



Análisis de la prescripción del delito de estupro en relación al referéndum de 2018 en Ecuador frente a la posible vulneración de derechos a los menores de edad

Analysis of the prescription of the crime of rape in relation to the 2018 referendum in Ecuador in the face of the possible violation of the rights of minors

Análise da prescrição do crime de estupro em relação ao referendo de 2018 no Equador diante da possível violação dos direitos dos menores

Sebastian Patricio Poma-Figueroa ^I
sppomaf23@est.ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0001-8318-6688>

Marcelo Alejandro Guerra-Coronel ^{II}
mguerrac@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0001-8526-773X>

Correspondencia: sppomaf23@est.ucacue.edu.ec

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 23 de septiembre de 2022 * **Aceptado:** 18 de octubre de 2022 * **Publicado:** 12 de noviembre de 2022

- I. Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
- II. Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

Resumen

En la presente investigación se ha realizado un análisis de la prescripción del delito de estupro ante el referéndum de 2018 en Ecuador, confrontándolo a la posible vulneración de los derechos de un grupo vulnerable, como lo son los menores de edad. Para lograr este objetivo ha resultado menester la utilización de dos métodos cualitativos, los cuales son: el método analítico-sintético y el método sistémico estructural-funcional, sobre la normativa jurídica ecuatoriana, la doctrina y los tratados internacionales de derechos humanos. La declaración de la voluntad popular es el uno de los mecanismos por el cual, las constituciones rígidas pueden modificarse, sin embargo, la esfera de acción popular suele llegar únicamente hasta la manifestación de esta voluntad a través del voto. La existencia de un conflicto normativo entre los derechos de una persona acusada y los derechos de un grupo de atención prioritaria, se constituyen como un grave problema a resolver por parte del Estado ecuatoriano, recordando que, un conflicto normativo donde existe una probable vulneración de derechos es una verdadera bomba de tiempo, respecto a responsabilidades que posee el Estado frente a sus mandantes. El necesario camino de control constitucional, de la mano con los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos deben ser el eje sobre el cual se llegue a una resolución de este conflicto que puede afectar principios como el interés superior del menor y/o el principio de legalidad, así como también derechos subjetivos, a sabiendas de que el pueblo ha plasmado su voluntad en las urnas.

Palabras Claves: Estupro; Referéndum; Derecho Penal; Conflicto Normativo; Proceso penal.

Abstract

In the present investigation, an analysis of the prescription of the crime of statutory rape has been carried out before the 2018 referendum in Ecuador, confronting it with the possible violation of the rights of a vulnerable group, such as minors. To achieve this objective, it has been necessary to use two qualitative methods, which are: the analytical-synthetic method and the structural-functional systemic method, on Ecuadorian legal regulations, doctrine and international human rights treaties. The declaration of the popular will is one of the mechanisms by which rigid constitutions can be modified, however, the sphere of popular action usually only reaches the manifestation of this will through voting. The existence of a normative conflict between the rights of an accused person and the rights of a priority attention group, constitutes a serious

problem to be solved by the Ecuadorian State, remembering that, a normative conflict where there is a probable violation of rights It is a true time bomb, regarding the responsibilities that the State has towards its constituents. The necessary path of constitutional control, hand in hand with international human rights treaties and conventions, must be the axis on which a resolution of this conflict is reached, which can affect principles such as the best interests of the minor and/or the principle of legality, as well as subjective rights, knowing that the people have expressed their will at the polls.

Keywords: Rape; Referendum; Criminal law; Regulatory Conflict; Criminal process.

Resumo

Na presente investigação, foi realizada uma análise da prescrição do crime de estupro estatutário antes do referendo de 2018 no Equador, confrontando-o com a possível violação dos direitos de um grupo vulnerável, como os menores. Para atingir este objetivo, foi necessário utilizar dois métodos qualitativos, quais sejam: o método analítico-sintético e o método estrutural-funcional sistêmico, sobre as normas jurídicas, doutrina e tratados internacionais de direitos humanos equatorianos. A declaração da vontade popular é um dos mecanismos pelos quais as constituições rígidas podem ser modificadas, porém, a esfera da ação popular geralmente só atinge a manifestação dessa vontade por meio do voto. A existência de um conflito normativo entre os direitos de um acusado e os direitos de um grupo de atenção prioritária, constitui um grave problema a ser resolvido pelo Estado equatoriano, lembrando que, um conflito normativo onde há uma provável violação de direitos. uma verdadeira bomba-relógio, no que diz respeito às responsabilidades que o Estado tem para com os seus constituintes. O caminho necessário do controle constitucional, em consonância com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, deve ser o eixo sobre o qual se alcance a resolução desse conflito, que pode afetar princípios como o do melhor interesse do menor e/ou o princípio da legalidade, bem como direitos subjetivos, sabendo que o povo manifestou sua vontade nas urnas.

Palavras-chave: Estupro; Referendo; Direito Penal; Conflito Regulatório; Processo criminal.

