoría del caso es, aquel planteamiento que tanto la parte que acusa como la que defiende hacen sobre los actos penalmente relevantes, las pruebas

que los respaldan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan. Así en el presente caso primero la fiscalía expone:

(...) TEORÍA DEL CASO.- LA FISCAL CANTONAL, Abogada Valvina Zambrano Ponce, quien indicó en su teoría inicial que la niña M.S.M.M. estudiante del colegio Municipal Manuel Rivadeneira de la ciudad de Portoviejo, conoció a Fernanda Valentina Saltos Delgado, quien era su profesora y se hicieron amigas; posteriormente el 24 de noviembre de 2014, según lo narró la víctima, Fernanda Valentina la habría llevado hasta la gasolinera de Volqueteros Manabitas, ubicada diagonal al Terminal Terrestre de la ciudad de Portoviejo, en donde la habría besado en la boca y le habría tocado sus partes íntimas; esto es, sus senos y su vagina; la Fiscalía ofrece probar que la conducta de la ciudadana Fernanda Valentina Saltos Delgado se adecua al tipo penal establecido en el Art. 170 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal; esto es, al delito de abuso sexual considerando que la víctima, al momento en que ocurrieron los hechos tenía 15 años de edad, con la agravante determinada en el Art. 48 numeral 8 del mismo cuerpo legal, toda vez que Fernanda Valentina Saltos Delgado era la profesora de la menor de iniciales M.S.M.M.- 2).-

La teoría de la fiscalía en la parte final indica que el delito de abuso sexual cometido hacia la menor de quince años posee un agravante, por cuanto, lo que dice el artículo 48.8 del COIP es que, es un agravante, cuando quien comete la infracción penal tiene algún tipo de relación de poder o autoridad sobre la víctima, entre los cuales se menciona el ser docente, que es lo que ha ocurrido en el caso.

El presente caso se inició no de oficio sino, por acusación particular que la hizo la madre de la menor, por medio de su Abogado expuso su teoría del caso que concuerda con la de la Fiscalía.

(...) LA ACUSADORA PARTICULAR M.E.M.A. (MADRE DE LA VÍCTIMA), a través de su Defensor Abogado Bernardo Isaac Avellán Cedeño, indicó que la menor M.S.M.M., estudiante de la Unidad Educativa Municipal Manuel Rivadeneira, ha venido siendo objeto de abuso sexual mientras cursaba el décimo año, por parte de Fernanda Valentina Saltos Delgado, quien por la superioridad que tenía como

docente del centro educativo, ha procedido a besarla, acariciarla y manosearla dentro del establecimiento educativo y fuera de él, en forma reiterativa, uno de ellos suscitados el día martes 23 de diciembre de 2014, alrededor de las 16H00, en la que, luego de una reunión de docentes por motivos de fiestas navideñas, se ofreció a llevarla a su casa en un vehículo Hyundai Tucson, color negro, pasando antes por la gasolinera Volqueteros Manabitas, diagonal al terminal terrestre, conduciéndola al baño de mujeres y luego de poner las respectivas seguridades, y sin consentimiento de la menor procedió a besarla en el cuello, en la boca y le acarició, por encima de la ropa sus senos, su vagina, sus caderas; posteriormente el 20 de enero del 2015, la ciudadana Fernanda Valentina Saltos le dio a la menor un regalo consistente en una almohada con carita de oso, un ramo de flores y una tarjeta que decía: “Gracias por estar en mi corazón... solo sé que eres el amor de mi vida”; indicando que la conducta de la señorita Fernanda Valentina Saltos Delgado se adecúa al tipo establecido en el Artículo 170 inciso 1 del Código Orgánico Integral Penal; esto es, al delito de abuso sexual. (Abuso Sexual, 2015, p. 4).

La defensa de la procesada, por medio de su defensor en su alegato inicial también revela su teoría del caso, en la cual indica principalmente que no va a discutir los hechos, sino la tipicidad del delito, dice el defensor técnico que solo va a delimitar la discusión en la audiencia bajo el parámetro de la tipicidad del delito, la adecuación de la conducta de su defendida en base a la descripción del tipo penal; por lo tanto, toda la discusión de la defensa girará en torno de lo que la Fiscalía y Acusación Particular trataran de probar, básicamente de que dichos actos fueron libres, voluntarios, queridos, provocados, anhelados por parte de la adolescente M.S.M.M. lo cual no se corresponde con el tipo penal que acusa Fiscalía. (Abuso Sexual, 2015, p.5).

En la práctica de pruebas la Fiscalía, con el propósito de probar su alegato inicial hizo comparecer a rendir testimonio a las siguientes personas:

1. Acusadora particular (madre de la menor)

2. Menor Fransheska Karolina Mero Rodríguez, amiga de 151 años de la menor
3. Licenciada Jacinta Olaya Intriago Pinargote, Perito en el área de Trabajo social
4. Economista Líder Vicente Ruíz Moreira, ex docente en la Unidad Educativa hasta marzo de 2016
5. Roberto Bolívar Pincay Quijije, psicólogo educativo del colegio
6. Dra. Eliana Tamara Toro Loor, psicóloga clínica del Consejo de la Judicatura.

La madre de la menor, (acusadora particular), señala en su testimonio principalmente que:

Conoció a la procesada cuando entró a trabajar como docente del Colegio Municipal Manuel Rivadeneira, que era donde estudiaba su hija y empezó a hacer amistad con su hija y su mejor amiga Fransheska; siempre que ella (la declarante) iba al colegio las encontraba juntas en el recreo y por eso le preguntó su hija porque la profesora siempre estaba junto a ellas y su hija le respondía que era porque la profesora las quería como si fueran sus hijas.

Que después de un tiempo la profesora Valentina comenzó a llamar mucho a su casa para hablar con su hija y cuando le preguntaba a la menor por qué la profesora la llamaba tanto, ella le explicaba que la quería como madre, lo que a ella le resultaba extraño porque era muy pegada con ella y no es normal que los profesores se peguen mucho a los estudiantes, ni se preocupen demasiado por ellos; su esposo también se preocupó y le parecía sospechoso que estuviera tan pendiente de su hija.

