



EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO

[Proxenetismo y Prostitución de Menores]

[En la legislación penal ecuatoriana hemos asistido a la factura de curiosas reformas hechas al golpe de circunstancias más o menos infelices, pero que, en el fondo, responden a los intereses de ciertos grupos dominantes y a la fanfarria publicitaria, para esconder los reales contenidos de los problemas o conductas que se pretenden regular y penalizar .]

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	p. 5
CAPITULO I	
FUNDAMENTOS TECNICO-JURIDICOS Y DOCTRINARIOS DE LA TIPICIDAD	
1.1. ÁMBITOS CONCEPTUALES DEL TIPO PENAL Y DEFINICIONES	
1.1.1. DEL CONCEPTO DE CONDUCTA JURÍDICA A LA DETERMINACIÓN DEL TIPO PENAL	p. 10
1.1.2. CONCEPTUALIZACIÓN Y DEFINICIONES DEL TIPO PENAL	p. 16
1.2. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES E IMPORTANCIA DE ELLA	p. 25
1.2.1. TIPO QUE DESCRIBE EL ACTO EN SI.	p. 25
1.2.2. TIPO REFERIDO AL SUJETO ACTIVO	p. 25
1.2.3. TIPO REFERIDO AL SUJETO PASIVO.	p. 26
1.2.4. TIPO REFERIDO AL OBJETO MATERIAL	p. 26
1.2.5. TIPO REFERIDO AL TIEMPO, LA OCASIÓN O EL LUGAR:	p. 27
1.2.6. TIPO REFERIDO A LOS MEDIOS EMPLEADOS PARA LA COMISIÓN DEL ILÍCITO.	p. 27
1.2.7. TIPO REFERIDO A CIERTOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL SUJETO QUE COMETE EL ACTO TÍPICO.	p. 28
1.2.8. TIPO REFERIDO A CIERTOS ELEMENTOS ÉTICO-CULTURALES.	

- 1.2.9. TIPO REFERIDO A CIERTOS PRE-REQUISITOS.
p. 29
- 1.2.10. TIPO REFERIDO A DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.
p. 30
- 1.2.11. OTRAS MODALIDADES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LOS TIPOS PENALES.
p. 30
- 1.3. DIFERENCIAS DE FUNDAMENTO JURÍDICO ENTRE LA TIPICIDAD Y LA ANTIJURIDICIDAD
p. 31
 - 1.3.1. ACERCA DE LA TIPICIDAD.
p. 32
 - 1.3.2. ESTUDIO DE LA ANTIJURIDICIDAD.
p. 34
- 1.4. LOS BIENES E INTERESES JURÍDICOS TUTELADOS POR EL ORDENAMIENTO PENAL
p. 38

CAPITULO II

LA VULNERABILIDAD DE LOS MENORES TUTELADA CONSTITUCIONALMENTE

- 2.1. FORMULACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA SOBRE LO QUE CONSTITUYE UN GRUPO VULNERABLE
 - 2.1.1. EL CONTEXTO JURÍDICO MATERIAL
p. 44
 - 2.1.2. RELACIÓN DEL MENOR CON LA FORMACIÓN JURÍDICO SOCIAL EN QUE VIVE
p. 49
 - 2.1.3. DEFINICIONES Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA VULNERABILIDAD DEL MENOR
p. 52

- 2.2. LOS DERECHOS HUMANOS ESPECIALES DEL MENOR GARANTIZADOS CONSTITUCIONALMENTE
 - 2.2.1. LOS DERECHOS HUMANOS p. 54
 - 2.2.2. LINEAMIENTOS GENERALES DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL MENOR GARANTIZADOS CONSTITUCIONALMENTE p. 56
- 2.3. LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES DE ECUADOR ASUMIDOS EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO p. 59
- 2.4. PRINCIPIOS Y DERECHOS PROTECTIVOS ESPECIALES, PARA EL MENOR QUE FORMAN PARTE DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL p. 62

CAPITULO III

ALCANCE JURIDICO-SISTEMATICO DEL CAPITULO III, TITULO VIII, LIBRO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PENAL

- 3.1. LOS CAMBIOS DE DENOMINACIÓN DEL TITULO VIII, CAPITULO III, LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO PENAL
 - 3.1.1. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA "CORRUPCIÓN DE MENORES" p. 68
 - 3.1.2. EL PROXENETISMO COMO UNA SIMPLE ESPECIE, EN EL ÁMBITO JURÍDICO DE LA "CORRUPCIÓN" p. 77
 - 3.1.3. LA MANIPULACIÓN JURÍDICO-CONCEPTUAL DE LOS CAMBIOS OPERADOS EN LA DENOMINACIÓN DEL TITULO VIII, CAPITULO III, LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO PENAL p. 85
- 3.2. LA ARGUCIA JURÍDICA EN LA UTILIZACIÓN DEL TERMINO "PERSONA", EN EL PRIMER ARTICULO INNUMERADO DESPUÉS DEL 520 DEL CÓDIGO PENAL p. 92

EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES
EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO

- 3.3. GARANTÍAS JURÍDICAS PARA PROMOVER EL PROXENETISMO Y LA
PROSTITUCIÓN A LOS "ENCARGADOS DE LAS CASAS DE
TOLERANCIA" p. 98
- 3.4. EL FALSO MORALISMO DE LOS "AGRAVANTES" ESTABLECIDOS EN EL
SEGUNDO ARTICULO INNUMERADO DESPUÉS DEL 520 DEL
CÓDIGO PENAL
- 3.4.1. ACLARACIÓN NECESARIA p. 108
- 3.4.2. REALIDADES ASIMILABLES AL ESTADO DE NECESIDAD QUE
CONFRONTA LA POBLACIÓN ECUATORIANA p. 112
- 3.4.3. RESPUESTA DE LA LEGISLACIÓN PENAL AL ESTADO DE
NECESIDAD p. 114

CAPITULO IV

PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

- 4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS p. 116
- 4.2. PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL p. 118
- CONCLUSIONES p. 121
- RECOMENDACIONES p. 130
- BIBLIOGRAFÍA p. 132

INTRODUCCIÓN

En la legislación penal ecuatoriana hemos asistido a la factura de curiosas reformas hechas al golpe de circunstancias más o menos infelices, pero que, en el fondo, responden a los intereses de ciertos grupos dominantes y a la fanfarria publicitaria, para esconder los reales contenidos de los problemas o conductas que se pretenden regular y penalizar.

Por las razones expuestas es que tenemos, como Código Penal, un cuerpo jurídico que, en términos generales es in-forme, asistemático y sin reglas concretas que se ajusten a principios regulares o, al menos, semejantes. De allí que el ilustre y reconocido tratadista de Derecho Penal, el Dr. Luis Jiménez de Asúa dijera de nuestro Código Penal lo siguiente:

"En el vigente Código Penal del Ecuador, la copia del precepto italiano ha sido sólo a medias... A nuestro juicio, se trata de una de esas redacciones que pretende ser práctica y que por ello huye de toda afiliación teórica, aunque más bien se adscribe a una vacilante causalidad adecuada." ¹

En concreto, la penalidad de nuestro país se adscribe a un amontonamiento de reales o supuestas conductas que se penalizan y despenalizan, se agravan o se atenúan al golpe de las circunstancias de orden político y del escándalo que se

¹. JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T. I, Ed Lozada, Buenos Aires, 1976, p. 679

puede armar a través del "periodismo de crónica roja".

Pero, en lo que tiene que ver con las reales conductas que afectan a la sociedad, y a la niñez en el caso concreto del tema que propongo, se escamotean los verdaderos contenidos, se hace tabla rasa de los principios constitucionales y se legisla para proteger a los negociantes del proxenetismo, la corrupción y la prostitución de los menores de edad, quienes, por mandato constitucional necesitan y merecen un trato preferente y prioritario por parte de la sociedad y de todas las instituciones del Estado.

Así, mediante Reformas al Código Penal, realizadas según la Ley 105-PCL, y publicada en el Registro Oficial No. 365 del 21 de julio de 1998; y, por disposición del artículo 6 de las mencionadas reformas se cambió la denominación del Título VIII, Libro Segundo, del cuerpo substantivo penal. Dicho cambio constituyó en lo siguiente:

- a) El Anterior Título VIII del Libro Segundo del Código Penal se refería a "Los Delitos Sexuales", y, dentro de él, el Capítulo III, versaba acerca "De la Corrupción de Menores, de los Rufianes y de los Ultrajes Públicos a las Buenas Costumbres";
- b) Con las reformas indicadas, el mencionado Título cambió de Denominación, y, por consiguiente, de ámbito normativo, porque se refiere a "Los Delitos de Proxenetismo y Corrupción de Menores"; y, el Capítulo III del mismo Título, regula las conductas "De los Delitos de Proxenetismo y Corrupción de Menores".

Ahora bien, los que eran artículo 521 al 528, se dejaron como "innumerados" (tanto debió haber sido el apuro, la urgencia, a más de la evidente imprevisión y falta de técnica legislativa); pero, lo que sí se hizo, es cambiar radicalmente el texto del artículo que correspondería al 521 reformado (esto no es más que parte de la trampa y la aviesidad soterradas).

Mientras el artículo 521 de antes de las reformas decía:

"El que hubiere atentado contra las buenas costumbres, excitando, o facilitando habitualmente el libertinaje o corrupción de los menores de uno u otro sexo, será reprimido con prisión de dos a cinco años, si los menores tuvieren catorce años o más; y con tres a seis años de reclusión menor, si los menores no han cumplido dicha edad."

En cambio el actual artículo innumerado, pero que correspondería, insisto, al anterior artículo 521, dice:

"art. (...) El que promoviere o facilitare la prostitución *de otra persona* (sic!) será sancionado con pena de prisión de uno a tres años, **salvo que tuviere a su cargo una casa de tolerancia**, establecida conforme a los reglamentos que la autoridad competente expidiere para esta clase de establecimientos."

La variación normativa y las conductas señaladas como típicas, son completamente diversas.

En el fondo, lo que se había hecho con estas reformas que "pasaron de

agache" como dice el argot popular, es lo siguiente:

- a) Se eliminó la disposición penal en la que se podría haber hecho que encaje la pornografía de menores (Hoy los mismos diputados que aprobaron esas reformas se "rasgan las vestiduras", pero sólo ante las cámaras de televisión, como para tapar el embuste); y,
- b) Se garantiza jurídicamente, por medio de esta disposición expresa del Código Penal, la promoción y facilitamiento del proxenetismo y de la prostitución **de menores de edad**, pues la ambigua utilización de la palabra "persona", en la redacción del tipo penal, no engaña a nadie.

Esta es la forma cómo se legisla. Y lo peor, es que nadie ha dicho nada, todos han guardado sacrosanto silencio, ninguna institución social, cultural, eclesiástica, religiosa o de supuesta defensa de la moral pública ha dicho nada.

La presente investigación abarca el análisis de lo que concierne al facilitamiento y verdadero auspicio de la prostitución y proxenetismo, en contra de los menores, garantizado por el mismísimo Código Penal, mediante las reformas que fueron introducidas según la Ley 105PCL, publicada en el Registro Oficial No. 365 de 21 de julio de 1998.

Para el efecto, se parte de una fundamentación jurídico-doctrinaria de lo que constituye la tipicidad penal, los ámbitos conceptuales del tipo y las definiciones correspondientes.

En un segundo capítulo se abordará lo concerniente a la Vulnerabilidad de

EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES
EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO

los menores en el entorno socio-jurídico, económico-social y ético-cultural del Estado, bajo cuya constatación se determinará la necesidad de atenderlos y protegerlos conforme a su interés supremo.