Metodología

Para la investigación expuesta, fueron seleccionados dos métodos que se constituyeron como los pilares fundamentales en la persecución del objetivo planteado, siendo estos métodos parte de un sistema determinado como cualitativo, estos métodos fueron:

Primero, el método “Analítico-Sintético”, siendo elegido bajo la justificación de que, según Espinoza (2020), nos facilita el estudio, la interpretación e incluso la comparación del material de estudio, sean físicos o de bases de datos digitales.

Segundo, el método “Sistémico estructural-funcional”, este método resultó bastante importante en esta investigación debido a que se realizó un análisis del delito de estupro, otorgándole un énfasis especial en la parte procesal desde la perspectiva constitucional y propia del derecho penal.

Lo anteriormente mencionado nos ha llevado a realizar una búsqueda específica dentro de las diversas ramas del derecho, las cuales llegan a actuar como sistemas propios, al tener connotaciones, características y particularidades que son propias de cada área del derecho. Es decir, el método “Sistémico estructural-funcional” fue el encargado de permitirnos visualizar el objeto de estudio, dentro de las relaciones jurídicas que lo integran (Villabela, 2020).

Introducción

La constitución actual, que rige en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en calidad de norma jerárquica superior, ha sido aprobada en democracia por los ciudadanos de nuestra república y se encuentra vigente desde el año 2008, a criterio de Zavala Egas (2010), este texto normativo presenta un catálogo de derechos bastante amplio que benefician a los ciudadanos. Al ser la norma suprema, de derecho, que guía en nuestro territorio nacional, resulta totalmente lógico que en la misma se expresen los aspectos más significativos del contexto jurídico ecuatoriano, mismos que, a su vez, llegan a constituirse como verdaderas piedras angulares de la regulación a la conducta humana con respecto a los demás, dentro de la delimitación geográfica de nuestra república. “La Constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez.” (Ávila, 2008)

Los autores, estudiosos de la materia constitucional, han realizado el análisis correspondiente en lo que respecta a las características de las constituciones de los diversos países de nuestra región, tomando en consideración diversos parámetros para las mismas. Uno de estos parámetros que ha

sido tomado en consideración es el que responde a la facilidad con la que se puede llegar a modificar este texto normativo, tomando en consideración el hecho de son las normas principales de cada país.

A criterio de Ramiro Ávila Santamaría (2011), si bien la Constitución ecuatoriana de 2008 es rígida, y esto llega a ser una garantía de los intereses de los ciudadanos, también presenta un déficit al tener la posibilidad el órgano legislativo, en ciertos casos, de llegar a obtener vía libre para su modificación.

Autores como Zarini, nos expresan que un texto constitucional es flexible cuando para su reforma se debe cumplir únicamente con los requisitos y las características determinadas para la generación, reforma o derogación de una normativa que sea infra constitucional. (2009).

En el caso específico de nuestra legislación, encontramos que la lógica general que se persigue es, si el pueblo, por medio de la democracia es quien aprueba los aspectos generales de la regulación estatal, debe ser el pueblo el que permita a través de un referéndum (en urnas) cierto cambio que afectara a este texto de manera sustancial; por lo que, según lo mencionado, corroboramos que nuestro texto constitucional no es un texto flexible. Para López (2018) una variedad de referéndums para ciertos autores, sin embargo, todos guardan un norte que es el de la ratificación o legitimación de decisiones fundamentales que comprometan a las futuras generaciones.

Con el antecedente expuesto, encontramos que, al ser el referéndum la principal de las vías jurídicas procedentes para la modificación del máximo texto normativo ecuatoriano, este se debe regular en esta propia norma, debido a la naturaleza y el rol que cumple al existir para el Estado.

Con plena y obvia justificación, el artículo 441 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe:

“La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará:

1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Frente a esto, el día 4 de febrero del año 2018 se realizó un referéndum y una consulta popular, dentro del cual, el pueblo ecuatoriano tuvo que expresar su voluntad con respecto a siete aspectos, de los cuales algunos modificarían elementos jurídicos fundamentales en nuestro país, de los elementos mencionados, cinco preguntas pertenecieron a un referéndum y dos preguntas fueron respecto a consulta popular.

Los aspectos consultados al pueblo ecuatoriano tuvieron la aceptación democrática necesaria según el procedimiento establecido para poder realizar los cambios correspondientes que se plantearon. Uno de estos principales cambios se dio en la pregunta número 4, siendo el tema de consulta la prescripción de la acción y de la pena con respecto a los delitos sexuales en contra de menores de edad; a lo cual el pueblo ecuatoriano expresó estar conforme con que se dé paso a la imprescriptibilidad de los mismos.

Si bien los mandantes en acto de declaración de voluntad, ejercido por medio del voto, estuvieron conformes con esta propuesta, su ámbito de ejercicio netamente es correspondido hasta este punto, empero a esto, la normativa específica deslindada de la norma suprema debe adecuarse para mantener la armonía respectiva dentro de la estructura jurídica, algo que recalco una vez más, sale fuera de la facultad que poseen los ciudadanos y le corresponde al órgano legislativo.