- Que después, el 10 de noviembre de 2014 le celebró los 15 años a la menor e invitó a la profesora a la reunión que hizo en su casa, a la cual asistió Fransheska con su mamá y la profesora le llevó a regalar a su hija un vestido que cuesta \$.70,00.
- Que el 20 de enero, su hija recibió un ramo de flores que le fueron a dejar al colegio y llegó a la casa con el ramo de flores, una tarjeta y una almohada con cara de osito, indicándole su hija que no sabía quién le había llevado esto, que lo habían dejado en la puerta del colegio
- Que a la mañana siguiente;, la mejor amiga de la menor fue a su casa a contarle que la docente era quien le había dado el ramo de flores.
- Que ella fue al colegio y le contó al rector lo que estaba pasando con la profesora y con su hija y él le sugirió que hablara con el inspector para que hiciera las cosas legalmente, por lo que ella presentó la denuncia y se siguió todo el proceso.

La madre expone en su testimonio que después de todo estos eventos su hija de 15 años se deprimió, se quiso cortar las venas y ella tuvo que llevarla donde un psicólogo porque solo lloraba y lloraba; después ella le preguntó si era verdad lo que su amiga le había contado y le confirmó que si era verdad todo lo que la profesora le había hecho.

El testimonio de la mejor amiga de la menor, es concordante con el del la madre, agrega que la docente siempre les decía a ambas que las iba a llevar a

Estados Unidos. Por otro lado el testimonio de la trabajadora social llega a la conclusión de que:

- La menor se desenvuelve en un entorno social y educativo con múltiples factores de vulnerabilidad, acompañado de inseguridad, así como presencia de tabúes en la familia y en el colegio al abordar temas de la sexualidad de niñas, niños y adolescentes.
- Que existe una tendencia cultural a la legitimación del abuso sexual como respuesta a la provocación del adulto acompañado de culpabilización de la víctima.
- Carencia de educación dirigida a los menores, lo que lleva al empoderamiento de la niñez y adolescencia frente a la violencia y el acoso sexual
- Que el abuso sexual es más frecuente desde la figura de autoridad ya que existe confianza entre el estudiante y la autoridad que hace que se desencadene un canal de comunicación abierto a los niños y niñas y adolescente, existió coherencia entre lo manifestado dentro del entorno familiar y social y falta de colaboración de parte de las autoridades del plantel educativo, por cuanto, cuando se realizó la visita las autoridades no quisieron brindar ningún tipo de información indicándole que el rector no se encontraba, por eso, llegó a la conclusión de que existen tabúes y carencias de acuerdo a como se desarrollaban o validación de las vulneraciones de derecho de parte de las autoridades educativas.

El Ex docente testifica que él venía escuchando que la docente intimidaba mucho con los estudiantes; que en varias ocasiones observó a la profesora

conversar con la estudiante en el área de inspección, en el salón de clases y cerca de los baños.

La perito psicóloga clínica del Consejo de la Judicatura testifica en lo principal y en lo que se enfoca el caso que siempre se debe configurar ciertos antecedentes y es importante verificar si las esferas se cumplen: una es la relación de poder que está dada por el hecho de que la una persona es maestra y la otra es alumna, constituye una relación de que el adulto puede dominar la situación y domar o controlar la voluntad. _ Además agrega:

(...) Otro de los antecedentes de la relación de poder está dada por la diferencia de edad, cuya esfera se cumple, así como ciertos grados de complacencia que tiene el adulto frente al menor evaluado, cuyas esferas se cumplen en este caso. (...) como perito no puede determinar que la evaluada tenga cierta orientación sexual, porque la menor aún está en su despertar sexual; algo que se debe tomar en cuenta es que la menor le narró en su parte sentimental que ha tenido varios enamorados, ha tenido varios “vaciles”, pero que no ha tenido relaciones sexuales, lo que indica que está en ese despertar, en donde está presente la curiosidad y si esa curiosidad está influenciada por una relación de poder puede cambiar esa esfera. (...) debe también tenerse en cuenta que la evaluada está en una edad de adolescencia que busca ser aprobada, tener aceptación. (Abuso Sexual, 2015,p.8)

Aquí vale hacer una pausa para analizar lo indicado por la perito psicóloga clínica del Consejo de la Judicatura, en otras palabras lo que la profesional declara en base a su experiencia es que, esta menor de quince años aún no tiene su estado de madurez, es decir, aun no tiene pleno conocimiento de sus acciones, más aun en lo que se refiere a actos de naturaleza sexual, por lo que podría decirse que no está en capacidad de consentir aquellos actos.

Declara también que la menor es vulnerable porque no alcanzado su madurez sexual que recién inicia su despertar, lo que se entiende que no es capaz

de saber que quiere o no, que le gusta o no en el ámbito de los actos de naturaleza sexual.

Señala la perito que en el test HTP que le realizo a la menor de 15 años arrojó un resultado necesidad de afecto; por lo tanto, si un adolescente tiene la necesidad de afecto, de buscar la carencia afectiva, esa seguridad puede decir que le satisface, pero a la vez tiene la lucha de valor por que la cultura y todo lo que le rodea no es bien visto, señala que:

(...) la menor expresa que había consentimiento de su parte , pero esto no significa que ese consentimiento no hubiera sido dado bajo esa relación de poder; hay que tener en cuenta el grado de madurez emocional de una persona para establecer si está o no en condiciones de decidir si mantener o no una relación sentimental, eso depende del despertar de cada adolescente, la experiencia o el autodescubrimiento que pueda tener frente a ciertas condiciones lo cual depende de la inteligencia y del grado de madurez emocional que tenga (Abuso Sexual, 2015,p.8)

En el punto séptimo de la sentencia viene el análisis de las pruebas y la valoración de las mismas que han hecho los jueces, en la que manifiestan:

(...) Desde esta perspectiva, debemos analizar y valorar la prueba presentada en el desarrollo de la audiencia de conformidad a lo indicado en el Art. 457 del Código Orgánico Integral Penal a efecto de explicar si se han demostrado los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, como lo determina el Art. 453 (...) Con este propósito se escuchó el testimonio anticipado de la adolescente M.S.M.M. quien manifestó que conoció a la profesora en el colegio Municipal en donde ella estudiaba, comenzaron a cruzar palabras y se hicieron más que amigas, luego comenzaron a comunicarse por medio de whatsapp; que la profesora la trataba bonito, la llamaba mi bonita, mi linda, le daba detalles, le regalaba caramelos, chocolates y la última vez le dio un peluche con unos chocolates; que cuando ella cumplió sus 15 años le regaló un vestido; indicó que el 24 de noviembre la llevó en su vehículo a la casa pero antes pasaron por la gasolinera que está por el terminal terrestre y entraron al baño en donde la profesora comenzó a tocarle los brazos, sus senos, su vagina y la besó en la boca y en el cuello; que esto

sucedió otras veces en el colegio, que cuando ella entraba al baño Fernanda Saltos la seguía y hacía lo mismo que hizo en la gasolinera. (Abuso Sexual, 2015,p.8)