El Tercer capítulo concreta el alcance jurídico-sistemático del Capítulo III, Título VIII, Libro Segundo, del Código Penal, desde las consecuencias que acarrea el simple cambio de denominación, hasta las argucias lingüísticas utilizadas en la tipicidad del supuesto proxenetismo y prostitución en contra de los menores.

Finalmente se propone una reforma legal específica, sobre esta materia, para el Código Penal.

CAPITULO I

FUNDAMENTOS TECNICO-JURIDICOS Y DOCTRINARIOS DE LA TIPICIDAD

1.1. ÁMBITOS CONCEPTUALES DEL TIPO PENAL Y DEFINICIONES

1.1.1. DEL CONCEPTO DE CONDUCTA JURÍDICA A LA DETERMINACIÓN DEL TIPO PENAL

Aunque en los sistemas jurídico-penales de la actualidad sólo se sancionan actos humanos, no está muy lejano el tiempo en que se imponían sanciones penales a objetos, cosas y animales. Las sentencias penales de la Edad Media ponen en evidencia estos yerros del pasado. Así, por ejemplo:

"... Hace un milenio, el obispo de París excomulgó a las sanguijuelas del Sena; éstas nunca se enteraron."²

Pero, el problema aún subsiste cuando corresponde determinar hacia dónde se dirige la estructura del delito, conformada por distintos elementos graduales: 1. La tipicidad; 2. La antijuridicidad; 3. La imputabilidad; y, 4. La culpabilidad, en base a cuya determinación objetiva se impone la sanción, que constituye la imposición de la pena.

². ZAFFARONI, Raúl Eugenio, Manual de Derecho Penal, primera edición mexicana, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1.986, p. 356

Esto no es fácil dilucidarlo, pero las formulaciones varían, conforme sea la concepción del mundo y/o las cargas ideológicas de quienes enfocan, analizan o consideran el delito como objeto de conocimiento y del orden jurídico-positivo.

Hagamos una breve revisión de esta materia:

- a) Para la "Escuela Clásica", la imputabilidad del delito se basa en el "libre albedrío" del sujeto-agente, quien tiene la responsabilidad humana de actuar en contra de lo dispuesto por la Ley Penal; o abstenerse de quebrantarla y actuar de conformidad con ella. Por consiguiente, basta la existencia del "acto externo" o resultado que encaje en la prohibición normativa penal, para que nos hallemos frente a la comisión de un delito;

- b) Frente a esta concepción, y en el último cuarto del siglo XIX, apareció la formulación de los "Positivistas Penales", quienes, bajo la pretensión de rodearle a la teoría del delito de un aspecto antropológico o humano-experimental, postularon que "no existen delitos sino delincuentes". Entonces, no es que una persona sea delincuente porque haya cometido un acto ilícito prohibido por el ordenamiento jurídico penal; sino que era delincuente por haber nacido con ciertas características antropológicas: basta que tenga determinados rasgos físicos, en su cara, en la conformación de su cuerpo o en el tamaño del cráneo, para que tal sujeto sea delincuente. Por consiguiente, no importa, tampoco, que el individuo con tales rasgos físico-anatómicos o antropológicos no haya cometido ningún hecho dañoso o violatorio de la ley; tal individuo es

delincuente intrínsecamente, aunque no viole la ley. Esta concepción tiene plena vigencia en varias disposiciones expresas del Código Penal común, y en la osamentación de varios conceptos socio-jurídicos condenatorios. Por esta razón es que el catedrático Dr. Rodrigo Bucheli Mera, expresa:

"... la Criminología Clínica Positivista, dentro de ella, especialmente el concurso de la Psiquiatría en el proceso penal, de tendencia epistemológico causalista y mecanicista, funcionalista y estructuralista, que trata de ubicar la realidad humana, individual, aislada de la interrelación con el devenir social, dentro de un esquema que trata de dividir a la humanidad en delincuentes y no delincuentes, y establecer clasificaciones de conducta humana como si fueran objetos de uso."³; y,

- c) La nueva concepción, parte de la teoría del tipo penal, según la cual, el momento en que la conducta de un individuo por medio de su acto externo de acción u omisión encaja en lo descrito por la norma penal prohibitiva, no es que estamos frente a un delito, sino, recién frente a una conducta típica, y por lo tanto faltan analizar los otros elementos constitutivos de la estructura del delito: la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad (elementos estos últimos que se analizarán más adelante).

Bajo la concepción moderna de las ciencias penales, para que exista un acto

³. BUCHELI MERA, Rodrigo, Criminología, Hacia la Concepción Crítica, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 1.995, p. 78

típico, es necesaria una conducta humana que impulse dicho acto, es decir que encaje en lo descrito por la norma penal positiva que prohíbe dicha conducta.

Para comprender en su debida profundidad este asunto, es necesario que clarifiquemos, primero, qué es una conducta:

"**conducta**. Conjunto de actitudes de una persona ante un estímulo o una situación dados de modo global a todas las circunstancias de la vida" ⁴

Este es el sentido natural y obvio del significado de conducta. De tal modo que, su concepto central radica en las distintas formas de reacción de una persona frente a un estímulo.

Con este concepto a la mano, podemos profundizar el análisis considerando que los estímulos nos llegan a través de los órganos de los sentidos; y concluir al mismo tiempo, que si uno de esos órganos se altera, no podrá recibir el estímulo correspondiente. Así: una persona que tiene afectado el olfato no podrá percibir los olores; o quien sea ciego de nacimiento no podrá tener idea de los colores; o un sordo tampoco percibirá los sonidos.

Esta afectación en los mecanismos de captación de los estímulos determina que el sujeto no llegue a tener consciencia de tal o cual hecho o fenómeno, por lo tanto, quien esté afectado de los órganos de los sentidos no tendrá la capacidad de reaccionar correctamente frente a esos estímulos, y, por ende, su conducta se

⁴. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, 21ra edición, Ed. Espasa y Calpe, Madrid, 1.992

habrá alterado.

La conducta, consiguientemente, no es sólo una simple actitud contemplativa, sino una capacidad de acción, una aptitud consciente para reaccionar frente a los estímulos; de modo que esa reacción va a producir hechos externos, objetivos, visibles, apreciables, "medibles".

Mas, cómo se ha formado esa "capacidad"? Dicha capacidad se forma por medio de la aprehensión consciencial, por la percepción del mundo exterior en el cerebro de cada uno, la que a su vez determina la voluntad del sujeto para obrar conforme a todo el entorno global de la sociedad y del medio en que vive.

De modo que en la cualificación de la conducta tenemos dos elementos o dos situaciones completamente distintos:

- a) Por un lado un simple fenómeno de aprehensión cognoscitiva de los objetos y fenómenos del mundo exterior, por medio de la percepción a través de los órganos de los sentidos. Esta primera fase o fase de simple captación, se la denomina técnicamente como "acto de conocimiento"; y,
- b) Por otro lado tenemos la reacción del sujeto frente al estímulo que le presentan los objetos y fenómenos, o la toma de decisión para realizar el acto conforme a la información perceptiva acumulada en el cerebro y de acuerdo con sus necesidades materiales o sociales. Esta reacción, esta puesta en marcha de las decisiones, en cambio, se denominan "actos de voluntad"

Se puede apreciar, una vez que hemos separado metodológicamente los dos momentos distintos en que opera la conducta de las personas, que en el primer instante, no hay todavía un acto externo, porque el individuo está simplemente tomando la información que proviene del mundo material, o está simplemente recibiendo los estímulos a través de los sentidos. Como cuando se contempla un paisaje o un cuadro; cuando se escucha la música; cuando se percibe un hedor o una fragancia.

En el segundo caso, en cambio, hay una reacción del sujeto ante el estímulo, hay un actuar. Ya no es el simple conocimiento del hecho, sino que se produce la reacción, como a eliminar los objetos de donde provienen los hedores.

Este es, en definitiva, el curso material, fisiológico, operativo de la conducta humana. El derecho penal, por consiguiente sanciona las conductas como actos de voluntad, no sanciona las simples conductas existentes en su primera fase, es decir que no sanciona los simples actos de conocimiento.

El Derecho Penal, por lo tanto, no puede hacer otra cosa que sancionar las conductas que realizan actos de voluntad, es decir aquellos actos externos tendientes a violar la norma preestablecida. Esto significa que se debe desterrar el positivismo penal que pretende sancionar a los individuos por sus características físico-anatómicas:

"Una seria tentativa de burlar el "nullu crimen sine conducta" es el llamado `derecho penal de autor', que considera que la conducta no pasa de ser un simple síntoma de `peligrosidad' del autor, o bien, un

simple síntoma de personalidad enemiga u hostil al derecho. Es una de las más peligrosas manifestaciones del derecho penal autoritario, que repugna a nuestros más elementales principios constitucionales."

5

Entonces, luego de que hemos entendido el papel de la conducta en la determinación de los actos humanos voluntarios, debemos saber qué hace el derecho penal con respecto a la conducta.

"El derecho penal desvalora una conducta, la conoce, realiza a su respecto un acto de conocimiento, y el legislador se limita a considerarla **desvalorada** (mala). Desde una posición realista, este acto no le agrega nada al `ser' de la conducta. Si vemos un cuadro de Renoir y decimos que es hermoso o que es feo, agregamos un valor (`hermoso') o un desvalor (`feo') de carácter estético, pero el cuadro quedará inalterado, colgando de la pared del museo. Cuando el legislador ha decidido que `la conducta de matar es mala', evidenciando su decisión con una conminación penal, la conducta de matar queda inalterada, no pretende cambiar su `ser' ni menos crearla, sino sólo desvalorarla." ⁶

Qué hace entonces el tipo penal? Esto lo veremos en el siguiente acápite.

1.1.2. CONCEPTUALIZACIÓN Y DEFINICIONES DEL TIPO PENAL

⁵ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, Op, Cit., p. 358

⁶, Ibídem, p. 356

Como todo delito, para ajustarse al principio constitucional de legalidad, debe estar previamente establecido en el ordenamiento jurídico positivo. Así lo determina la Constitución de la República en el artículo 24, numeral primero:

"Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

"1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento. [...]"

Este principio constitucional de legalidad ha sido establecido de manera universal por la doctrina jurídica, ya desde el tiempo de Francisco Carrara se estableció la siguiente definición de delito:

"... la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso" ⁷

⁷. CARRARA, Francisco, Programa de Derecho Criminal, T. I., Ed. Universidad Nacional de Loja, Loja, 1.992, p. 27

Así se empieza a determinar el principio de legalidad: el delito sólo puede estar previamente instituido por la ley penal, para que el acto así considerado como tal, sirva de base para el enjuiciamiento.

Por esta influencia universal de Carrara, nuestro Código Penal hizo constar en su artículo 2 una disposición similar a la de la norma constitucional transcrita:

"Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

"La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto. [...]"

En base a estos principios jurídicos fundamentales, inherentes a la determinación de toda infracción que se la describe por medio de un "tipo penal".

El Estado elabora, sistemáticamente, una especie de "lista" de bienes jurídicos que los considera dignos del tutelaje penal, y establece la sanción para quien los viole o transgreda.

Estos bienes jurídicos tutelados se encuentran enlistados en la Parte Especial de los Códigos Penales. En nuestro caso, en el Libro Segundo (y en cierta forma también en el Libro Tercero que contiene las infracciones penales menores, denominadas contravenciones). Así tenemos:

1. Los delitos contra la seguridad del Estado;

EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES
EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO

2. Los delitos contra las libertades constitucionales;
3. Los delitos contra la administración pública;
4. Los delitos contra la fe pública;
5. Los delitos contra la seguridad pública
6. Los delitos contra las personas;
7. Los delitos contra la honra;
8. Los delitos sexuales;
9. Los delitos contra el estado civil; y,
10. Los delitos contra la propiedad.