El no realizar los cambios dentro de la normativa jurídica ecuatoriana completa puede llegar a generar aspectos que, ante el positivismo del derecho penal, se conviertan en una vulneración de derechos para las posibles víctimas. Sin duda alguna, el positivismo jurídico se ha cristalizado en una corriente que continúa manteniendo una hegemonía dentro del derecho penal, viéndose reflejado en el ámbito sancionatorio de las penas y principalmente en la rigidez de la normativa procesal. (Matus, 2007).

Los principios del derecho penal son regulados en el texto constitucional, esto debido a que, se busca evitar la vulneración arbitraria de derechos en contra de las personas por simple capricho o a causa de un proceso totalmente injusto. La existencia de dos normativas que plantean intenciones que se contraponen y poseen el mismo grado de jerarquía nos traslada a un conflicto el cual estará fuera de un simple conflicto jurídico de normas, debido a que, de cualquiera de los dos caminos se pudiera generar una vulneración de derechos.

Desarrollo

Garantías constitucionales

Si nos centramos en este apartado a expresar lo relativo al ámbito constitucional, entenderemos a este texto como la máxima declaración de la voluntad del pueblo. Y siendo razonables, esta es la norma capaz de definir los aspectos concretos en relación a la política del estado que la adopta.

Por lo mencionado, es clara la importancia que posee este texto normativo en relación a una sociedad, pero también es necesario realizar el análisis correspondiente, con respecto a que el mismo viene a convertirse en una fuente de principios, fundamentos, mecanismos, etc. Capaces de conducir al Estado, acorde a la voluntad democráticamente establecida en su aprobación.

En nuestro actual texto constitucional, nos encontraremos con la existencia de diversas garantías, las cuales son: Garantías Normativas, Jurisdiccionales y de Políticas Públicas. Cada una de estas mentadas garantías, al formar parte del ordenamiento jurídico, constituye la certeza de que la voluntad expresada va a cumplirse de la manera más eficaz.

Para el caso concreto, que respecta al tema general de este texto, es necesario que situemos especial énfasis en las garantías normativas. Las mencionadas garantías normativas apelan de forma total a la Constitución y a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que poseemos en nuestro país, es decir, estas garantías llegan a ser a la vez una limitante para el poder legislativo, el cual obviamente se halla supeditado a las normas supremas que rigen nuestro Estado.

La mencionada limitación se encuentra netamente plasmada a las personas que pudieren ejercer la facultad de legislar o dictaminar actos normativos en el territorio nacional. “Cuando la Constitución hace referencia a los órganos con “potestad” no cabe duda que los más notorios destinatarios de la obligación de las garantías normativas son el Parlamento o Asamblea Legislativa y el presidente de la república” (Ávila, 2012). La Constitución como límite a esta facultad, promete la mencionada garantía al evitar la generación de normas que atenten en contra de los derechos, obligaciones y el modelo político preestablecido por el pueblo y por instrumentos internacionales de derechos humanos. Las mencionadas garantías normativas no solo son un límite a la generación de normas sin congruencia legislativa, son también mecanismos preventivos para evitar vulneraciones de derechos constitucionales y humanos.

Por tanto, una modificación a un aspecto específico de la Constitución, tendrá evidentemente una repercusión en el resto de la normativa que conforma todo el sistema jurídico, ya que, caso contrario, se estaría dando una inconstitucionalidad y vulneración a los derechos establecidos.

El principio de legalidad en materia penal plasmado en la constitución de la república del Ecuador

El derecho penal es una rama del derecho muy delicada por los derechos de las personas que llegan a implicar. La privación de la libertad, determinación de responsabilidades, restricción de derechos políticos, entre otros son las consecuencias que se pueden deslindar de un proceso penal que termine siendo desfavorable para una persona que se encuentre en calidad del victimario.

Al igual que muchas otras ramas del derecho, sus principios fundamentales, de los cuales se han conformado las raíces de la normativa inferior, se han plasmado en la Constitución, con la finalidad de que estos derechos guarden una coherencia del sentido que persigue la sociedad.

En este caso en concreto, al hablar sobre el derecho penal, encontraremos que no es la excepción, principios como: la presunción de inocencia, el principio de legalidad, el principio de no ser juzgados por un mismo hecho dos veces, son principios que se han plasmado en el texto normativo jerárquico superior.

Al referirnos sobre el principio de legalidad, lo podremos ubicar en el artículo 76, numeral 3 de la Constitución de 2008, este expresa:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Como evidenciamos, este texto manifiesta el impedimento de un juzgamiento o sanción penal, administrativa o de cualquier naturaleza, si no se encuentra tipificado de manera clara con anterioridad al hecho presuntamente punible en la ley.

La Corte Constitucional en el año 2013, dentro del proceso 047-13-SCN-CC, ha llegado a desarrollar el concepto del principio de legalidad, haciendo un análisis muy claro en el cual manifiesta que el derecho penal mantiene un sistema positivo por la necesidad de la protección de derechos individuales.