Recalca para motivar su decisión que la menor en su testimonio no indica que la profesora Fernanda la hubiera tocado o besado en contra de su voluntad, o que la hubiere obligado a ingresar al baño de la gasolinera para ejecutar sobre ella actos de naturaleza sexual, además agrega:

(...) tampoco mencionó que Fernanda Valentina la hubiera coaccionado de alguna manera para que ella le permita realizar tales actos sobre su cuerpo, para que se configure el tipo penal de abuso sexual acusado por Fiscalía y Acusación Particular, pues ella como víctima del delito es quien pudo percibir los hechos de manera directa y describir la forma en que tales actos se ejecutaron; no obstante, en su testimonio anticipado no menciona que la conducta de la profesora Fernanda Valentina hacia ella la hubiera ofendido, intimidado o incomodado, más bien se evidencia una cooperación de su parte para que tales eventos sucedieran, pues al narrar el incidente ocurrido el 24 de noviembre en la gasolinera indica que juntas fueron al baño donde la profesora Fernanda Valentina Saltos comenzó a insinuársele, sin explicar de qué manera lo hizo y que luego comenzó a tocarla, pero no menciona que ella se hubiera resistido u opuesto a tales actos, indicando además que no fue la única ocasión que ocurrieron estos hechos, que también sucedía en el baño del colegio. (Abuso Sexual, 2015,p.8)

Los jueces mencionan la prueba de la psicóloga clínica, donde se pronuncian respecto de la relación que tenía la alumna con la profesora, pero no mencionan la conclusión del informe que fue testificado en audiencia en la parte donde indica que la relación de poder está dada por el hecho de que una es maestra y la otra es alumna, lo cual constituye una relación de que el adulto puede dominar la situación y domar o controlar la voluntad, por cuanto, la relación de poder está dada por la diferencia de edad. El tribunal solo considera esta parte del informe de la psicóloga clínica:

(...) la misma que le indicó que sentía mucho cariño por la profesora, que ella (la profesora) le decía que le gustaba, le escribía mensajes al celular y le dedicaba canciones, que mantenían encuentros que se suscitaban en el recreo cuando ella estaba en el baño, que allí hubieron besos y que ella sí le correspondió y que le tocaba sus partes íntimas, también le narró lo sucedido con Fernanda Valentina en una gasolinera, manifestándole la evaluada que se sentía confundida; en sus conclusiones indica que M.S.M.M. presenta un trauma en grado moderado en frecuencia y gravedad acerca de los hechos, que hay cierto grados de inseguridad, de miedo, de temor, de necesidades afectivas; también pudo evidenciar que la adolescente tiene una lucha entre lo que le da lo moral, lo que le inculca la sociedad, en relación a ciertas conductas sexuales de mujer con mujer que la sociedad lo ve mal y que es esa lucha lo que hace que los síntomas se vayan acentuando, pues por un lado está lo que se siente identificada, lo que pueda estar sintiendo y por otro lado lo que indica la sociedad o lo que le inculca su mamá, conclusión a la que arriba porque cuando narraba los hechos la evaluada se sonreía y se tapaba la cara, evidenciado en ella una lucha, pues la menor aún está en su despertar sexual, en donde está presente la curiosidad, ya que le narró que ha tenido varios enamorados, varios “vaciles”, pero que no ha tenido relaciones sexuales; testimonio que corrobora lo manifestado por la menor en el sentido de que los actos ejecutados por la procesada Fernanda Valentina Saltos Delgado en el cuerpo de la menor M.S.M.M. no fueron en contra de su voluntad, pues la evaluada le indicó que ellas mantenían encuentros, que hubieron besos y que ella correspondía a estas caricias, pero que se sentía confundida, es decir, que los actos de naturaleza sexual no fueron realizados en contra de la voluntad de M.S.M.M (Abuso Sexual, 2015,p.9)

El tribunal se enfoca de que los actos no han sido cometidos en contra de la voluntad de la víctima, porque ella los ha consentido, con ello insinúa lo que se relató en el marco teórico, que el consentimiento se haya en la antijuricidad del delito, y por ello según el tribunal ha de eximir la culpabilidad, porque es una especie de exclusión de la antijuricidad.

(...) todos los testimonio han sido coherentes, lo que confirma lo indicado por la menor en su testimonio anticipado en el sentido de que los actos ejecutados en su cuerpo por la procesada Fernanda Valentina no se realizaron en contra de su voluntad, requisito indispensable para que se configure el delito de abuso sexual, por el cual fue llamada a juicio la

procesada Fernanda Valentina Saltos Delgado; y, fue precisamente esta amistad y evidente acercamiento entre la profesora Fernanda Valentina y la menor M.S.M.M. lo que llamó la atención de la señora M.E.M.A., madre de la víctima y acusadora particular en este proceso, quien indicó que siempre que ella iba al colegio las encontraba juntas en el recreo, cuya inquietud se las transmitió a su hija, observando además que la profesora Valentina llamaba mucho a su casa para hablar con su hija M.S.M.M, pero fue el 21 de enero cuando su hija le contó a su amiga Fransheska lo que estaba sucediendo con Fernanda Valentina Saltos y a su vez Fransheska se lo vino a contar a ella por lo que acudió al colegio para que se investigue este hecho y presentó la respectiva denuncia. (Abuso Sexual, 2015,p.9)

En este punto cabe indicar que el consentimiento no forma parte en nuestra legislación penal como un causa de exclusión de la antijuricidad, y mucho menos cuando se trata de menores de edad, de los cuales la misma ley determina que su consentimiento es irrelevante.

Finaliza la sentencia indicando que todas las pruebas llevan a la conclusión de que no existió el abuso sexual acusado tanto por Fiscalía y la Acusación Particular, pues no se configuran los elementos característicos del delito tipificado en el Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal, en donde se establece que constituye abuso sexual el hecho de que una persona, en contra de la voluntad de otra, ejecuta sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual. (Abuso Sexual, 2015,p.9)

En la parte que se hace relevancia de la sentencia y que es motivo del análisis menciona: “lo que en la especie no ha ocurrido, y recalca: **MÁS AÚN CUANDO LA ADOLESCENTE M.S.M.M., TENÍA MÁS DE 14 AÑOS DE EDAD,** no padece ningún tipo de discapacidad y no existe prueba alguna que nos haga presumir que ella no tenía capacidad para comprender el significado del

hecho, ya que se sanciona como infracción punible las conductas sexuales en las que la participación de la víctima no es libre ni voluntaria. (Abuso Sexual, 2015).