En cada uno de esos géneros de delitos, se encuentran una gama de casuísticas y conductas específicas sancionadas por la Ley.

Para establecer el bien que el Estado protege, no requiere explicaciones morales, aunque esté animado por ellas; tampoco requiere justificativos. Lo hace, simplemente, porque está revestido de una potestad legal superior, que es la Norma Dominante del Estado: la Constitución Política de la República; y en base a la cual ostenta el "Ius Puniendi", facultad legal que garantiza al Estado el atributo

AUTORA: DRA. PATRICIA ORTEGA RAMÍREZ, ABG.

para imponer penas y aplicarlas.

De esta forma se estructura la concepción del tipo penal:

*Como una potestad del Estado, para defender un bien jurídico que estima digno de tutela jurídica especial, y cuya violación debe sancionarse con la aplicación de una pena*⁸

Pero la descripción del tipo penal contenido en la norma legal es la que determina una nueva estructura lógico cognoscitiva del delito.

Pero, qué hace este "tipo" como instrumento de legalidad penal?. Simplemente describe las conductas prohibidas y sancionadas por la ley penal.

Cuando el Código Penal en el artículo 159, dentro de los delitos contra la seguridad del Estado, y, en el marco especial de los delitos de sabotaje y terrorismo dice, por ejemplo,:

"Será reprimido con prisión de uno a tres años...el que... impidiere, desorganizare o perturbare la recolección, producción, transporte, almacenamiento o distribución de materias primas, productos elaborados o extraídos, maquinarias o cualquier otro medio necesario para la producción, con el propósito de producir alarma colectiva"

En esa descripción de la conducta prohibida, estamos frente a un "tipo" penal. De manera que a los tipos penales los encontramos en las descripciones de

⁸. Definición Personal.

las conductas y actos prohibidos, sean éstos positivos o negativos.

El momento en que la conducta que ha movido el acto humano, encaja con la descripción establecida en el tipo penal, estamos frente a una conducta típica o frente a un hecho típico. Entonces:

"Tipo Penal es la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible" ⁹

De manera que el delito viene a ser, en primer lugar, un acto típico, determinado por una conducta típica; y es a lo que comúnmente se llama "tipicidad":

- a) Porque se ha realizado un acto humano tendiente a la comisión de un hecho previsto por la norma legal o, como lo dije antes, un acto que "encaja" en la descripción de la conducta prohibida o desvalorada por la norma penal; y,
- b) Porque esa norma penal contiene la descripción del bien jurídico que el Estado, de acuerdo a su política penal ha decidido protegerlo de manera especial; y, que ha sido violentado por el susodicho acto externo, positivo o negativo

1.2. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES E IMPORTANCIA DE ELLA

⁹ REYES ECHANDÍA, Alfonso, La Tipicidad, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, p. 142

Se infiere, con lo analizado hasta este momento que los tipos penales, ya en su parte técnico-dispositiva, no son otra cosa que descripciones de las conductas prohibidas, las mismas que se encuentran determinadas en el texto de los códigos penales.

El momento en que una conducta encaja con la descripción establecida en la previsión de la norma penal, estamos frente a la tipicidad de tal conducta, o que también se denomina la "conducta típica", por hecho material que ha desencadenado en base a su ejecución u omisión.

Pero precisamente para saber si encaja tal conducta y/o tal hecho con la descripción del tipo penal, éste debe ser lo más exacto, claro y determinado posible.

De manera que por la forma técnica de establecer o describir los tipos penales, pueden existir varias clases de ellos. Así, entre las principales clasificaciones de la forma a través de la cual se describen los tipos penales podemos mencionar:

- a) Tipos legales;
- b) Tipos judiciales;
- c) Tipos cerrados; y,
- d) tipos abiertos.

Son tipos legales aquellos que conforme al principio de legalidad determinado por la Constitución de la República se establecen por medio de la ley.

Aquel principio establece que sólo mediante ley pueden crearse o instituirse los tipos penales; y este es el sistema que se aplica, actualmente, en todos los países civilizados del mundo contemporáneo.

Sólo el legislador es quien puede establecer, modificar o suprimir las conductas prohibidas, mediante los tipos penales. Por eso se denominan "tipos penales legales", pues tienen lo que en doctrina suele llamarse "reserva de Ley". A este respecto la Constitución de la República, así lo establece por medio de su artículo 141.

No obstante, existen otros tipos que se establecen mediante una indeterminación o falta de claridad en la descripción normativa, y dejan, en la práctica, al arbitrio del juzgador para que determine las conductas o los hechos punibles.

Aquello sucede cuando en las disposiciones penales se hacen constar frases genéricas relativas a "las buenas costumbres", "la moral", "la mujer honesta", etc., pues en este caso, será el juzgador quien al establecer las circunstancias de la infracción, de acuerdo a su personal convicción, a su fuero interno, a sus cargas ideológico-políticas o a sus persuasiones morales, determinará si hubo o no infracción penal. Estos son los denominados "tipos penales abiertos"

Los tipos penales abiertos tienen una estricta vinculación conceptual con los

llamados "tipos judiciales", pues son los que, por la indefinición expresada, dejan al total arbitrio del juez el establecimiento de la infracción.

El "atentado a las buenas costumbres", recientemente derogado de nuestro ordenamiento jurídico penal común, es el ejemplo más evidente de esta forma "judicial" de tipificación penal.

Sin embargo, lo común y exigible a la técnica legislativa y a la seguridad jurídica de los ciudadanos es que la descripción de la conducta desvalorada por el ordenamiento jurídico-penal, y, por ende sancionada con la imposición de una pena, es que los tipos penales sean lo más exactos en cuanto al contenido de esa conducta. De aquí se infiere que a mayor precisión y exactitud, el tipo penal es "cerrado", porque aquello prohibido no deja lugar a dudas, y sanciona sin ambigüedades.

En definitiva, las "fórmulas" jurídicas que contienen los tipos penales, deben ser elaboradas siguiendo un orden o sistema que permita, a través de él, identificar la conducta o acto prohibido y sujeto a la sanción pertinente.

"La adecuada descripción de los tipos penales es un problema de técnica legislativa. es indispensable, se ha dicho, que la conducta delictiva quede claramente señalada. Muchas veces puede ser que esta descripción sea muy simple, pero en otras ocasiones es sumamente compleja y hace falta precisar el acto delictivo con una serie de referencias que deben estar presentes en el caso, para que pueda establecerse la tipicidad." ¹⁰

¹⁰. ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, Apuntes de Derecho Penal II, Edipuce, mimeo, p. 43

Si la descripción de los tipos penales es uno de los aspectos fundamentales, tendríamos que establecer la correspondiente clasificación en atención a la forma como se la hace; y así tendríamos:

1.2.1. TIPO QUE DESCRIBE EL ACTO EN SI.

Si lo que se tutela jurídicamente son bienes jurídicos que pueden ser afectados por actos humanos, no hay duda que esos actos sólo pueden estar designados por un verbo, porque los verbos son partes gramaticales que designan acción, pasión o estado.

De esa forma tendríamos que para la descripción del tipo penal el legislador utilizará un verbo como núcleo del sintagma que describe la conducta o acción prohibidas: matar, hurtar, falsificar, excitar, facilitar, etc...

Pero no siempre ocurre que para designar la acción se emplee un verbo, porque la acción en sí misma no es la prohibida, sino que debe ir acompañada de otros elementos que den contenido lógico y sentido completo a la conducta prohibida. Para este efecto se utilizan generalmente definiciones como: "se da el nombre de atentado al pudor a todo acto impúdico que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y se ejecute en la persona de otro, sea cual fuere su sexo".

1.2.2. TIPO REFERIDO AL SUJETO ACTIVO

En determinadas circunstancias, la sola mención del acto, da la idea completa de aquello que se quiere prohibir ("no matar"), pero en veces, el resultado

típico depende de la calidad específica del sujeto que realiza el acto:

- "... los que a título de dirigentes organicen pseudo-cooperativas e invadan tierras"
- "... quien, alegando la calidad de integrante de una pseudo-cooperativa..."
- "Los representantes legales de los agentes de percepción..."

Estas referencias pueden ser básicas y necesarias para la configuración de la conducta típica, o para agravarla.

1.2.3. TIPO REFERIDO AL SUJETO PASIVO.

Otras ocasiones el tipo penal se dirige hacia el sujeto pasivo del ilícito para configurar el tipo o agravarlo:

- "... en obsequio del fallido hubieren substraído, disimulado u ocultado (se sanciona como al quebrado punible)
- Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre...
- Mataren... a su padre o madre, o a cualquier otro ascendiente.

1.2.4. TIPO REFERIDO AL OBJETO MATERIAL

Otras ocasiones, la determinación del objeto hacia el que se dirige el acto

punible para el resultado típico tiene trascendencia determinante:

- Sustrajere... "cosa ajena". Luego no puede haber hurto o robo, si lo que sustrajere es una cosa propia, como cuando alguien reivindica de hecho y por la fuerza un bien que está en manos de otro.
- En el mismo ejemplo anterior, el término "cosa" hay que entenderlo como bien mueble, porque si sustrajere un bien inmueble este delito será de usurpación.
- El hurto o robo "de ganado"... configura el delito de abigeato.

1.2.5. TIPO REFERIDO AL TIEMPO, LA OCASIÓN O EL LUGAR:

En ocasiones este elemento puede ser determinante para establecer la conducta típica, de modo que si el mismo acto se lo llega a cometer en tiempo ocasión o lugar distintos, no tiene la misma calidad jurídica. Así:

- El que cometiere hostilidades contra potencia extranjera... *si ocasionaren* dichas hostilidades una declaración de guerra...
- Todo aquel que *en territorio del Ecuador* atentare contra la vida, contra la inmunidad o contra la libertad personal del Jefe de Un Estado extranjero...
- Los autores de lecciones pastorales, prédicas o sermones... *si fueren encaminadas a desprestigiar a la autoridad, presentándola como contraria a los dogmas...*

1.2.6. TIPO REFERIDO A LOS MEDIOS EMPLEADOS PARA LA COMISIÓN DEL ILÍCITO.

Para la comisión de ciertos ilícitos penales, el legislador estima que el medio utilizado, puede tener tal relevancia que constituye el aspecto fundamental del delito mismo, de manera que el medio empleado asigna al acto la naturaleza del delito:

- El que *con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar ... ya haciendo uso de nombre falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos*
- ...el que *con intimidación, o simulando autoridad pública, o falsa orden de la misma obligue a otro... a entregar, depositar...*
- El que *por violencia, engaño o abuso de confianza despojare a otro de la posesión...*

1.2.7. TIPO REFERIDO A CIERTOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL SUJETO QUE COMETE EL ACTO TÍPICO.

Si bien en todo acto humano existe una motivación, un plan consciente sobre la finalidad que se propone con ese acto (aunque ese plan sea mínimo) en ciertas ocasiones, el propósito que tiene el sujeto activo denota y establece la acción típica:

EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES
EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO

- El que *con ánimo de apropiarse... sustrajere...*
- Es reo de heridas o lesiones *inintencionales, el que las han causado por falta de previsión o precaución...*
- ... hecho abortar a una mujer *que hubiere consentido en ello...*

1.2.8. TIPO REFERIDO A CIERTOS ELEMENTOS ÉTICO-CULTURALES.

En varios tipos penales se toma en cuenta esta carga ideológica, moral o cultural para configurar el tipo. Este recurso técnico de la tipicidad, resulta casi siempre discriminatorio y peligroso, porque deja margen para que el juzgador, examine el hecho de conformidad con su carga ideológica o su personal convicción valorativa-moral de las coas:

- ... se le haga abortar o causare a sí misma el aborto *para ocultar su deshonra...*
- las imputaciones que *racionalmente merezcan la calificación de graves, atendiendo el estado, dignidad... del ofendido y del ofensor*
- Llamase estupro la cópula *con una mujer honest...*

1.2.9. TIPO REFERIDO A CIERTOS PRE-REQUISITOS.

En determinados delitos, el tipo penal no se configura sino con determinados pre-requisitos que algunos autores los denominan "condiciones objetivas". Estos

pre-requisitos son en veces simples formalidades, otras veces son requerimientos judiciales e incluso prejudiciales:

- el que dé en pago... un cheque... sin tener provisión de fondos *y no abonase el valor respectivo, en moneda de curso legal, dentro de veinte y cuatro horas de habersele hecho saber el protesto* (única referencia al cheque, pero se refiere, clara y expresamente, al giro de cheque sin provisión de fondos, mas no al cheque girado en descubierto sobre cuenta cerrada)
- Los comerciantes que. *en los casos previstos por la leyes, fueren declarados culpables o responsables de la quiebra* (prejudicialidad civil)

1.2.10. TIPO REFERIDO A DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

Aparte de las agravantes generales determinadas en el artículo 30 y otras conexas modificatorias de las penas de los arts. 80 y 81; existen tipos agravados, o como en doctrina los denominan "agravantes constitutivas del delito:

- El aborto practicado por médico
- Es asesinato... el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes: *1. con alevosía; 2. por precio o promesa remuneratoria; por medio de inundación, veneno, incendio o descarrilamiento ...*

1.2.11. OTRAS MODALIDADES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE

LOS TIPOS PENALES.