Así también, indica que, “los tipos penales que elabora el legislador, sean claros, expresos y concisos” (Consulta de Constitucionalidad de la Norma Art. 576,577 y 578 del Código Orgánico Integral Penal, 2013); indicando que las conductas no podrán ser vagas, confusas o propensas a

ser equivocadas; determinando y haciendo alusión al principio de máxima taxatividad, el cual indica que cualquier conducta y su juzgamiento debe realizarse con la mayor precisión, en lo que a técnica legislativa se refiere.

El delito de estupro en el código orgánico integral penal

El delito de estupro lo encontramos plasmado en el artículo 167 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), dentro de la sección cuarta, siendo uno de los tipos penales que atentan en contra de la integridad sexual y reproductiva. Este artículo nos expresa que:

“La persona mayor de dieciocho años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, mayor de catorce y menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.” (Asamblea Nacional, 2014)

El tipo penal determinado anteriormente es claro al mostrarnos que, la única calidad que debe cumplir el sujeto activo, es tener más de los diez y ocho años que establece la normativa de nuestro país como mayoría de edad. Con respecto al sujeto pasivo, la normativa nos entrega un condicionante, de igual forma como en el sujeto activo en lo que respecta a la edad, teniendo que encontrarse la persona natural entre los catorce y los diez y ocho años de edad.

La normativa penal con respecto a este delito, pudiere sonar un poco absurda al establecer dentro de este tipo penal que, para considerar como delito, la existencia de relaciones sexuales entre el sujeto activo y el sujeto pasivo establecidos, se debe recurrir al engaño. Empero a esto, es la propia legislación penal, en lo que respecta a las disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, manifiesta que, “En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante” (Asamblea Nacional, 2014)

Por lo ya mencionado en el párrafo anterior, entendemos que este tipo penal no requiere ni siquiera recurrir al engaño de una manera realista, tal y como se ha plasmado de manera textual en el anteriormente citado artículo 167 del COIP, esto se debe a que siempre se llegará a configurar el delito.

La doctrina, con respecto al mencionado consentimiento, expresa un mismo criterio en el cual se manifiesta que el sujeto pasivo siempre gozará de un desconocimiento y por tanto el engaño será inminentemente necesario para la existencia de relaciones sexuales. “Se afirma que ‘comete delito de atentado al pudor, el que, sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con el consentimiento de esta última’” (énfasis añadido) (Rodríguez, 2012).

Para finalizar este apartado, una vez expresado lo correspondiente al derecho subjetivo, es necesario que analicemos también la parte adjetiva del mismo. En nuestra legislación, la existencia de dos tipos de delitos (clasificados según el ejercicio de la acción penal) puede ser pública o privada.

Ejercicio de la acción penal

Los delitos de acción pública, son la mayoría de los que podemos encontrar en el Código Orgánico Integral Penal; por lo que, comprendemos que existen solo ciertos delitos que corresponderán a la mentada como acción penal privada, siendo el tipo penal de estupro uno de los cinco delitos considerados en esta parte adjetiva del derecho penal ecuatoriano.

Los delitos de acción penal privada son relativamente pocos como se mencionó, estos han sido establecidos en el artículo 415 del Código Orgánico Integral Penal y son: estupro, lesiones de hasta 30 días de incapacidad o enfermedad (excepto los casos de violencia contra el núcleo familiar o la mujer), delitos contra la fauna urbana, calumnia y usurpación. (Asamblea Nacional, 2014).

Para comprender el fondo del presente texto, es necesario resaltar en esta sección los aspectos más relevantes del ejercicio de la acción penal privada. Por lo cual, comenzaremos expresando que, la titularidad del ejercicio de la acción penal, en la mayoría de casos la posee fiscalía y solo basta la noticia críminis para comenzar la investigación respectiva, sobre el delito cometido (esto para los delitos determinados como de acción penal pública). Lo mencionado es muy distinto en lo que corresponde a los delitos de acción penal privada, debido a que, en este caso, la titularidad y el ejercicio de la acción penal corresponde netamente a las personas que se creyeran víctimas, siendo el procedimiento correspondiente la querrela.

El hecho de establecer la carga de la titularidad y el ejercicio de la acción penal a los particulares, elimina la responsabilidad de Fiscalía General del Estado (órgano de investigación criminal de Ecuador) y genera que sea la presunta víctima quien tenga una facultad de determinar si posee la intención de iniciar un proceso por el hecho que se creyere afectada. Es decir, se pudiere establecer que, el primer paso para el ejercicio de la acción penal privada es la voluntad de perseguir el hecho del cual el sujeto pasivo se creyera afectado, según le faculte la normativa penal.

Al centrarnos en la acción penal privada, veremos que, tal y como sucede con la acción penal pública, se establecen aspectos de regulación temporal dentro de los procesos, para cada etapa que se lleva a cabo. En una breve lectura, por la consideración que poseen los delitos de acción penal privada, notaremos que para los mismos existen tiempos muy cortos y determinados, así como también disposiciones específicas para que puedan ser considerados en el ejercicio de la acción, que en este caso corresponde a la presunta víctima.