Los jueces recalcan que no se configura el delito “más aun cuando la adolescente tiene más de 14 años” invocando la norma penal que indica que toda el consentimiento del menor de 14 años no es válido, de acuerdo a ello mencionan el inciso primero de la misma disposición legal les permite deducir que una persona mayor de 14 años sí puede consentir en dichos actos sexuales sin que se presuponga que hay abuso.

(...) Estos juzgadores han llegado al convencimiento, más allá de toda duda razonable que los actos de naturaleza sexual de la procesada Fernanda Valentina Saltos Delgado no se ejecutaron en contra de la voluntad de la adolescente M.S.M.M. por lo que su conducta no se adecúa al tipo penal de ABUSO SEXUAL, toda vez que para que este delito se configure se requiere que dichos actos se hubieren ejecutados en contra de la voluntad del sujeto pasivo, lo que en la especie no se demostró, por lo tanto, aun cuando consideramos que la conducta de la procesada Fernanda Valentina Saltos Delgado este reñida con la ética profesional, considerando que la menor M.S.M.M. era su alumna, no podemos sancionarla penalmente conforme a la norma acusada por Fiscalía, por lo que continúa vigente la presunción de inocencia garantizada en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República. (Abuso Sexual, 2015,p.9)

Como se puede observar de todo lo anotado y con lo que han hecho hincapié los jueces, el problema jurídico del caso se origina en la valoración del consentimiento de actos de naturaleza sexual en menores pero no menor de 14 años, ya que el tribunal considera que al tratarse de un hecho voluntario por parte de la menor de 15 años se ha desconfigurado la tipicidad del delito y no se adecua la conducta al tipo.

Al mencionar que además no se cumplen los elementos constitutivos del delito más aun cuando la menor tiene más de 14 años, el tribunal exterioriza que los adolescentes mayores de 14 años ya tienen la capacidad para poder decidir sobre este tipo de relaciones y más aún consentirlas.

De lo antedicho entonces, se considera necesario el analizar si los menores entre 14 y 18 años poseen la capacidad para consentir estos actos de naturaleza sexual, para ello es importante mencionar que la capacidad del sujeto pasivo que facilita el consentimiento, en algunas legislaciones obedece a la madurez biológica de la persona, pues, ha de ser necesario examinar que no por cumplir la mayoría de edad, concibe que de un día a otro el individuo sea incapaz a capaz, ello ha de depender de cada persona por cuestión biológica y por su desarrollo intelectual.

A esto cabe señalar lo que ya se indicó que en materia civil un adolescente que no ha cumplido los 18 años es considerado incapaz. Otro punto del problema es la contradicción que se evidencia en el COIP, pues, por ejemplo se considera delito de estupro los actos sexuales de un mayor de 18 con una mayor de 14 y menor de 18 sin importar se este menor consiente.

De lo antedicho se desprende que la legislación penal en este punto no considera relevante que la mayor de 14 y menor de 18 consienta este tipo de actos, lo mismo se refleja en lo que estipula el numeral 5 del artículo 175, que menciona que el consentimiento que ofrecen los menores de 18 años es irrelevante. Significa, aunque suene repetitivo que la ley no permite que un menor consienta actos de naturaleza sexual.

En esta sentencia por delito de abuso sexual, se están trasgrediendo y atentando al bien jurídico protegido del menor que es la integridad sexual, pues, como lo ha manifestado la misma UNICEF, los menores de edad, niños, niñas o adolescentes no están preparados ni física ni psicológicamente, por su estado de crecimiento y desarrollo, no se hayan en las condiciones de consentir su aprobación.

Esta entidad internacional además manifiesta que quienes son mayores que los niños, niñas y adolescentes, se hallan en posición de superioridad de los menores y por ello se aprovechan de la vulnerabilidad de éstos. Cabe indicar que varios convenios internacionales de derechos humanos consideran que los niños, niña y adolescente son vulnerables a estos actos, que no tienen capacidad de consentirlos, y se encuadra hasta la edad de los 18 años.

García Falconí, ha manifestado también que La ley presume “juris et de jure”, que no es libre la voluntad de decisión de un sujeto menor de edad, para efectuar el acto sexual legítimo e independiente, como lo es el de un adulto.

De lo anterior se tiene que “juris et de jure” se entiende como la incapacidad del menor para consentir estos actos, incapacidad torna jurídicamente irrelevante la concurrencia al hecho, del consentimiento del menor de edad que ha sido víctima de agresión sexual, aunque éste lo haya autorizado de forma voluntaria. Ello también es el significado de la norma cuando dice que el consentimiento de menores en estos actos es irrelevante.

Para la normativa penal en nuestra legislación entonces, se ha de entender que la expresión efectuada de forma voluntaria del consentimiento, del menor de edad, para perpetrar actos de naturaleza sexual no tiene ninguna validez jurídica, por lo que se considera que el Tribunal se ha equivocado en su decisión, respecto al análisis del consentimiento.

En este punto es importante registrar lo publicado por la UNICEF, (2017)³¹ en el documento denominado: “Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos” en donde se expone cuando ocurre el abuso sexual y en forma clara también menciona el consentimiento.

(...) El abuso sexual ocurre cuando un niño es utilizado para la estimulación sexual de su agresor (un adulto conocido o desconocido, un pariente u otro NNyA) o la gratificación de un observador. Implica toda interacción sexual en la que el consentimiento no existe o no puede ser dado, independientemente de si el niño entiende la naturaleza sexual de la actividad_e incluso cuando no muestre signos de rechazo. (p.7).

Por otro lado también en la revisión de los recursos utilizados para la investigación, se encontró sentencias de casos similares en donde los Jueces de la Corte Nacional, no admiten el consentimiento del menor de 18, en razón del derecho de indemnidad sexual, que es aquel que otorga protección especial los menores vislumbra más allá de aquella capacidad que pueda poseer un individuo para elegir de forma libre con quien y en qué momento puede tener relaciones de carácter sexual.