Existen otras formas por las cuales el legislador establece la tipicidad de las conductas, como ya lo señalé cuando, por ejemplo, se lo deja al arbitrio judicial. En este caso corresponde al juez determinar si existe o no un tipo penal, fue una práctica del fascismo denominado "nacional-socialista".

En nuestra legislación, existen varios tipos penales que se los denominan "abiertos", porque hacen referencia a cuestiones valorativas, tan discrecionales e imprecisas que, en la práctica, violan el principio jurídico-constitucional de legalidad.

Cuando nuestro Código hace referencia, por ejemplo, a "perjudicar la fama" o "fueren tenidas por afrentosas", está poniendo un tipo penal abierto porque esa frase es completamente imprecisa y sin significado concreto para determinar una conducta típica.

1.3. DIFERENCIAS DE FUNDAMENTO JURÍDICO ENTRE LA TIPICIDAD Y LA ANTIJURIDICIDAD

Hemos "abierto" el Libro Segundo del Código Penal para encontrar en él las conductas tipificadas como delitos y hemos visto la amplia gama clasificatoria de los tipos penales, formulados bajo una técnica legislativa que, de manera sistemática, establece los delitos particulares con las debidas sanciones.

Ahora nos corresponde estudiar la tipicidad; mas, en primer momento puede parecer que la tipicidad es lo mismo que el tipo penal, pues según el contexto en

que se manejen los dos términos, pueden remitirse ya al tipo penal, ya a la conducta típica.

Esa confusión puede agravarse por el manejo indiscriminado de las palabras "tipo", "tipicidad", "tipificado", "tipificación" y otras análogas.

Pretendemos, por un lado aclarar la diferencia técnico-jurídica entre tipo penal y tipicidad; y, por otro establecer la concepción actual del delito como una conducta típica y antijurídica, toda vez que, como veremos, existen conductas típicas, que encajan plenamente en el tipo penal, pero que, sin embargo, no son antijurídicas. Pongo manos a la obra.

1.3.1. ACERCA DE LA TIPICIDAD.

En sentido estrictamente jurídico la tipicidad se refiere a la "conducta típica", de manera que hay tipicidad:

*El momento que el acto humano, como consecuencia de una voluntad encaminada al fin de producir el resultado típico, concreta la realización de ese hecho o resultado.*¹¹*

Hasta el momento ya hemos esclarecido, a grosso modo, las dos corrientes fundamentales que se mueven en este espectro del tipo y la tipicidad. Vale señalar, de paso, que al respecto hay dos posiciones verdaderamente irreconciliables:

¹¹. Definición personal

EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES
EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO

- a) Para los causalistas basta la realización del acto, aunque fuere sin la voluntad encaminada a producir el resultado del tipo penal; y por el hecho de ser un "acto exterior del hombre" ya merece considerarse como un acto típico (o como dice nuestro art. 13 del Código Penal: "incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar")' y,
- b) Para los finalistas, en cambio, el acto típico tiene que ser producto de una conducta y voluntad encaminadas a su cometimiento, es decir, que el autor debe decidir, conscientemente, la dirección de su acto hacia la realización del resultado típico, y poner en marcha todos los mecanismos idóneos para la consumación del hecho (o como dice el art. 32 del Código Penal: "Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia")

De esta formulación, que todavía puede parecer abstracta surgen varias consecuencias, no sólo para elaborar las normas penales, como lo acabo de reseñar, sino para concebir y armar la estructura del delito, o dicho de otra manera, apreciar el encaje del acto en el tipo penal, de manera que tendremos las siguientes derivaciones básicas:

- a) Para los causalistas habrá tipicidad (o conducta típica) el momento en que cualquier acto externo produzca un resultado típico, sin importar los móviles que haya tenido el sujeto. De esta forma tendremos que hay delito por la simple manifestación exterior, aparente diríamos, del resultado típico. Pudo haber una simple

"inervación muscular" (Así cualificaba Binding al "acto") la que produjo el resultado, y aunque el sujeto no haya querido provocarlo ni haya dirigido sus movimientos a la realización del mismo, de todas maneras habrá conducta típica; y,

- b) Para los finalistas, en cambio, no existe conducta típica si el acto externo que produjo el resultado típico, no fue producto de la "voluntad y conciencia" del sujeto activo, es decir mediante la realización de un acto voluntario, realizado con conocimiento de causa y dirigido expresamente a la obtención de resultado dañoso, infraccional.

Este es el punto donde chocan y se confrontan de manera real las escuelas y concepciones penales, más allá de lo que parecería simple elucubración filosófica y puramente conceptual.

Pero aun así, la conducta típica todavía no es indicio real de que sea antijurídica.

Todavía falta un análisis posterior para saber si estamos frente a la comisión de un delito, pues, en sentido moderno, *el delito es un acto típico Y ANTIJURÍDICO, imputable y determinado por las condiciones objetivas de culpabilidad.*

1.3.2. ESTUDIO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

La tipicidad no es suficiente para la determinación del ilícito penal, porque el

hecho a más de ser típico debe ser antijurídico.

Para realizar una explicación directa y expeditiva de este asunto, tomemos el Libro Primero del Código Penal, en su Título II, Capítulo II, al tratar de las circunstancias de la infracción encontramos, por ejemplo, el artículo 19 que dice:

"No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurren las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende."

Normas de esta naturaleza existen en el Código Penal, desde el artículo 18 al 28, entre los que se cuenta el "flagrante adulterio" como justificativo del homicidio, lesiones, heridas y golpes (art. 22), el que se hacía extensivo a la persona que sorprenda en "acto carnal ilegítimo a su hija, nieta o hermana, ora mate, hiera o golpee a la culpable, ora al hombre que yace con ella" (esta disposición que constaba en el artículo 27 fue derogada por Ley 105, publicada en el Registro oficial No. 365 del 31 de Julio de 1.998).

Con cuanto acabo de describir, significa que nos encontramos frente a lo que en doctrina suele denominarse "causas de justificación".

Las disposiciones expiatorias de la infracción penal, por los motivos indicados (y otros), significan que a pesar de existir un acto típico, perfectamente determinado y comprobado, el autor no ha violado la ley, porque la misma ley faculta cometer semejantes "ilícitos", bajo las circunstancias puntualizadas.

Pues entonces, qué es la antijuridicidad?:

"ANTI JURIDICIDAD. Toda manifestación, actitud o hecho que contraría los principios básicos del Derecho.// En orden menor, lo contrario al Derecho Positivo.// Específicamente, elemento esencial del delito, cuya fórmula es el valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal contra el garantizado por el Derecho." ¹²

Por consecuencia de la definición expuesta, lo antijurídico será aquello que se realiza en contradicción al Derecho, en contraposición a lo que dispone la ley; y en el evento que estamos tratando, a pesar de que se produce la conducta y el acto típicos, no se ha violado la Ley, porque ella misma faculta cometer dicho acto.

Tenemos entonces que no todo acto típico es antijurídico, y que este análisis de la antijuridicidad es posterior a la constatación y prueba de que existe una conducta típica.

Por lo tanto, no es suficiente que el hecho, aún cometido con conciencia y voluntad por parte del sujeto activo, se ajuste al tipo señalado en la ley positiva penal.

"La antinormatividad se comprueba con la sola adecuación de la conducta al tipo legal, sino que requiere una investigación del alcance de la norma que está antepuesta y que ha dado origen al tipo legal, y

¹². CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T. I, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1.986, p. 310

una investigación sobre la afectación del bien jurídico. Esta investigación es una etapa posterior del juicio de tipicidad que, una vez comprobada, obliga a indagar sobre la antinormatividad, y recién cuando se ha comprobado ésta podemos concluir en la tipicidad penal de la conducta." ¹³

Con la sabia enseñanza del Gran Maestro contemporáneo Eugenio Raúl Zaffaroni, podemos establecer la siguiente diferencia:

- a) Tendríamos por un lado la tipicidad (conducta típica) legal, o sea la que se prueba con el acoplamiento del acto a la descripción del tipo penal (y que todavía no es prueba de ilicitud penal, sino, apenas un simple indicio); y,
- b) Por otro lado tenemos a la antijuridicidad penal la que sólo se constituye una vez que se ha comprobado la existencia de la tipicidad legal (el encuadre del acto con el tipo); pero, además, se prueba también la violación de la norma positiva, en caso de que no exista ninguna de las "causas de justificación". De manera que la antijuridicidad viene a ser una conducta posterior que además de encuadrar el acto con el tipo, comprueba que ha violado la normatividad y, por tanto, se convierte en antijurídica.

Aquí podría surgir un problema aparente: Parecería que una norma prohíbe "matar", "golpear", "herir", mientras otra norma faculta esos actos, convirtiéndolos, precisamente, en actos justificados por el ordenamiento penal. Esto no es así.

¹³. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Op. Cit., p. 404

Lo que ocurre es que dichas conductas son justificadas, bajo determinadas circunstancias; y sólo en caso de darse esas condiciones que la misma Ley establece, se justifica la tipicidad legal, y no se convierte en tipicidad penal.

No se trata, por consiguiente, de que existe prohibición por una parte, y permisibilidad por otra, porque si de eso se tratara no estaríamos frente a un orden normativo, sino, todo lo contrario, frente a un desorden absoluto.

Por eso es que a la normativa jurídica hay que verla en su conjunto, pues una norma concuerda con otra, una disposición se compagina con otra y una materia determinada del derecho se complementa y perfecciona con otra.

Sólo quiero concluir esta parte, señalando la definición que el maestro Luis Jiménez de Asúa nos da sobre el delito:

"Delito es un acto típico, antijurídico, culpable, sancionado por una pena y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad." ¹⁴

Esta definición, que se ha convertido en "clásica" y generalmente aceptada por la Doctrina penal, nos deja entrever que el delito tiene una estructura compleja, la misma que se establece por el concurso de todos sus elementos: tipicidad; antijuridicidad; imputabilidad; y culpabilidad.

1.4. LOS BIENES E INTERESES JURÍDICOS TUTELADOS POR EL ORDENAMIENTO PENAL

¹⁴. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, Op. Cit., p. 132

Es el Estado, quien por medio de la aplicación de una "política penal" o "política criminal" como la denominan algunos autores, el que determina las conductas que la sociedad considera como no aptas para su convivir armónico.