Dentro de esta normativa adjetiva, para los delitos de acción penal privada, uno de los más claros ejemplos y que nos compete traer a colación es el tiempo. El artículo 417 del COIP nos da una resolución totalmente expresa sobre estos delitos, misma que menciona la prescripción de los delitos de acción penal privada una vez hayan transcurrido seis meses desde la comisión del mismo o cuando hubiere transcurrido dos años a partir de la citación de la querrela.

Aunque resulta bastante claro, en oficio 1101-P-CNJ-2018, la Corte Nacional de Justicia expresa que los seis meses únicamente cuentan para accionar la querrela, sin embargo, en caso de haber iniciado el proceso de querrela y haber puesto en conocimiento a la parte accionada, la prescripción se realizará en cuanto hubieran transcurrido los dos años expuestos en la normativa penal.

Punto de inflexión

Ante los apartados anteriormente establecidos notaremos que surge un problema normativo, esto frente a la intención popular de establecer la imprescriptibilidad de los delitos de naturaleza sexual, cometidos en contra de las personas menores de edad; por medio del referéndum correspondiente al 4 de febrero de 2018 y los principios del derecho penal.

Como se expresó, el referéndum es contemplado por el propio texto constitucional como uno de los mecanismos que permite la modificación este mentado texto normativo. Sin embargo, ante el referéndum en cuestión, podemos encontrar que el mismo pierde parcialmente la naturaleza de su creación a partir de la pregunta 4, ya que, si el mismo nace con la intención de modificar la Constitución, el proceso posterior a su aprobación vendría a ser la eminente aplicación de la voluntad soberana, esto tal y como si existiera una nueva norma suprema y sus garantías normativas debieran ejecutarse eficazmente.

Para comprender mejor este conflicto se debe tomar como punto de partida el establecimiento de ciertas acciones imprescriptibles en el área penal, plasmadas en primer lugar en la Constitución,

debido a la propia relevancia que presenta para esta área del sistema jurídico e incluso el conocimiento necesario de la ciudadanía, como un posible reflejo de las graves consecuencias que pudieran conllevar para la misma. Sin embargo, el resultado obtenido de este proceso popular, jamás ha sido plasmado en la misma.

La reforma que genera este referéndum, únicamente se ve plasmada en el artículo 16 del Código Orgánico Integral Penal, el cual, antes de la reforma establecía en su numeral 4

“Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena.” (Asamblea Nacional, 2014).

Posterior a la reforma se agregó “[...] enriquecimiento ilícito, las acciones legales por daños ambientales; y, los delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes, son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena.” (Énfasis añadido) (Asamblea Nacional, 2014).

En este punto, poseemos normas de carácter constitucional, las cuales, han sido destinadas a la protección (garantías procesales), con la intención de evitar vulneraciones de derechos, a través de arbitrariedades. El no contemplar de manera clara la imprescriptibilidad de cualquier delito, tal y como lo señala la Corte Constitucional al indicar que deben ser “claros, expresos y concisos” (2013) nos lleva a recordar la inminente inclinación de la balanza penal en favor del acusado.

Un conjunto de derechos se ha plasmado como garantías procesales que emergen desde la Constitución para proteger a la persona que fuese vinculada a un proceso penal en calidad de acusada, a fin de evitar sanciones injustas. En el numeral 5 del artículo 76 de nuestra norma suprema se ha establecido, dentro de las mencionadas garantías del debido proceso:

"En caso de conflictos entre dos leyes de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se aplicará con el sentido más favorable a la persona infractora" (Asamblea Constituyente, 2008).

Si bien el derecho busca regular el futuro, en el caso del derecho penal vemos como la irretroactividad puede llegar a omitirse en caso de que beneficiara a una persona que ha cometido un acto punible anteriormente. En un mismo sentido proteccionista, aunque la duda sea subjetiva es un estado que se debe romper en el juzgador, lo cual, a pesar de parecer subjetivo, debe

apegarse a la norma. Y de igual manera, evidenciamos una obligación para juzgarle con la pena más leve a la persona procesada (Pozo, 2015).

Para el delito de estupro, en el supuesto de la transición de un periodo de seis meses como manifiesta la ley (desde la comisión del delito), entenderíamos que la pena que puede darse a la persona que se ha acusado no existe, esto a la pérdida de la facultad para accionar mediante la querrela según el procedimiento penal claramente expresado. La existencia de argumentos constitucionales relativos a la necesidad del establecimiento del derecho penal de manera clara, enlazados al principio de legalidad son bases totalmente fuertes para la procedibilidad de la prescripción.

En lo que respecta a la parte querellante, tenemos una persona probablemente muy afectada, recordando que esta persona, según el análisis del tipo penal, llega a ser parte de los grupos de atención prioritaria, siendo una persona menor de edad la cual se estaría vulnerando sus derechos y estaría perdiendo la eficacia de los beneficios de un referéndum realizado.