³¹ UNICEF. (2017). Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos. (en línea). Consultado (28, febrero, 2018). Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/proteccion-AbusoSexual_contra_NNyA-2016.pdf

Lo antedicho se avala porque los menores, en los que se encuadran niños, niñas y adolescentes hasta los 18 años poseen protección especial por la Constitución, así como también por los tratados internacionales, en virtud de una ausencia de madurez física e intelectual que fija como resultado una exigencia de protección y cuidado especial frente toda forma de lesión o abuso físico, psicológico o sexual.

Hay que mencionar también que nuestra legislación, reconoce el principio del interés superior del niño lo cual involucra que el desarrollo y desenvolvimiento del menor y el ejercicio pleno de sus derechos han de ser considerados como criterios rectores para la producción de las normas y aplicación de éstas en todas las disposiciones concernientes a la vida del menor.

La protección a la indemnidad sexual se instituye por cuanto, los menores de edad no se hayan en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad en acto sexual, ello se debe al estado de madurez que muestran sus esferas de entendimiento, de voluntad de afección. Es importante anotar lo que expresó la acusadora particular en la audiencia de juicio respecto a lo dicho por esta investigadora de la protección constitucional de la que gozan los menores.

(...) La acusadora particular, a través del Abogado Bernardo Isaac Avellán Cedeño indicó que en El Ecuador cuando se habla de delitos de violencia sexual, sobre todo en contra de una menor de edad, la Constitución de la República establece una clara protección de las niñas, niños y adolescentes, en la cual persigue y condena todo acto que violente sus derechos integrales, humanos y reproductivos; dentro de este marco constitucional en la cual Ecuador forma parte del estado plurinacional y garantista de los derechos ciudadanos y la menor M.S.M.M. goza precisamente de estas garantías constitucionales que en esta audiencia el Tribunal Penal debe garantizar; el hecho fáctico mencionado en la teoría del caso, ubicaba los hechos narrados tanto por la Acusador particular

como también de los testigos que la Fiscalía ha presentado, además de los peritos que realizaron la investigación y que han corroborado los hechos, las evidencias y sobre todo los lugares en donde se ha cometido el delito de manera clandestina, han ubicado la perpetración de un delito tipificado en el Código Integral Penal como abuso sexual; en el desarrollo de la audiencia la Fiscalía ha señalado de que se cumplió el elemento de maestro a estudiante, pues Fernanda Valentina Saltos Delgado, en el tiempo que fue docente en la Unidad Educativa Municipal Manuel Rivadeneira de esta ciudad de Portoviejo, dentro de sus funciones como docente buscó el momento para perpetrar el riesgo jurídico y cometer el resultado anti jurídico y dentro de la subordinación ubicó algunos elementos que no se justifican en la función que como docente realizaba dentro de la Unidad Educativa, pues buscaba acercamientos, encuentros, conversaciones de tipo personal con la menor M.S.M.M. y con la menor Fransheska Mero quien también señaló que dentro de la Unidad Educativa se mantenían este tipo de conversaciones en donde les hizo promesas de salida del país y también les ofrecía obsequios que no son actitudes correctas o normales dentro de las relaciones entre maestra con una estudiante; es así que el 23 de diciembre de 2015 se suscitó el hecho en donde la maestra Fernanda Valentina Saltos Delgado aprovechándose de que se había ganado la confianza de la madre de la menor, lleva a la menor a una gasolinera de Portoviejo para cometer el delito, lo cual también ejecutó dentro de los baños del plantel educativo, el cual ejecutó mediante engaños (Abuso Sexual, 2015, p.10)

En esta parte cabe mencionar que con lo dicho en los párrafos anteriores se ha desviado el tema objeto de estudio, por ello es necesario declarar que lo que se ha analizado posee igualdad con el objeto de investigación, pues, se está indignado la problemática de si un menor de 18 pero mayor de catorce se haya en capacidad de consentir un acto de carácter sexual, debido a que el COIP contempla en su artículo 175 numeral quinto considera que si estos menores dan su consentimiento es irrelevante para el proceso penal.

El consentimiento en el ámbito penal requiere de tres requisitos fundamentales para que tenga validez jurídica y sea considerado como

cooperación de la víctima con el agresor, estos requisitos son: titularidad, capacidad y libertad y conciencia, así se tiene que:

La Titularidad.- hace referencia a únicamente puede consentir el titular del bien jurídico, el mismo que con el consentimiento afecta la conducta punible, en este caso la menor debió consentir el abuso para que la procesada no sea culpable del delito, lo que en la especie si ocurrió.

La Capacidad.- Se refiere al juicio del titular del bien, el mismo que ha de gozar de salud mental suficiente y estar consciente de la aprobación del acto consentido, en este sentido la capacidad en estos actos se refiere también a la madurez de la persona para consentir, lo que en el caso no ocurre, pues de acuerdo al informe de la perito psicóloga clínica la menor de 15 años no es capaz en el sentido de que es inmadura sexualmente y se halla en un estado de vulnerabilidad.

Libertad y Conciencia.- Como lo indica su enunciado, el que consiente tiene que hacerlo de forma libre, sin que se tope de por medio mecanismos como el engaño o la coacción, es ceder la real voluntad para consentir, elemento que tampoco se cumple en el caso, pues como lo declaró la perito psicóloga clínica, la menor consentía en relación de poder entre ella y la maestra, y que recalca que un adulto puede dominar la situación y domar o controlar la voluntad de una menor cuando existe una relación de este tipo.

En el análisis del caso se evidencia que los hechos no se adecuan al tipo penal establecido en el Art. 170 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal que constituye la modalidad básica del delito por cuanto estamos ante el

supuesto de una víctima menor de 15 años de edad, pero dicho delito exige como elemento de tipicidad que el sujeto activo actúe “en contra de la voluntad” de la víctima, lo cual no fue demostrado con las pruebas practicadas en el juicio. El tema en discusión surge a partir de lo establecido en el artículo 175.5 COIP que establece que el consentimiento de una menor de dieciocho años es irrelevante, lo cual hace inaplicable una de las dos normas, dado lugar a lo que se conoce como las antinomias legales.