Esas conductas, elevadas a la categoría de "bienes o intereses jurídicos" se las considera como no compatibles con cierta valoración moral de su estructura, sistema o ideología; y se las reputa condenables porque afecten a esos bienes o intereses jurídicos.

La tipificación, entonces, debe estar encaminada a sancionar conductas humanas desvaloradas según la "escala" de la política penal del Estado, la misma que se fundamenta en ciertas concepciones ideológicas, religiosas, políticas, filosóficas y hasta morales o moralistas.

Mediante ese sistema de "valoraciones" el Estado determina cuáles son aceptables o "buenas"; y cuales las considera "malas" y no aceptadas por el entorno global de su sistema socio-económico, jurídico, religioso, ético, cultural, educativo, sexual, familiar, etc.

Una vez establecido el "inventario" de las conductas buenas y malas, a estas segundas las condena, las desvalora, las desaprueba, y determina contra ellas un tipo de condena.

Para determinar la condena, existe una norma constitucional que limita los alcances de la sanción, pues ésta no puede ser arbitraria ni tiránica. Es el artículo 24, numeral 3 de la Constitución que dispone:

"Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado."

Bajo los parámetros que acabo de indicar, se procede, entonces a determinar con la mayor exactitud el tipo de conducta que se va a desvalorar, prohibir y sancionar penalmente, observando irrestrictamente el principio constitucional de proporcionalidad de la sanción con respecto a la infracción tipificada.

Para explicarlo y entender bien este particular es importante comenzar planteándose:

- > ¿Por qué una norma es penal y no civil, mercantil o de otro género?
- > Por qué al legislador se le ocurre sancionar con una pena determinados actos y otros no?
- > Por qué hasta hace poquísimos años, por ejemplo, el adulterio o el concubinato eran delitos y ahora ya no lo son?

La respuesta a estas interrogantes no pueden ser arbitrarias ni voluntaristas, es decir, no se puede responder: "porque así se le ha ocurrido al legislador", pues la pregunta contrario sensu sería: Y por qué no se le ocurrió otra cosa?

El ya citado tratadista español-argentino Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni propone el siguiente ejemplo para adentrarnos en esta materia:

"... acciones nada deseables o inmorales y conflictivas hay muchas: tener relaciones sexuales con una prostituta y no pagarle el precio convenido; no pagarle el salario al empleado; no pagar la cuenta de la luz eléctrica; etc. Sin embargo, en el primer caso no se puede buscar ninguna solución por vía institucional (conforme al artículo 953 del Código Civil -que correspondería al artículo 1612 de nuestro Código-); en el segundo, la solución debe procurarse mediante una demanda laboral; y en el tercero, el proveedor procede unilateralmente a interrumpir el suministro. Es decir, no todas las acciones inmorales o indeseables y conflictivas abren la posibilidad de una solución penal."

15

Entonces vemos que la respuesta a las interrogantes que he propuesto no provienen del acaso, sino que, necesariamente, deben responder a una sistemática jurídico-institucional, a un cierto orden y a una determinada valoración de las conductas humanas.

Sin ir muy lejos, pues en este mundo globalizado las distancias del Planeta se han acortado evidentemente, podemos constatar que mientras en nuestro país se penaliza la bigamia, en todos los países musulmanes, cuya población es mayoritaria en el Globo Terrestre, es permitido que un hombre se case hasta con cinco mujeres. Y ello no sólo que es perfectamente legítimo, normal, sino que es

¹⁵. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, Op. Cit., p. 21

apegado a la justicia y al derecho de esos países.

Esto último viene a demostrarnos que para la determinación de los actos y conductas que van a ser sancionados por el ordenamiento jurídico penal, los órganos de poder estatal hacen una especie de inventario de ciertos valores a los que consideran aceptables y otros que, los consideran reprochables conforme a ciertos conceptos ideológicos, políticos, económicos y religiosos.

Por ello el autor citado agrega:

"... en cualquier situación conflictiva, la solución punitiva del conflicto es sólo una de las posibles soluciones. Un autor contemporáneo ejemplifica con el caso de cinco estudiantes que conviven y uno de ellos, en cierto momento, golpea y rompe el televisor. Cada uno de los restantes analizará el suceso a su manera y adoptará una actitud diferente. Uno, furioso, declarará que no quiere vivir más con el primero; otro reclamará que pague el daño o compre otro televisor nuevo; otro afirmará que seguramente se halla enfermo; y, el último, observará que para que tenga lugar un hecho de esa naturaleza algo debe marchar mal en la comunidad, lo que exige un examen común de conciencia. Estas diferentes reacciones señalan cuatro estilos diversos para resolver un conflicto, el punitivo, el reparatorio, el terapéutico y el conciliatorio." ¹⁶

De manera que conforme se opte por una de las soluciones indicadas, los grupos de influencia o representación en los poderes del Estado impulsarán la

¹⁶. *Ibíd*em, p. 21

penalización de unas conductas y de otras no.

Como un ejemplo adicional, huelga recordar el hecho de que en nuestra legislación hubo un tiempo (de 1860 a 1876) en que para ser ciudadano era requisito legal el "ser católico"; y que el Código Penal de 1860 sancionaba con azotes, corte de la lengua y prisión el "delito de blasfemia".

Todo lo anterior viene a significarnos que los Estados adoptan un sistema de "política penal" (a la que, como dije, muchos autores denominan "política criminal") para establecer el inventario de conductas, actos y hechos condenados por el ordenamiento jurídico penalizador.

Mas, debo reiterar, esos valores no son universales ni absolutos, porque en su determinación pesan el contenido ideológico, político, religioso, cultural, ético, moralista, y su manejo conforme a los intereses de los grupos de poder que dominan el Estado.

Bajo estos parámetros vamos a concretar, en los siguientes capítulos el análisis del auspicio que se da, por medio del propio Código Penal, al proxenetismo y la prostitución de menores de edad.

CAPITULO II

LA VULNERABILIDAD DE LOS MENORES TUTELADA CONSTITUCIONALMENTE

2.1. FORMULACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA SOBRE LO QUE CONSTITUYE UN GRUPO VULNERABLE

2.1.1. EL CONTEXTO JURÍDICO MATERIAL

Toda norma jurídica tiene por base a fundamento una realidad socio-económica y político-cultural determinada, por eso es indispensable para cualquier análisis jurídico proceder a determinar cuál es el ámbito de esa base social.

Toda sociedad, a través de las distintas etapas de su historia, descansa sobre una forma particular de producir sus medios de subsistencia y de explotar los recursos del entorno natural.

Conforme se la manera de realizar la explotación de esos recursos naturales, la sociedad asume un sistema o modo de producción; así:

- a) La sociedad esclavista explotaba las minas y los campos, y realizaba otras actividades transformativas o de servicios y transportación de bienes por medio de la conquista de esclavos a los que sometía para utilizar su actividad o trabajo;

- b) La sociedad feudal efectuaba ese mismo proceso de producción de minas y campos por medio de los "siervos de la gleba"; y otras actividades productivas por medio de la artesanía; sin que por este motivo se hubiere desterrado la utilización adicional de esclavos. En la América feudal, conquistada por Europa, principalmente España, se establecieron como formas de explotación las encomiendas, las mitas y los obrajes, además de la importación de esclavos africanos; y,

- c) En la sociedad capitalista que vivimos actualmente, la producción de esos bienes se realiza mediante un proceso industrial, con la utilización de máquinas que llegan a niveles de alta tecnología; y con el lanzamiento al mercado de enormes cantidades de mercancías que copan los mercados mundiales, dando lugar a parte de este proceso denominado "globalización".

Todos estos sistemas o modos de producción que han adoptado las sociedades a través de la historia, determinan una forma especial de relaciones productivas, culturales, políticas, religiosas, sociales y jurídicas entre los seres humanos. Por ejemplo:

No es la misma relación entre el esclavo y el dueño de él; que entre el señor hacendado feudal y el siervo de la gleba (denominados "huasipungueros" en el sistema hacendario nacional); o entre el capitalista dueño de una fábrica o empresa, con el empleado u obrero.

En el primer caso, el esclavo ni siquiera es considerado como individuo de la

especie humana y así lo proclamaban todos los sabios de la antigüedad, incluidos Sócrates, Platón y Aristóteles:

"... Los demás animales no pueden ni aún comprender la razón y obedecen ciegamente a sus impresiones. Por lo demás, la utilidad de los animales domesticados y la de los esclavos son poco más o menos del mismo género... se es esclavo por naturaleza..." ¹⁷

En el segundo caso, es decir en el de los siervos de la gleba, éstos ya son considerados como seres humanos, y como tales con ciertos derechos reconocidos por la sociedad, pero arraigados a las enormes haciendas como parte dominical de ellas y destinados a la obediencia de sus amos, los señores dueños de los feudos, por eso en uno de los pasajes bíblicos se dispone, como norma jurídico-moral, lo siguiente:

"Siervos, obedeced a vuestros amos de este mundo con temor y temblor, con corazón sencillo como quien obedece a Cristo. No sirvan solamente cuando los vigilan para que los feliciten los hombres, sino que sean como siervos de Cristo, que cumplen de todo corazón la voluntad de Dios. Hagan su trabajo con empeño, por el Señor y no por los hombres..." ¹⁸

En el tercer caso, dentro de la sociedad capitalista que vivimos actualmente,

¹⁷. ARISTÓTELES, La Política, Libro Primero, De la Sociedad Civil.- De la Esclavitud ..., Ed. Universo S.A., Lima, 1.974, p. 16

¹⁸. PABLO, San, Epístola a los Efesios, en La Biblia Latinoamericana, Nuevo Testamento, Red. RICCIARDI, Ramón; y HURAUULT, Bernardo, Ed. Paulinas, Madrid, 1.972, p. 373

desaparece el feudo como unidad productiva del campo y se establece un sistema de producción intensivo mecanizado, con la utilización de asalariados campesinos: hombres libres que venden su fuerza de trabajo comprometiéndose a trabajar el horario determinado por la ley, a cambio del pago de un salario. Igual sistema se adopta en las ciudades, donde las industrias y los establecimientos de transporte, comercio y servicios, ocupan mano de obra asalariada de seres libres que contratan con sus empleadores bajo los términos de Ley.

A todo este conjunto de sistemas en que las sociedades humanas han organizado la producción de sus bienes y la creación de la riqueza social, se la denomina "formación social":

"Las formaciones sociales son grandes períodos de la historia de la sociedad, caracterizados por un conjunto -cualitativamente determinado- de relaciones económicas, sociales e ideológicas, así como de vida espiritual. Es decir, representan a la sociedad en su totalidad, tomada a un determinado nivel de su desarrollo histórico. La primera formación social fue el régimen de la comunidad primitiva. Lo relevó la formación esclavista, a la que a su vez dejó paso al feudalismo, en cuya sustitución llegó el capitalismo..."¹⁹

Luego, a cada una de estas formaciones sociales, corresponderá un sistema de concepciones: ideológicas, culturales, económicas, políticas y jurídicas, como se puede desprender de las citas enunciadas.

¹⁹. SPIRKIN, G. A., *Base de la sociedad. Las Fuerzas Motrices y Leyes del Desarrollo Social, Ed. Deu y Mata, 98, Barcelona, España, 1.975, p. 85

Pero hay un fenómeno que podemos resaltar de todos estos procesos que acabamos de reseñarlos: la existencia de un grupo social dominante, que tiene en sus manos la riqueza y, por lo tanto, el poder, para imponer su voluntad a los sometidos, llámense éstos esclavos, siervos de la gleba, empleados u obreros.