Control concreto y abstracto de constitucionalidad

La existencia de una normativa específica que vaya de la mano con los fines de la constitución, es como tal la ejecución de una garantía, esto debiéndose a que una norma subjetiva jamás podrá llegar a mirar una luz de eficacia si llegara a omitirse la creación de una norma adjetiva que le permita desarrollarse de la manera que se ha pretendido en su creación.

El control concreto de constitucionalidad lo encontramos cristalizado en el artículo 428 de la Constitución de la República, en este texto se manifiesta:

“Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.” (Asamblea Constituyente, 2008).

En este escenario vemos como la carga de la obligación respecto a solicitar un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, le corresponde al juzgador ante una iniciativa propia o una petición que le realizara cualquiera de las partes que posean interés en su resolución. Es necesario

recaltar que, a pesar de lo mencionado, respecto al interés de cualquiera de las partes, esto se termina convirtiendo en algo discrecional para el juzgador.

Así también, se evidencia que solo la Corte Constitucional es la única que puede realizar este control de constitucionalidad y no como sucedía anteriormente, que el juez dejaría por iniciativa propia de aplicar preceptos contrarios a la Constitución. (Benavides, 2020).

La propia Corte Constitucional en resolución 001-13-SCN-CC nos da un acercamiento a los contenidos obligatorios que debe remitir el juzgador a esta corte, siendo necesario, además de la determinación de la norma, la fundamentación por la cual se presume la existencia de ser contraria a la normatica constitucional.

En lo que respecta al control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional en resolución 018-15-SIN-CC, manifiesta que en este tipo de control se realiza un análisis sin considerar la identidad subjetiva del proceso, utilizando netamente las normativas que se creería se llegan a contraponer a la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

El artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional nos manifiesta la finalidad del control abstracto, siendo esta:

“El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.” (Asamblea Nacional, 2009)

En la misma resolución, la corte dictamina que el análisis y el control de constitucionalidad abstracto no recaba unicamente en el fondo de una normativa, sino que, comprende a la misma, como una norma que posee aspectos de forma que pueden llegar a oponerse a la norma suprema, refiriéndose a la manera en la cual surgió la norma en cuestión.

Para Huerta (2003) es necesario recalcar que el control abstracto de constitucionalidad unicamente juzga normas que poseen fuerza de generar consecuencias jurídicas, sin que se de un caso en concreto, siendo un ejemplo claro de esta aplicación las acciones de inconstitucionalidad de norma.

Como se mencionó anteriormente, la Corte Constitucional es quien ostenta el monopolio del análisis, sea presentado mediante la figura del control concreto o la del control abstracto de constitucionalidad, por lo que, esta potestad está concentrada en este órgano.

Normativa internacional de derechos humanos

En el proceso correspondiente al matrimonio igualitario en el caso ecuatoriano, pudimos aprender una gran lección respecto a la normativa internacional de Derechos Humanos, misma que, debe ser considerada para la resolución de futuros símiles.

A pesar de la existencia de una tensión entre la determinación de una Constitución rígida y la existencia de un sistema proteccionista abierto de Derechos Humanos, coexistentes en la norma suprema de los ecuatorianos, se puede llegar a una solución determinada, dependiendo desde el punto de vista que se le otorgue al proceso en concreto. (Benavidez, 2020)

En el proceso del matrimonio igualitario podemos realizar un análisis en lo referente al control concreto de constitucionalidad que existió, en donde, por la opinión consultiva OC-24/17, la corte consideró la existencia de la necesidad de modificar el ordenamiento jurídico, mencionando que:

“la Corte, en los casos en que ha considerado que alguna norma o acto del Estado de que se trate es violatorio de lo prescrito en la Convención, no ha señalado que ella tiene, en la esfera nacional, preeminencia sobre lo dispuesto en ordenamiento jurídico interamericano, sino que ha ordenado que el Estado debe “dejar sin efecto” el respectivo acto violatorio de la misma” (IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO, 2017).

Centrándonos en el caso concreto relativo a los menores de edad, sabemos que existen factores normativos que propenden a la protección de los derechos de los menores. La propia Constitución, reconoce a este grupo de la población como parte del sector vulnerable de los ciudadanos y, por tanto, existen elementos generados en pro de una igualdad formal y material dentro de la sociedad ecuatoriana. Así mismo, Ecuador forma parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, dentro del cual, se busca otorgar una prioridad a los menores de edad para que se pueda dar el goce pleno de derechos establecido en la Constitución y en esta Convención.

Si bien esta Convención sobre los Derechos del Niño, es relativamente actual, el principio fundamental denominado como el interés superior del menor es un principio que se ha plasmado desde hace muchos años atrás (Convencionalmente hablando). Este principio lo podemos encontrar históricamente en la Declaración de los Derechos del Niño, correspondiente al año de 1959 y también en la Convención sobre la Eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer; estos por solo mencionar algunos de las normativas externas que propenden a la protección de este sector vulnerable. (Ballasté, 2012).