En la sentencia se menciona:

(...) La menor tenía más de 14 años de edad, pues de acuerdo a la partida da nacimiento agregada como prueba documental (fj.102) nació el 01 de noviembre de 1999, no padece ningún tipo de discapacidad y no existe prueba alguna que nos haga presumir que ella no tenía capacidad para comprender el significado del hecho, ya que se sanciona como infracción punible las conductas sexuales en las que la participación de la víctima no es libre ni voluntaria. (...) sin embargo, el artículo 170 ibídem hace una diferenciación en los casos de delitos de abuso sexual, pues en su parte pertinente indica que si los actos de naturaleza sexual se hubieren cometido en una persona menor de 14 años, sería delito, aun cuando no haya habido forzamiento o agresión o la víctima hubiere consentido, toda vez que el consentimiento del menor de 14 años no es válido (Abuso Sexual, 2015).

Menciona el juzgador que no obstante, el inciso primero de la misma disposición legal permite colegir que una persona mayor de 14 años sí puede consentir en dichos actos sexuales sin que se presuponga que hay abuso, pues la norma establece como requisitos sine qua non que el acto de naturaleza sexual se ejecute en contra de la voluntad del sujeto pasivo de la infracción, que esta tenga menos de 14 años o se demuestre que no tiene capacidad para comprender el significado del acto (Abuso Sexual, 2015).

Argumenta además en la parte final de la sentencia que la finalidad del legislador, al sancionar como infracción punible las conductas sexuales es proteger la dignidad de la persona (cuando es mayor de 14 años) y el derecho que tiene todo niña, niño a adolescente al libre desarrollo de su personalidad y de su sexualidad (menores de 14 años).

O sea, según el juzgador el derecho que tiene todo niña, niño a adolescente al libre desarrollo de su personalidad y de su sexualidad solo se da cuando son menores de catorce años, es algo ilógico, más aun cuando las convenciones y tratados que protegen el interés superior al menor señalan que estos no alcanzan su madurez hasta los 18 y en los mismos instrumentos no se coloca una edad para que un menor consienta actos de naturaleza sexual.

Termina expresando:

(...) Sin embargo, en el caso puesto a nuestro conocimiento se ha demostrado que la menor correspondió a los actos de naturaleza sexual actuados por la procesada Fernanda Valentina Saltos Delgado, tal como lo indicó en su testimonio anticipado y que se lo confirmó a su amiga Fransheska Mero cuando le confesó que ella y Fernanda Valentina tenían una relación. (Abuso Sexual, 2015).

Los jueces deducen que la menor de 15 años si tiene capacidad de consentir el abuso del cual estaba siendo parte por lo que era bajo y no contra su voluntad, en efecto, el concepto del tribunal es equivoco, como lo menciona el Español Cerezo Mir, el consentimiento no exime de responsabilidad en los delitos que dan protección a los bienes jurídicos supra individuales, lo que significa, que el portados de estos bienes jurídicos protegidos han de ser la sociedad o el estado,

en este escenario, no excluye la culpabilidad del procesado que es el sujeto activo de la acción penal el consentimiento cuando no es válido como en este caso.

Hay que tener en claro que, la ley penal aquí en el Ecuador sanciona, en varias hipótesis, cualquier acto de naturaleza sexual con personas menores de edad que comprende hasta los 18 años, esto aun cuando ellos hayan proporcionado su consentimiento para tales actos.

Anotando nuevamente jurisprudencia, la Corte Nacional menciona que el consentimiento de un menor de edad no es materia de prueba.

(...) El consentimiento dado por la víctima, menor de dieciocho años de edad, será irrelevante”. Al ser el bien jurídico protegido —en el presente caso- la indemnidad sexual y no la libertad sexual, como en el caso de víctimas mayores de edad, la participación voluntaria de la víctima menor de edad (el consentimiento que presta la persona ofendida para la realización del acto), no es materia de prueba (Resolución No. 837 -2013).

De la jurisprudencia anotada se puede exponer que como lo mencionan los jueces en la parte final, el consentimiento del menor de edad no es materia de prueba, es lo que ocurre por ejemplo en los casos de estupro en donde la víctima aunque manifieste que ha querido y ha sido decisión de ella acceder al acto sexual, a la ley le resulta irrelevante dicho consentimiento en virtud de que no admite que esta menor pueda consentir dichos actos.

Entonces ¿cuál es la diferencia del consentimiento entre la edad de las víctimas de estupro y de abuso sexual? Ninguna. Es decir, cada tipo penal establece las edades que interesan al legislador regular de manera específica ya sea en las modalidades básicas de las respectivas figuras delictivas, en otros casos

formando parte de las modalidades derivadas cualificadas, y en otros supuestos la ley establece taxativamente que el consentimiento es totalmente irrelevante como el caso de las menores de 14 años en los que aun consintiendo los actos de naturaleza sexual realizados sobre su persona por el sujeto comisor, estos terminan siendo típicos y antijurídicos, por lo que resulta incongruente con la propia ley que las disposiciones comunes en su artículo 175.5 Coip establezcan que el consentimiento de los menores de dieciocho años resulta irrelevante, según lo expuesto anteriormente.

Lo anterior resulta bien discutido y por ello nuestro estudio de caso pues existen otros juicios donde se han producido pronunciamientos diferentes, según la resolución dictada por recurso de casación de segunda sala de lo penal de la Corte Nacional De Justicia, dentro del juicio N°0089-2012 en el que declara:

(...) En cuanto a que las relaciones sexuales han sido voluntarias (amor sincero), es irrelevante, pues, la edad que cursaba la menor, no le permitía entender lo que supuestamente quería, por su inmadurez física y psicológica y consecuentemente por falta de discernimiento para comprender la gravedad y responsabilidad de sus actos, por tanto, la aceptación de la menor para mantener relaciones sexuales con “su novio”, al ser irrelevante, no implica inexistencia del delito. (Recurso de casación, Resolucion-7311-2012, 2012).

De la resolución citada se tienen entonces que se declara que un menor no tiene un juicio de comprensión sobre la gravedad del acto que está consintiendo, esto por su falta de madurez física y psicológica como lo mencionan los jueces de la sala.

Para terminar el análisis del caso, también se considera importante mencionar lo que en la dogmática penal se considera como “consentimiento presunto” o “consentimiento presuntivo”

El consentimiento se designa presunto si se puede presumir que el titular del derecho, que al momento del acto no se topa en situación de por sí acceder, habría ciertamente consentido de haber estado en condición de hacerlo y se necesita, conjuntamente, efectuar a su respecto una conducta punible, y, la que incluso el agente puede llevar a cabo en interés propio. (Ríos, 2016 , p.18)³².