Entonces, frente a la desigualdad social fáctica, material y evidente, no se pueden aplicar los criterios civilistas tradicionales de que "todos los seres humanos son iguales y libres para contratar", porque, de hecho, existen desigualdades; y, por ejemplo, mientras un trabajador que necesita un empleo, pugna con otros tantos millones de seres que viven en la desocupación para conseguir ese trabajo; el patrono por su parte tiene ante sí esos millones de desocupados que pugnarán por conseguir el empleo ofrecido; y mientras los primeros no tienen las mismas posibilidades de escoger y, por el contrario, de ese trabajo depende el que tengan los medios para su vital subsistencia; el patrono está en las posibilidades, reales, de imponer su voluntad y sus condiciones contractuales.

En vista de la desigualdad real, que se manifiesta en forma evidente y clara, es que desde el segundo cuarto del siglo XX apareció una nueva corriente jurídica que se denomina el Derecho Social.

Este Derecho Social, es singularmente protectorio, para favorecer y garantizar ciertos derechos mínimos de los sectores menos amparados de la sociedad, y quienes se encuentran en desventaja frente a toda la estructura general del sistema.

Dentro de este Derecho Social y protectorio se encuentran el Derecho Laboral, el Derecho de Menores, el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho de

Inquilinato, el Derecho Especial para las Comunidades Campesinas y toda la gama de Leyes de Defensa Profesional: de médicos, abogados, ingenieros, arquitectos, periodistas, enfermeras, economistas, odontólogos, etc.

A nosotros, de esta variada gama integrante del Derecho Social, en esta parte del análisis nos corresponde abordar el Derecho de los Menores, considerados como "Grupo Vulnerable" de la sociedad por mandato constitucional.

2.1.2. RELACIÓN DEL MENOR CON LA FORMACIÓN JURÍDICO SOCIAL EN QUE VIVE

Si todos los seres humanos somos producto una formación social y del medio social en el que vivimos inmersos de manera próxima, conforme acabamos de analizarlo, el niño será el elemento más débil de toda la estructura social porque es una "tabula rasa" que recibirá toda la influencia material, social, económica, ideológica, psicológica, conductual, intelectual, de costumbres, moral, educativa, cultural, religiosa, jurídica y política de la sociedad.

Será el menor quien asimile todas las consecuencias de la estructura social y estará permeable a ellas. El niño no es un ser "maduro" chiquito, sino un ser humano en proceso de formación biológica y psicológica.

"... quien es el niño, su naturaleza bio-psíquica.

"a) **Concepto antiguo.**- Contrastemos este concepto con el moderno para clarificar mejor, aquél. Antiguamente se llamaba al niño 'homúnculos', lo que significaba 'hombre pequeño'. Asignábasele

idénticas cualidades y aptitudes que el adulto, teniendo sólo diferencias cuantitativas o de tamaño y no cualitativas o de calidad. Consecuencia de ese concepto errado sobre el niño era una educación verbal, abstracta, memorística, sobre la base de textos utilizados por el adulto. La disciplina era férrea y no se permitía al niño preguntar ni razonar. Los programas eran atiborrantes y de acuerdo con el criterio adulto; no se conocía, no se tomaba en cuenta al niño y sus intereses.

"Fueron... Pestalozzi, Tiedemann, Comenio, Rousseau, Preyer, los iniciadores de la transformación del concepto niño.

"b) **Concepto actual.**- Se ha desprendido de la investigación integral sistemática del niño en el hogar, en la escuela y en el laboratorio; en su medio natural y social. Primero se notaron las diferencias con el adulto y caracteres somáticos visibles, como la forma, estructura y proporción de sus miembros y, luego, las psíquicas. ..." ²⁰

Sólo gracias a las investigaciones modernas, sabemos hoy que el cerebro organiza la información proveniente del medio, de todo su entorno natural, familiar y social, y que sólo de esa manera puede utilizar la "información básica" para formarse como individuo y afrontar las múltiples necesidades de la vida.

El cerebro de un niño nace, como decía Descartes, igual que una "tabula rasa", y en su proceso de vida va asimilando la información que llega a su cerebro,

²⁰. BASTIDAS AGUIRRE, Jacinto, Psicopedagogía Ecuatoriana, Ed. Ministerio de Educación, Quito, 1.954, ps. 24 y 25

así se va formando su lenguaje y su concepción del mundo y se va desarrollando todo el cúmulo de procesos psíquicos y conductuales que harán de él un individuo formado.

El niño, por consiguiente, está sujeto a una serie de contingencias, que lo hacen vulnerable a todo cuanto de bueno o malo se refleje en su cerebro, en su psiquismo, en su conducta, en su personalidad.

"La relación cognoscitiva entre el hombre y el mundo surge al aparecer la actividad psíquica del cerebro como órgano que sirve para que el organismo pueda relacionarse con lo que le rodea. la acción recíproca que se establece entre el individuo y el mundo; la vida, el hacer práctico del hombre, constituyen la premisa ontológica en virtud de la cual puede surgir, en el individuo, una actitud cognoscitiva respecto del mundo. En su sentido específico, como proceso social e histórico, el conocimiento del hombre se halla vinculado a la aparición del lenguaje. Sólo la aparición de la palabra permite fijar los resultados del conocimiento, le confiere continuidad, de suerte que el conocimiento no se circunscribe a actos que constituyen una simple repetición y que en esencia se encuentran aislados. Aparece el *proceso* histórico del conocimiento.

"Al producirse la relación cognoscitiva entre el individuo y el mundo, en cuanto realidad objetiva, surge el problema gnoseológico." ²¹

²¹. RUBINSTEIN, S. L., *El Ser y la Conciencia*, Trad. VIDAL ROGET, Augusto, Ed. Grijalbo, S. A., México, 1.963, p. 27

De tal manera que en la relación del niño con su mundo material, va adquiriendo el conocimiento como reflejo del mundo, como realidad objetiva; y se convierte, por así decirlo, en producto de aquel mundo creado históricamente y que ha instituido sus sistemas de producción, sus instituciones políticas, sus sistemas educativos, su superestructura jurídica, etc.

2.1.3. DEFINICIONES Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA VULNERABILIDAD DEL MENOR

La noción jurídica de VULNERABILIDAD se introduce desde la última Constitución, vigente en nuestro país desde el 10 de agosto de 1.998, la misma que en el artículo 47 dice:

"En el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos."

Esta disposición constitucional parte del reconocimiento fundamental de que existen sectores poblacionales que por su sola condición de SER, es decir por su condición ontológica, deben considerárselos como sectores vulnerables y, en tal virtud, merecen una atención preferente y prioritaria.

Pero, ¿qué significa ser vulnerable?

A este respecto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua nos dice lacónicamente:

"**vulnerable** adj. Que puede ser herido o recibir lesión física o moralmente. ***Vulnerabilidad** n. f. Calidad de vulnerable."

Mas, ¿qué es lo que torna "vulnerable" a un objeto o persona para que éstos se pongan en el riesgo de ser heridos o lesionados física o moralmente? Dicho de otro modo, ¿quién o qué es aquello que lo puede "vulnerar"?

"**vulnerar** v. tr. **1.** Transgredir, quebrantar, violar una ley o precepto.
2. Dañar, perjudicar, herir. ***vulneración** n. f. Acción o efecto de vulnerar.

Bajo esta simple combinación lingüística, tendríamos que llegar a un primer significado o conclusión puntual: nadie puede estar en situación "vulnerable", si no existe un acto externo, objeto o fenómeno que lo pueda vulnerar.

Por qué, entonces, son vulnerables los sectores sociales y grupos a los que se refiere la disposición constitucional?

Simplemente, porque **no** están en las mismas condiciones jurídico-materiales que les permita, en esta sociedad competitiva, desempeñarse a plenitud, de acuerdo con sus aptitudes y con todas las capacidades genéricas, inherentes a todo ser humano.

Y en cuanto a los menores, que son la parte fundamental del análisis que nos ocupa, éstos se presentan como vulnerables porque, como seres humanos, son entes sociales en formación bajo todos los aspectos indicados en el acápite anterior.

De modo que frente a una situación objetiva de vulnerabilidad, en la que pueden ser dañados por múltiples factores externos del medio social, es indispensable que todas las fuerzas y organismos del Estado concurren en su protección, cuidado y tutela integral.

2.2. LOS DERECHOS HUMANOS ESPECIALES DEL MENOR GARANTIZADOS CONSTITUCIONALMENTE

2.2.1. LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217-A (III), del 10 de diciembre de 1.948.

No obstante hay autores de la talla del Dr. Guillermo Cabanellas, quien sobre los derechos humanos se expresa del siguiente modo:

"Hacia 1.970 ha empezado a circular en el lenguaje internacional esta expresión, que en principio parece superflua, por cuanto su contenido no difiere del tradicionalmente designado como *derecho de la personalidad...*

"En todo caso, cuando de derechos humanos se habla por diplomáticos, políticos y periodistas se hace referencia casi siempre a una transgresión supuesta o real del respeto que el hombre merece como individuo...

"Lo notable es que los que más recuerdan los derechos humanos en países ajenos, son los que sistemáticamente los han atropellado de frontera para adentro...; y, más allá de sus límites fronterizos, en invasiones..."²²

De modo que esta invocación a los derechos humanos aparecería como lenguaje puramente superfluo, sin contenido preciso, con intencionalidad eminentemente política y, en el fondo, sin trascendencia jurídica.

Sin embargo, insisto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, fue realizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en consideración a que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; y que, en vista de ello, una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso; entonces, la Asamblea General proclama tal Declaración:

"... como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones,

²². CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T. III, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1.986, p. 154

inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción." ²³

Los derechos humanos, por consiguiente, constituyen todas aquellas garantías jurídicas establecidas por la mencionada Declaración Universal y que forma parte del ordenamiento global de todas las naciones y Estados que conforman esta entidad supranacional; pero que, al mismo tiempo, se encuentran incorporados a la legislación nacional, como parte integrante de la dogmática constitucional y por remisión expresa a tal Declaración, como la que se hace en el artículo 17 de nuestra Constitución vigente:

"El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos."

Esto significa que Los Derechos Humanos forman parte de la Legislación Nacional por expresa disposición de la norma constitucional señalada. No se trata, en consecuencia, de una simple evocación, sino de una serie de principios

²³. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo, inciso final, Editada por Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2001, p. 8

concretos que deben fundamentar, y que de hecho fundamentan, los lineamientos de los Derechos Civiles, del Debido Proceso y de todo cuanto es intrínseco al contenido de las leyes positivas, contenidas en los distintos instrumentos jurídicos.

2.2.2. LINEAMIENTOS GENERALES DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL MENOR GARANTIZADOS CONSTITUCIONALMENTE

En primer lugar, los menores de edad, al contrario de lo que sucedía anteriormente, son considerados como ciudadanos desde el momento de su nacimiento; este derecho está consagrado en el artículo 6 de la Constitución:

"Todos los ecuatorianos son ciudadanos y, como tales, gozan de los derechos establecidos en esta constitución, que se ejercerán en los casos y con los requisitos que determine la ley."

Este giro conceptual que parece nuevo en el sistema jurídico constitucional, aunque parezca paradójico es tan antiguo como la instauración de las primeras "polis" o "ciudades estado" de la antigua Grecia.

Efectivamente, para los griegos, aunque era muy clara la distinción entre los seres humanos y los esclavos, conforme la visión aristotélica ya indicada, en cambio, no concebían la existencia de seres humanos aislados, sino como miembros del grupo social, como integrantes de la "civite" o de la ciudad estado, en definitiva, como parte consubstancial de la "polis".

Por consiguiente, en la "polis" griega todo individuo era un zoos-politíon, un ser político, una parte integral de la ciudad-estado, y en vista de ello era un

ciudadano.