Como es de conocimiento público, las convenciones no son por sí mismo una garantía de cumplimiento, sino solo la parte adjetiva del derecho, frente a esto, se generó un Comité respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta convención ha desarrollado el concepto triple respecto a la esfera de alcance de lo que conlleva el interés superior del niño, manifestando la existencia de: 1) Un principio jurídico, 2) Un derecho sustantivo y 3) Una norma de procedimiento.

Relativo al principio jurídico se ha determinado que, ante la existencia de disposiciones jurídicas que admitas varias interpretaciones, se deberá propender a un apego que resuelva la interpretación de la manera más efectiva, precautelando el interés superior del menor o de los menores.

Es evidente que, la existencia de normativa internacional reconocida por la estructura jurídica ecuatoriana es amplia en lo respecto a los derechos de los menores. Es necesario finalizar mencionando que, varias de ellas se han extendido al abordaje de temas relativos a la protección de la integridad sexual y reproductiva, así como la progresividad de estos derechos, por lo que, en varios países, ciertos tipos penales se han modificado y se han fortalecido políticas orientadas a la protección y desarrollo.

Discusión y conclusiones

Las constituciones rígidas, tal y como sucede en el caso ecuatoriano, tiene solo ciertos mecanismos por los cuales se pueden modificar. Como se explicó anteriormente, el criterio sustento de aquello proviene del pueblo, quienes son los encargados de darle el verdadero poder por el cual se origina la misma.

Apegándonos a la teoría de Rousseau, el Estado es el órgano que se forma por un acuerdo de voluntades, en el cual, se propende a la estabilidad para el común desarrollo, bajo el precio de una sesión de voluntades populares para otorgarle verdadera legitimidad.

Ante la creación de una normativa gobernante en la arquitectura jurídica ecuatoriana aprobada por voluntad popular, resulta lógico que el pueblo desee ser consultado para la aprobación de cualquier modificación que pudiera afectarle a futuro.

Al hablar sobre la Constitución actual de nuestro país encontramos que la misma presenta un abanico bastante amplio de derechos, al reconocer no solo los derechos que comúnmente los conocemos como derechos fundamentales, sino que, por su estructura, el reconocimiento de

tratados internacionales como si fueran derechos fundamentales, la vuelve una constitución bastante amplia en cuestión de derechos y de garantías.

Sin duda alguna, de nada sirve un derecho meramente subjetivo si su eficacia no va a estar respaldado por un camino que oriente a su cumplimiento y peor aún, si el mismo no presenta una serie de garantías que le permitan desarrollarse en el entorno que se pretende.

En el texto jerárquico superior ecuatoriano, se han plasmado una serie de garantías que permitirían resolver la mayoría de conflictos relativos a derechos fundamentales y humanos de una manera muy amena, sin embargo, entre lo plasmado y la eficacia de aquello, resulta existir una diferencia abismal.

Basta con cuestionarnos el motivo por el cual, en la Constitución de la República se han establecido los delitos consideramos como imprescriptibles (artículo 80) y, a pesar de esto, posterior al referéndum del año 2018, no se agregó a la misma los delitos sexuales en contra de los menores de edad, sino solo se modificó la normativa penal respecto al establecimiento de los delitos imprescriptibles. Si bien lo realizado no contraviene las disposiciones jurídicas, por motivos de eficacia y lógica, resultaría hasta obvia la modificación para brindarle la categoría adecuada a estas disposiciones.

Ante los propios criterios emitidos por el órgano que es considerado como el guardián de la Constitución ecuatoriana (Corte Constitucional), el intento de aplicación de imprescriptibilidad de este delito, bajo condiciones determinadas para la prescripción de los delitos que proceden vía querrela, estaría vulnerando el principio de legalidad (el cual sí ostenta su manifestación constitucional) por la falta de previsión respecto a que la norma subjetiva y adjetiva debe ser clara, expresa y concisa.

Si bien la carga de responsabilidad de aplicación de este criterio parecería afectar únicamente al Estado por su falta de compromiso legislativo en varias de sus estructuras, debemos recordar también que, en el proceso de querrela existe una parte que acciona la misma y que esta parte representa a un grupo de atención prioritario el cual se cree afectado, siendo este dejando al desamparo de la celeridad procesal, justicia, etc.

Si bien el control concreto como el control abstracto de constitucionalidad parecen ser una vía eficaz para la resolución de este inconveniente jurídico, en la praxis, resultaría bastante tedioso, a pesar de la presunta celeridad de los procesos, tener que remitirse al órgano principal que

garantiza el cumplimiento de la Constitución, a través de un procedimiento legal, para resolver esto.

Los argumentos para la protección de menores de edad han sido evidenciados a través de los diversos tratados y convenios reconocidos por parte del Estado ecuatoriano. Sin embargo, en este caso parece ser que se ha dejado de lado los mismos al no buscar de manera eficiente la protección de derechos de los menores de edad, tal y como lo ordenan las normas, protocolos y disposiciones internacionales, a las cuales el Estado se ha acogido de manera voluntaria por el principio Pro Homine.