En este tipo de consentimiento se debe tener en cuenta varias particularidades:

El sujeto pasivo se halla impedido de consentir, ya sea expresa o tácitamente

El autor procede con el convencimiento de beneficiar al titular del bien jurídico vulnerado

El sujeto activo, actúa suponiendo que la víctima ha consentido el acto.

Poniendo un poco derecho comparado cabe apuntar los pronunciamientos que realizan los códigos penales de España e Italia que coinciden en cuanto al bien jurídico protegido de los menores como la libertad e indemnidad sexuales, pero no tratan el tema del consentimiento de la víctima, sino el perdón de ésta, no como un tema de tipicidad, ni siquiera de antijuridicidad, sino referido a la culpabilidad..

De esta forma en las disposiciones comunes de los Códigos Penales de España e Italia se podrá apreciar que en el artículo 191 CP, dichas legislaciones no hacen alusión al consentimiento de la víctima menor de edad, puesto que ello aparece implícito como elemento de tipicidad en los respectivos tipos penales,

³² Ríos, Jaime. (2006) *El Consentimiento en Materia Penal*. Santiago de Chile: Universidad de Talca.

sino que dichos códigos regulan, por un lado un requisito de procedibilidad referido a la posibilidad de establecer denuncia por parte del Ministerio Fiscal, en menores de edad y por otro, el perdón de la persona ofendida o su representante legal (para el caso de los menores), estableciendo ambas legislaciones que dicho perdón no extingue la acción penal, ni tampoco la responsabilidad de esa clase.

Es decir, las legislaciones penales de España e Italia regulan el artificio legal del perdón de la víctima como elemento que ingresa en la culpabilidad y en tal caso habrá de ser apreciada en función de la menor o mayor reprochabilidad que se le pudiera atribuir a la conducta del sujeto comisor y sobre esa base el juzgador habrá de determinar la posible pena a imponer, pero nunca podrá exonerar de pena ante la concurrencia de tal situación pues el perdón de la víctima no afecta la tipicidad.

Por su parte, el código penal alemán no establece en su diseño normativo disposiciones comunes para delitos sexuales, sino que define conceptos tal y como se puede apreciar del artículo 184c definición de conceptos donde se aclaran los conceptos “acciones sexuales” y “acciones sexuales ante otro”.

Lo anterior resulta comprensible con la estructura tipológica que adopta dicho código penal para delitos sexuales, en los que el legislador alemán, según se observa del artículo 176 y siguientes de dicho código, Abuso sexual de niños (menores de 14 años) y posteriormente, menores de 16 años de edad, prefirió regular los comportamientos que debían ser considerados como típicos, sin que resulte dable otra regulación, ni técnica legislativa como no sea definir conceptos jurídicos que forman parte de los tipos penales que el legislador alemán entendió penalizar.

Sin embargo, el Coip de Ecuador siguiendo igual línea legislativa de sus homólogos de España e Italia establece Disposiciones Comunes pero no para regular la figura del perdón de la víctima sino para introducir un elemento referido al “consentimiento de la víctima” que a su vez constituye un elemento normativo de los delitos sexuales, tal y como se aprecia en el tipo penal objeto de estudio, en la modalidad básica del Abuso sexual, artículo 170 Coip: “en contra de la voluntad de otra”.

Tal regulación conduce a confusiones pues el operador del derecho (penalista) ecuatoriano, de un lado tendrá un elemento de la tipicidad objetiva que a su vez deberá ser abarcado por el dolo en la tipicidad subjetiva (conocimiento del hecho -elemento cognitivo- y voluntad de realizarlo -elemento volitivo-) y al propio tiempo, el penalista ecuatoriano tendrá a su alcance unas disposiciones comunes que le obligan a tomar por irrelevante cualquier manifestación de voluntad emitida por la víctima menor de dieciocho años dirigida a ofrecer su consentimiento sobre actos de naturaleza sexual realizados por el sujeto comisario sin penetración.

Es decir, en el Ecuador, un elemento que conforma la tipicidad objetiva en los delitos sexuales: “en contra de la voluntad”, cuando la víctima sea mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad, aparece a su vez regulado en las disposiciones comunes donde se establece el carácter irrelevante del consentimiento ofrecido por la víctima menor de dieciocho años de evidentemente

da lugar a contradicciones en el ámbito de la interpretación de la ley y genera inseguridad jurídica.

Esta dualidad o contradicción entre tipo penal y disposiciones comunes puede ser resuelta mediante el mecanismo de solución propuesto para las antinomias legales, atendiendo la ley de mayor jerarquía, en este caso el tipo penal (ley especial) tiene mayor relevancia frente a las disposiciones comunes (ley general).

Siguiendo esta línea de pensamiento resulta que entonces la solución adoptada por los jueces en el caso objeto de análisis de confirmar el estado de inocencia es correcta independientemente que la solución adoptada no haya sido la correspondiente a los métodos de solución de las antinomias legales, sino el de la falta de tipicidad, lo que a fin de cuentas se corresponde con una solución garantista.

CAPÍTULO III

3.1. Conclusiones

Primero cabe señalar que se ha dado cumplimiento a la comprobación de los objetivos planteados para la ejecución del estudio de caso, esto es, se ha podido determinar si jurídicamente una menor de quince años tiene la capacidad legal para consentir actos de naturaleza sexual.

Se ha llegado a la conclusión de que en los procesos penales en donde exista el consentimiento de la víctima menor de edad, en actos de naturaleza sexual sin penetración existe disparidad de criterios legales, pues por un lado el delito de abuso sexual, en su artículo 170 párrafo segundo del COIP establece una modalidad cualificativa o agravada para la víctima menor de catorce años de edad,

de lo cual resulta que en esos casos el consentimiento que pudiera ofrecer la víctima con tales actos es irrelevante. En cambio, la modalidad básica de dicho delito no establece límite de edad, pero fija un elemento normativo “en contra de la voluntad de otro” que no deja lugar a dudas respecto al consentimiento de la víctima, de lo cual se deduce que si la víctima tiene más de catorce años de edad no se integra el tipo penal si falta el aludido requisito “en contra de la voluntad”.