No obstante, entre otras de las divisiones sociales que establecían los griegos, se contaba, por ejemplo, la discriminación de sexo o como hoy se la denomina: discriminación "de género"; y la discriminación de los menores de edad, quienes apenas eran "homúnculos", sin capacidad plena y sin el goce de derechos porque permanecían sometidos a la autoridad paterna: el "filobasileus" que era equivalente del paterfamilias romano, de los patriarcas judíos o de los brahmanes hindúes.

En general, hasta hoy se mantiene la "capiti deminutio" (capacidad jurídica disminuida) del menor, pero los principios universales de los Derechos Humanos en el artículo 2, reconoce:

"Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, NACIMIENTO o cualquier otra condición."

El inicio de la vida de una persona comienza desde su nacimiento, de tal modo que como persona, todo recién nacido ya es titular pleno de todos los derechos personales reconocidos universalmente a todo individuo.

Ese principio se concreta en varias de nuestras disposiciones constitucionales como la del artículo 23, numeral 3 de la Constitución que establece:

"... Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de LOS MISMOS derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de NACIMIENTO, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier género."

Se puede constatar en forma evidente que existe perfecta concordancia e igualdad jurídico-conceptual entre la Declaración Universal de los Derechos Humanos y esta norma del artículo 23 de nuestra Constitución Política.

Por, consiguiente, la vieja concepción jurídica de negar el derecho del menor a la "civite", a la ciudadanía, significaba una ruptura lógico-jurídica del principio por el cual todo individuo pertenecía a la comunidad social, a la polis.

El no reconocimiento del Derecho de Ciudadanía al menor de edad, era tanto más violatorio de todo principio jurídico, cuando a partir de la segunda mitad del siglo XX, el proceso de igualdad socio-jurídica se había ido consolidando en todos los foros internacionales.

De manera, que este derecho de ciudadanía para el menor, que aparece como novedad jurídica de los últimos tiempos, no es tan nuevo, sino que, la negativa de tal derecho al menor sólo constituía una violación al principio lógico jurídico de los Estados contemporáneos.

Otra cosa muy distinta es que el menor no tenga el goce de ciertos derechos políticos, como el de elegir y ser elegido para ciertos cargos de función pública,

aunque en las instancias o ámbitos en que se desenvuelva, es perfectamente capaz para representar y ser representado, como en los Consejos Estudiantiles y otro tipo de asociaciones, clubes o entidades de ese género.

2.3. LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES DE ECUADOR ASUMIDOS EN LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por las Naciones Unidas, en su Asamblea General, el 20 de noviembre de 1.989, la misma que en su artículo primero comienza definiendo lo siguiente:

"Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en otra virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."

Entonces, cuando en este trabajo nos referimos a un menor o a un niño, estamos, de conformidad con la citada Declaración, remitiéndonos a una persona que no ha cumplido todavía los dieciocho años.

Este principio de la Convención, se encuentra recogido en el artículo 49 de nuestra Constitución de la República:

"Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser

humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten."

Vemos que la disposición constitucional recoge el principio de minoridad establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, bajo la denominación de "niños y adolescentes", de tal modo que los miembros del grupo social a que hace referencia esta Norma, deberán estar plenamente garantizados en todos los aspectos jurídicos y materiales a los que se refiere la disposición transcrita.

No obstante, además de la norma constitucional expresada, el artículo 51 de la misma Carta Suprema señala:

"Los menores de dieciocho años estarán sujetos a la legislación de menores y a una administración de justicia especializada en la Función Judicial. Los niños y adolescentes tendrán derecho a que se respeten sus garantías constitucionales."

Y es que en la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al artículo 2, se estableció el compromiso de que:

"Todos los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la

presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

"Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares."

Así se van entretejiendo los conceptos jurídicos y las realidades materiales que pretende abarcar el ordenamiento jurídico protectorio para este sector vulnerable de la población. Vemos que este artículo de la Declaración guarda estricta correspondencia con la enunciada norma constitucional del artículo 23, numeral 3.

En definitiva se establece que todas las medidas concernientes a los niños, ya sea que tomen las instituciones públicas o las entidades privadas de bienestar social, o las autoridades administrativas, judiciales o legislativas, atenderán al interés supremo del menor como una consideración primordial.

Todo aquello supone el compromiso de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, conforme a las responsabilidades y

obligaciones de sus padres, tutores y otras personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.

2.4. PRINCIPIOS Y DERECHOS PROTECTIVOS ESPECIALES, PARA EL MENOR QUE FORMAN PARTE DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Siguiendo los principios jurídico-doctrinarios establecidos por las Normas del Derecho Internacional Público sobre los Derechos del Niño, el artículo 50 de la Constitución Política de la República señala:

"El Estado adoptará las medidas que aseguren a los niños y adolescentes las siguientes garantías: [...]

"1. Atención prioritaria para los menores de seis años que garantice nutrición, salud, educación y cuidado diario.

"2. Protección especial en el trabajo, y contra la explotación económica en condiciones laborales peligrosas, que perjudiquen su educación o sean nocivas para su salud o su desarrollo personal.

"3. Atención preferente para su plena integración social, a los que tengan discapacidad.

"4. Protección contra el tráfico de menores, pornografía, prostitución, EXPLOTACIÓN SEXUAL, uso de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y consumo de bebidas alcohólicas.

"5. Prevención y atención contra el maltrato, negligencia, discriminación y violencia.

"6. Atención prioritaria en casos de desastres y conflictos armados.

"7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes nocivos que se difundan a través de cualquier medio, y que promuevan la violencia, la discriminación racial o de género, o la adopción de falsos valores.

Todo este entorno jurídico se ha plasmado en nuestro país, precisamente como concreción de los postulados de la Declaración sobre los Derechos del Niño emitida por la Organización de las Naciones Unidas.

Por acatamiento de nuestro país a dichos principios universales, fue precisamente el Ecuador uno de los primeros países del mundo en ratificarlo y hacer el Depósito correspondiente para la plena vigencia de la Declaración; y, posteriormente, el 7 de Agosto de 1.992, mediante Registro Oficial No. 995, se promulgó el nuevo Código de Menores, el mismo que es uno de los más avanzados de Latinoamérica, excepto Cuba.

Entre los objetivos jurídicos básicos del Código de la Niñez y Adolescencia, el cuerpo jurídico más reciente protectorio de los menores, se enumeran:

- a) Consagrar los derechos fundamentales del menor;

EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES
EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO

- b) Determinar los principios rectores que orientan las normas que garantizan los derechos del menor;
- c) Señalar los derechos y deberes del menor en la convivencia familiar y social;
- d) Definir las situaciones de riesgo en las que se puede encontrar el menor;
- e) Determinar las medidas que deben adoptarse con el fin de proteger al menor que se encuentre en situación de riesgo, y las medidas que tiendan a la superación de dicha situación;
- f) Señalar la competencia y los procedimientos para garantizar los derechos del menor;
- g) Establecer los servicios, modelos y alternativas de protección al menor que se encuentra en situación de riesgo, sin perjuicio de las normas orgánicas y de funcionamiento que se dicten; y,
- h) Garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes de nacionalidades indígenas y afroecuatorianos, a desarrollarse de acuerdo a su cultura y en un marco de interculturalidad, conforme a lo dispuesto en la Constitución Política de la República, siempre que las prácticas culturales no conculquen sus derechos.

Todo esto, bien entendido que los deberes establecidos en el Código de

Menores para el Estado, no excluyen la obligación que tiene toda persona de amparar a la familia, a la madre en gestación y al menor.

Se estableció además que ninguna norma del Código de la Niñez y Adolescencia puede interpretarse en forma que contravenga a sus objetivos básicos, a los principios rectores que se encuentran en el Título I de dicho cuerpo legal, o a las disposiciones consagradas en convenios o normas internacionales ratificadas o aprobadas de acuerdo a la Constitución y a las leyes del país.

He de reiterar esto último: NINGUNA norma puede violar los principios básicos y rectores de la Declaración sobre los Derechos del Niño; y, de conformidad con todo el ordenamiento legal que hasta aquí he expuesto, peor todavía atentar contra su integridad sexual, contra su intimidad, contra este valor en formación que es el más intrínseco y substancial.

Entonces, no se puede permitir que ningún individuo ni entidad o institución, sea pública o privada, sea civil o mercantil, etc., etc., explote sexualmente a un menor, peor aún si tiene "a su cargo una casa de tolerancia", que, precisamente, es un sitio de perversión para su conducta y bio-psico-personalidad, un lugar de comercio ilícito. Este es el punto fundamental que anima la investigación presente.

Para culminar esta parte del análisis de que el Código de la Niñez y la Adolescencia responde a los lineamientos doctrinarios de la dogmática jurídica impuesta por la Nueva Constitución vigente; y entre los principales aspectos de contenido que conviene resaltar, por su tratamiento innovador puedo mencionar los siguientes:

EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES
EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO

- a) Un nuevo tratamiento a la condición de persona del menor, acorde con su derecho de ciudadanía consagrado en la nueva constitución; reconoce la plena validez de sus actos jurídicos a partir de los 15 años;
- b) Un nuevo tratamiento sobre la patria potestad, la misma que se consagra en favor (y como obligación) de ambos progenitores bajo la denominación de *potestad parental*;
- c) Se introducen cambios significativos en la concepción de la denominada potestad parental, poniendo fin al derecho real de usufructo de los padres sobre los bienes del hijo de familia;
- d) Se viabiliza la autorización extrajudicial, ante notario para que los menores puedan salir del país;
- e) En cuanto a los alimentos se mantiene la figura de presunción de paternidad y para compeler a los alimentantes, se aumenta el tiempo del apremio personal a 20 días la primera vez y a 60 por reincidencia;
- f) Hay también un cambio jurídico en cuanto a lo que se denominaba "situación irregular" del menor, por la carga conceptual que ésta designación llevaba implícita. Se establecen, con mejor técnica, los principios constitucionales del debido proceso en favor del menor que presumiblemente hubiere cometido una infracción;
- g) Además se establece un sistema descentralizado de protección

integral de la niñez y adolescencia. Este es el único punto controversial por el interés de ciertas instituciones que desaparecieron orgánicamente, como los Tribunales de Menores; y,

- h) No obstante el sistema judicial de menores propuesto, responde a un criterio técnico de ingeniería institucional mucho más acorde con la nueva concepción del Derecho de Menores.

CAPITULO III

ALCANCE JURIDICO-SISTEMATICO DEL CAPITULO III, TITULO VIII, LIBRO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PENAL

3.1. LOS CAMBIOS DE DENOMINACIÓN DEL TITULO VIII, CAPITULO III, LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO PENAL

3.1.1. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA "CORRUPCIÓN DE MENORES"

A pesar de las garantías constitucionales que acabo de puntualizar en el capítulo anterior, existe una multiplicidad de mecanismos represores, en contra de la identidad y expresión sexual, la misma que tiene mayor peso gravitacional cuando se aplica contra los menores: niñas, niños o adolescentes.

En definitiva, vivimos dentro de una sociedad que mantiene osamentada una herencia medieval sobre el sexo y la sexualidad humana.

Nuestra civilización considera al sexo como algo prohibido, censurable, pecaminoso, sucio, vergonzante, indigno, envileciente, etc... Y bajo estas premisas se canalizan una serie de conceptos que de manera explícita o implícita se difunden por todos los medios, para generar una sociedad psiconeurótica y condenatoria de toda práctica sexual.

Esta concepción sobre la sexualidad causa grave perjuicio a la niñez y a los adolescentes, pues bajo supuestos moralismos se los vitupera ante cualquier expresión más simple de su genitalidad o deseo sexual.

Desde el instante en que una madre se alarma e impide, con tremendo disgusto, que su hija se rasque la vagina o que su hijo se toque el pene, ese momento se ha sembrado una huella imborrable de condenación prohibitiva, que va a destruir la expresión de su sexualidad.