Se puede criticar el hecho de que, algunos países como Colombia, dentro de su ordenamiento jurídico han dejado de lado delitos como el estupro debido al desarrollo sexual garantizado a los menores de edad. Sin embargo, la decisión popular del pueblo ecuatoriano no versa sobre la existencia o no de estos delitos, por el contrario, la decisión del pueblo es respecto a la imprescriptibilidad del mismo, manifestándose en total favor de la subsistencia de esta.

Ante lo expresado, se cree necesario recomendar la ejecución del control constitucional abstracto, debido a que en este no se analiza un caso en concreto, sino que, por el contrario, se analiza la normativa a fin de evitar estas situaciones que conlleven al conflicto normativo en proceso, el cual pudiera dejar de lado a las presuntas víctimas que han ejercido su acción.

Resulta bastante evidente que, la Constitución de la República del Ecuador, nos garantiza la existencia de igualdad jerárquica entre los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y los derechos fundamentales, privilegiando siempre el más beneficioso para las personas que regula.

Como se ha evidenciado anteriormente, existen pronunciamientos que apoyarían totalmente a la permanencia de la imprescriptibilidad perseguida y a su vez, a la resolución de este conflicto, siendo uno de ellos los expresados en la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta pretende una verdadera eficacia de derechos al notificar a los Estados parte que los mismos deben modificar sus ordenamientos jurídicos, de ser necesario, ante la existencia de pronunciamientos que fueren obligatorios cumplir para los mismos sin la necesidad de acudir a la corte de manera particular, buscando precautelar un atropello a los derechos de los ciudadanos.

Al ser parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en su norma suprema, el control de esto corresponde a la Corte Constitucional por ser considerado como el guardián de la Constitución en

este Estado. Siendo el procedimiento a seguirse, los “camino” de control establecidos que, como ya se han establecido a manera de recomendación, el adecuado correspondería a un control abstracto de constitucionalidad. Este mecanismo de control permitiría evitar la mencionada vulneración de derechos que nos explica la Corte Interamericana de Derechos Humanos, gracias a una aplicación directa que evitaría un tedioso y largo conflicto, perjudicial a la voluntad popular.

Referencias

1. Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito.
2. Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Asamblea Nacional.
3. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Asamblea Nacional Constituyente.
4. Ballesté, I. R. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio siglo XXI*, 30(2), 89-108.
5. Benavides Ordóñez, J., & Escudero Soliz, J. (2020). Control concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador. *Revista Derecho del Estado*, (47), 145-175.
6. Benavides Ordoñez, J (2018). “Los Procedimientos De Reforma En Algunas Constituciones de América Latina. Un Estudio Normativo Con Particular Énfasis En La Constitución Ecuatoriana de 2008” *Estudios Constitucionales* vol.16 no.1 (Junio 2018): p. 43, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000100039>.
7. Control Abstracto de Constitucionalidad, 018-15-SIN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 26 de Junio de 2015).
8. Control Concreto de Constitucionalidad, 001-13-SCN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 08 de febrero de 2013).
9. Espinoza Freire, Eudaldo Enrique. (2020). La investigación formativa. Una reflexión teórica. *Conrado*, 16(74), 45-53. Epub 02 de junio de 2020. Recuperado en 27 de mayo de 2022, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-86442020000300045&lng=es&tlng=es.

10. Guastini, R. (2005). Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica. *Isonomía*, (22), 223-228.
11. Huerta Ochoa, C. (2003). La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 36(108), 927-950.
12. IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO, OC-24/17. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de Noviembre de 2017).
13. López, C. G. (2018). La utilidad del referéndum como acicate y contrapeso en las democracias representativas. *Revista de estudios políticos*, (181), 135-165.
14. Matus Acuña, J. P. (2007). El Positivismo en el Derecho Penal chileno: análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente. *Revista de derecho (Valdivia)*, 20(1), 175-203.
15. Naciones Unidas (1989). Convención sobre los Derechos del Niño.
16. Pozo Cabrera, E. (2015). *Derecho Procesal Constitucional*. Cuenca: EDÚNICA.
17. Ramiro Ávila Santamaría, Los derechos y sus garantías: ensayos críticos (Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 2012) pp.188-189.
18. Ramiro Ávila Santamaría, El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008 (Quito: Abya Yala,2011), 111.
19. Rodríguez Jiménez, Sonia. La sustracción internacional de menores por sus propios padres: Su destipificación en México. (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM,2012),154.
20. Rousseau, J. (1762). El Contrato Social. Ámsterdam: Marc-Michel Rey.
21. Villabela, C. (2020). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. En E. Cáceres Nieto, *Metodologías: enseñanza e investigación jurídica* (págs. 161-177). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
22. Zarini, H. (2009). Derecho Constitucional. Buenos Aires : Astrea.
23. Zavala Egas, J. (2010). *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales*. Guayaquil: Edilex SA.

© 2022 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).