Lo anterior entra en franca contradicción con lo estipulado en el artículo 175.5 Coip respecto a que el consentimiento de los menores de dieciocho años de edad resulta irrelevante, pues resulta contradictorio que si el tipo penal del artículo 170. 2 Coip establece un límite que fija la edad de catorce años para dejar establecido que en ese caso resulta irrelevante el consentimiento de la víctima (modalidad agravada), mientras que la modalidad básica de dicho delito establece el elemento “en contra de la voluntad de otro”, otra norma legal, de inferior jerarquía como lo es el artículo 175.5 coip que por demás constituye una norma complementaria o disposición común en los delitos sexuales, disponga lo contrario. Evidentemente lo anterior constituye una antinomia legal y en ese caso ha de ser resuelta por los criterios de solución de las antinomias, o sea, la norma de mayor jerarquía que sería el artículo 170, respecto al artículo 175.5, ambos del Coip.

Debe primar en todo caso el principio de tipicidad, como una de las manifestaciones del principio de legalidad en cuanto a la certeza del mandato, lo cual se ve afectado en el caso del artículo 170 Coip, ante la existente simultánea de la disposición común del artículo 175.5 Coip.

Lo que ocurre en el caso objeto de investigación es que la Constitución Política del Ecuador establece como principio general de la sociedad los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador y el libre desarrollo de su personalidad, según lo refrendan los artículos 44, 45 y 46 Constitución, pero estos principios, el legislador ecuatoriano no los desarrolla de manera integral en las leyes ordinarias, ejemplo de ello es el COIP, pues si analizamos el derecho comparado podemos observar que los actos de naturaleza sexual (homosexual) que realiza una maestra sobre una alumna menor mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad, aun siendo consentidos por la menor pudieran ser considerados como actos corruptores, partiendo de la idea de que los menores no poseen toda la capacidad, pero en esos supuestos cabría una tipicidad por corrupción de menores, no siendo este el caso del Ecuador. Por lo que si en la legislación penal del Ecuador se pretende tomar por irrelevante el consentimiento de la víctima menor de dieciocho años de edad, entonces el legislador ecuatoriano haciendo uso de lo establecido en el artículo 132 Constitución debe tipificar tal comportamiento como el antes señalado, pero no procede forzar la tipicidad del abuso sexual para ignorar el elemento normativo que establece el tipo penal del artículo 170 Coip “en contra de la voluntad de otro” pues ello afecta el principio de legalidad.

Tal es la contradicción que a la aplicación del derecho en el Ecuador le impregna el artículo 175.5 Coip cuando establece que el consentimiento de la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante, que de ser así entonces siempre estaríamos ante un delito de violación siempre que se produzca una relación sexual con un menor de dieciocho años de edad, pues si es irrelevante

para el abuso sexual, entonces también es irrelevante para el resto de los delitos sexuales lo cual sería un absurdo y de nada valdría los límites de edades que en cada caso establecen los tipos penales en delito sexuales.

BIBLIOGRAFÍA

Abuso Sexual, 13283-2015-01675 (TRIBUNAL DE GARANTIAS PENALES DE LA CORTE PROVINCIAL DE MANABI 2015).

Argeri, Saúl. (199). Diccionario de Ciencias Jurídicas Sociales. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley, 1999).

Brito Aguirre, Miguel. (2011). Sexo Violento. Loja, Ecuador: Editorial U.N.L.

Buompadre, Jorge. (s/f). abusos sexuales. (en línea). Consultado: (01 de enero de 2018). Disponible en:

http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts._119_a_120_abusos_sexuales.pdf

Corte Nacional De Justicia. (2013). RESOLUCION No. 837 -2013 SALA PENAL.

- De La Cueva, Mario.(2009). El Delito en Sentido Legal. México: Editorial UNAM.
- Donna, Edgardo. (1995). Teoría del delito y de la pena: Imputación Delictiva. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea
- Elabogado.com. (s/f). Los delitos contra la integridad sexual. (en línea). Consultado: (01 de enero de 2018). Disponible en: <http://iabogado.com/guia-legal/delitos-y-faltas/los-delitos-contra-la-libertad-sexual#12050200000000>
- Ferrajoli, Luigi. (2001). Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Madrid, España: Editorial Trotta.
- García Falconí, José. (2003). Manual de práctica procesal constitucional y penal. Quito. Ecuador: Editorial del Editorial Ministerio de justicia.
- García Falconí, Ramiro. (2014). Código Orgánico Integral Penal Comentado. Lima, Peru: Editorial Ara Editores.
- Goldstein, Raúl. (1999). Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Argentina. Editorial Astrea
- Luzón Peña, Diego. (2013). “Curso de Derecho Penal Parte General”. Editorial Universitas S.A.
- Luzón, Diego. (2002). Curso de Derecho Penal Parte General. Madrid, España: Editorial Universitas S.A.
- Merkel, Adolf. (2014). Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires, Argentina: B EDITORIAL B DE F
- Molinier, María. (1998). Diccionario de Uso del Español. Madrid, España: Editorial: GREDOS.

- Párraguez Ruiz, Luis. (2004). Manual de derecho civil Ecuatoriano. Loja, Ecuador: Editorial UTPL
- Peña Cabrera Freyre y otros. (2008). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Lima, Perú: Editorial IDEMSA.
- Pérez Pinzón, Álvaro. (2009). Introducción al Derecho Penal. Bogotá, Colombia: Editorial Temis
- Pierangeli, José. (1998). El Consentimiento del ofendido. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Puma Ríos, Miller. (s/f). “Finalidad Del Derecho Penal”. (en línea). Consultado. (30, diciembre, 2017). Disponible en: <https://millerpumarios.blogspot.com/2012/02/finalidad-del-derecho-penal-del-enemigo.html>
- Quintano, Antonio. (1950). Relevancia del Consentimiento de la Víctima en Materia Penal. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Ríos Arenaldi, Jaime. (2006). El consentimiento en materia penal. Política criminal. (en línea). Consultado: (28, febrero, 2018). Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_6.pdf
- Roxin, Claus. (2007). Derecho Penal, Parte General. Tomo 1. 2da edición. Madrid, España: Editorial Civitas
- Sainz Cantero, José. (1982). “Lecciones de Derecho Penal: Parte General”. 1era edición. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Smirnova Calderón. (2005). Abuso sexual de menores. (en línea). Consultado: (01 de enero de 2018). Disponible en: <https://www.derechoecuador.com/abuso-sexual-de-menores>

UNICEF. (2017). Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos. (en línea). Consultado (28, febrero, 2018). Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/proteccion-AbusoSexual_contra_NNyA-2016.pdf

Zaffaroni, Eugenio. (1987). Tratado de Derecho Penal: Parte General III. . Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.

Anexos

Sentencia física