Si al elemento anterior se le agregan todos los mecanismos de ocultación celosa de sus genitales, bajo el supuesto del "recato", del "pudor, de la "virtud", del "pecado" y de la condenación eterna en los fuegos del infierno, ya tenemos todo un cuadro de pavor que ha destruido el equilibrio psico-emocional del niño.

Luego, a título de educación sexual, se anteponen una serie de moralismos y de religiosidad para tratar el tema. No hay curso de educación sexual que no invoque a escritos sagrados o a premisas moralistas, antes de topar el tema con franqueza y oportunidad.

En otros casos, y como sucede realmente en las aulas de los colegios, las

clases de educación sexual se limitan a simples instrucciones de carácter anatómico-funcional, sobre los genitales y los mecanismos de reproducción ovulo-espermática.

Todo este entorno ideológico-moralista determina que la niñez y la adolescencia no tengan una real formación sobre el papel de su sexualidad en su vida material, moral y afectiva; problema que se agudiza porque en la época adolescente ya empieza todo el proceso de funcionamiento hormonal desiderativo y fisiológico d todo el entorno que Segismundo Freud denominó líbido-sexual.

Entonces, para los adolescentes se manejan nuevos conceptos moralistas sobre la virginidad, sobre la pasividad sexual de la mujer, sobre la dignidad femenina como antítesis de libertad o ejercicio sexual, sobre la "virtud" como contrapuesto a la sexualidad en general, etc.

"La virginidad es un tesoro de la mujer. Al menos eso era lo que se sobreentendía en las sociedades patriarcales, especialmente en aquellas que la mujer tenía precio. A ningún comprador le gustaba salir defraudado y la castidad prenupcial era cuidada por el padre de la doncella con muchísimo esmero [...]"

"Eso sí, antes y ahora, la ruptura del himen tiene que ver son una ruptura abrupta con el pasado. `De niña a mujer' [...]"

"La idea de que la virgen no conoce el deseo hasta su iniciación sexual y de que es el varón el que despierta su sensibilidad, es otro

mito falocrático y con muy poco sustento..."²⁴

Las cosas no se detienen allí, se llega a postular como principio moral único y excluyente que la práctica o ejercicio del sexo deben estar encaminados exclusivamente a la reproducción, impidiendo todo disfrute, toda complacencia, precisamente porque se las declara como satisfacciones "pecaminosas":

"... El ser humano es una totalidad de alma y cuerpo; en la persona madura, Eros y Sexo se fusionan en el Amor, aun cuando el cristianismo no desconozca tampoco el `aspecto nocturno dionisiaco' y la fuerza a veces punto menos que DEMONIACA de la sexualidad ... la sexualidad se ve expuesta a la fragilidad humana ... Santo Tomás, siguiendo a Aristóteles, considera los instintos como potros que arrastraban el carro ... El Concilio de Nicea (325) alabó la costumbre, a la sazón muy divulgada, y que condujo a Orestes a castrarse `por el reino de los Cielos'. Los mejores teólogos han elevado en todos los tiempos su voz por la definición del Matrimonio dada por San Agustín: `remedio de la concupiscencia'; o de San Pablo: `Quien se casa obra bien; quien no se casa obra mejor'."²⁵

Y por estos mecanismos ideológico-religiosos se va generando una represión subliminal, casi oculta pero evidente, mediante una condenación directa a

²⁴. LERER, María Luisa, *Sexualidad Femenina: Mitos, Realidades y el Sentido de Ser Mujer*, décima edición, Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1.987, ps. 42 y 43

²⁵. BRACHFELD, Oliver, S. J., *La Tercera Escuela Vienesa y la Pedagogía Sexual*, en, *Presentación de la obra Pedagogía Sexual de ALLERS, Rudolf*, segunda edición, Ed. Luis Miracle, Barcelona, España, 1.965, p. 40

todo lo que tiene relación con el sexo, con este instinto natural que es parte vital de la bio-funcionalidad humana.

En el fondo se pretende la implantación de una sociedad "pura", como sinónimo de condena a toda expresión "lúbrica" de la sexualidad. Así, en la obra ya citada se expone:

"Pureza significa, como acabamos de observar, algo más que abstenerse meramente de determinados actos; su contenido esencial es una actitud espiritual que impera en toda la vida de la persona. Será a menudo difícil determinar si la pureza que creemos observar en una persona es tan sólo un modo más bien superficial de comportarse, o bien un signo de pureza auténtica. Como nadie ignora, hay personas que sólo llevan una máscara de la pureza. Se pueden establecer varias graduaciones; así por ejemplo, fingir como si se fuera puro, pero sólo al verse observado, y pecar en lo secreto; o abstenerse de actos impuros, pero entregarse a fantasías y deseos turbios. Representa ya un problema mucho más difícil el papel desempeñado 'inconscientemente'. He aquí, por ejemplo, una persona que está sinceramente convencida de su pureza, mientras que tras esa máscara suya, inconscientemente para ella misma, está en acecho la impureza. ..." ²⁶

Como se puede ver, todas estas formulaciones sobre la sexualidad, están encaminadas principalmente contra los menores, niños y adolescentes porque se las difunde a título de "educación sexual"; y son, a todas luces, represivas; pero

²⁶. *Ibídem*, p. 166

que, ante todo los ponen en situación de riesgo frente a todos los mecanismos de explotación sexual, que en las sociedades actuales se ha convertido en una las más grandes, rentables y lucrativas "industrias" modernas.

Y es que al pretender la vigencia de una sociedad supuestamente "angelical", completamente asexual, toda vez que hasta el mismo matrimonio no es más que un "remedio a la concupiscencia", se crea un cerco moralista condenatorio de la sexualidad, pretendiendo que toda la humanidad sea "pura", es decir "asexual".

Todas esas formulaciones son una farsa que descamina a la niñez, la pone en situación de mayor riesgo ante realidades que las ignora; y que en el fondo, desde esta otra perspectiva conceptual, **la corrompe**.

Los mecanismos prohibitivos hacia todo cuanto signifique sexualidad, llegan a tales niveles que en ciertas sociedades musulmanas, ni siquiera pueden existir ginecólogos varones, porque les está prohibido "manipular" en ninguna parte íntima de la mujer y peor en su vagina. Sólo una mujer, ginecóloga, puede atender clínicamente a la paciente, incluso para ayuda emergente de un parto.

Pero estos mecanismos de represión se convierten, en primer lugar en una fuente de resistencia activa o pasiva, pues no puede existir un aspecto de la contradicción sin la respuesta de su antítesis.

Si comprendemos que la necesidad sexual y todo el desencadenamiento de la libido en sus distintos aspectos, son perfectamente naturales, como la sed o el hambre, entenderemos mejor que si a una persona se le mezquina o se le impide

comer cuando tiene hambre, ésta será capaz de las peores reacciones para comer y saciarse; igual cosa sucederá si a un sediento se le niega el agua. Quien bajo determinadas circunstancias haya pasado situaciones de apremio por hambre o por sed, puede comprender perfectamente lo que estoy expresando.

Entonces, si frente a una necesidad tan natural como el hambre y la sed, se imponen esa serie de mecanismos prohibitivos a la sexualidad: ya sean éstos subliminales, ideológicos, culturales, educativos, religiosos, moralistas, míticos, condenatorios, etc., lo mínimo que estas prohibiciones pueden ocasionar es la reacción del individuo frente a ellos.

Y las reacciones son del más variado género, desde el refugio solipsista en la masturbación, hasta las castraciones alabadas por la Iglesia primitiva y otros múltiples refugios y/o desviaciones.

"Todo esto no es sino la expresión de una mojigatería indigna... mal encubierta con deleznable argumentos. Si realmente se reconoce a los factores de la vida sexual la categoría de causas patógenas, su estudio y discusión constituirán para el médico un deber ineludible. Al obrar así, no se hace reo de un mayor atentado contra el pudor que al reconocer, por ejemplo, los órganos genitales de una paciente para curar una afección local, de mujeres ya maduras residentes en lugares alejados de la capital (Berlín), se oye contar aún, alguna vez, que han preferido irse agotando en repetidas hemorragias genitales, a consentir un reconocimiento médico. La influencia educativa ejercida por los médicos ha logrado en el curso de una generación, que entre las mujeres de hoy sean ya muy raros los casos de

resistencia, y si aún surge alguno, es considerado como una ridícula
gazmoñería. ¿Vivimos acaso en Turquía?- preguntaría el médico-
donde las mujeres enfermas sólo pueden mostrar al médico el brazo,
¿pasándolo a través de un agujero de la pared?"²⁷

Este pasaje expuesto por el Maestro del Psicoanálisis nos demuestra los
ámbitos de prohibición de la sexualidad, incluso con fines médicos, y hasta el recelo
de los propios profesionales para tratarlo con sus pacientes; y además, la
resistencia de las mujeres para permitir la revisión de sus partes íntimas.

Todo esto conforma el cúmulo de mitos que rodea a la sexualidad
humana!!!.

Pero, lo que también resalta del pasaje referido por Freud, es que esta
represión sexual se convierte en factor primordial desencadenante de la neurosis,
como causa patógena fundamental; y en el fondo, **de una corrupción del espíritu.**

Pero las neurosis tienen otras funciones desencadenantes de
comportamientos psico-patológicos, lo que significa que son dañosas para la
conducta, la psiquis, y todo el entorno de la "espiritualidad" o el "amor" que debe
rodear al sexo.

Tales factores afectan en mayor medida precisamente a los niños y
adolescentes, porque son individuos en formación, sujetos a todas las influencias
dañosas del medio social.

²⁷. FREUD, Sigmundo, Obras Completas, Vol. II, Proyecto de
una Psicología para Neurólogos y otros Ensayos, Ediciones ORBIS S.
A., Buenos Aires, 1.988, ps 317 y 318

En las condiciones descritas, los niños y adolescentes se convierten en fáciles presas de utilización sexual con fines deshonestos.

Es por aquello que la mayoría de las violaciones, por ejemplo suceden precisamente en el seno familiar, lo cual incrementa los factores de riesgo en contra de los menores y agudiza su vulnerabilidad en esta materia.

Por todas estas razones y factores de riesgo a que se encuentran expuestos los menores en su sexualidad, es que el Derecho positivo ha pretendido establecer una normativa que proteja su integridad, que garantice su intimidad y que, de algún modo, evite su comercio sexual. (Luego veremos que esta intencionalidad no es más que simple apariencia).

Por ejemplo, en la práctica, la violación generalmente no se juzga y, por tanto, queda impune:

"... Para el Centro de Estudios e Investigaciones de la Mujer Ecuatoriana (CEIME)... en el Ecuador los casos de abuso sexual quedan en la impunidad. Los actores del sistema de justicia, desde la Policía, los peritos, los fiscales, jueces, magistrados, etc., prefieren no denunciar. La impunidad en este tipo de delito se produce también por el silencio de la víctima. UNICEF, en un estudio de octubre de 1.998 a marzo de 1.999, estableció que el 76 por ciento de casos de violencia sexual no denunciados, ocurrió en contra de menores de 18 años y que el 43 por ciento de esos casos reveló incesto. Otra causa de la impunidad es la ignorancia; en la mayoría de los juicios que

investiga la justicia, las víctimas no se practicaron un examen médico legal tras sufrir un abuso sexual. En los juzgados del Ecuador, ese examen, que sólo se practica en dos oficinas (Quito y Guayaquil), no cuenta con alta tecnología y es la única prueba de abuso sexual..."²⁸

No dejan de ser preocupantes, al menos, los resultados que arrojan los estudios de entidades muy serias y de prestigio internacional como la UNICEF, que es uno de los organismos técnicos especializados de atención a la niñez.

Ello no significa otra cosa que los menores se encuentran realmente expuestos al riesgo del abuso sexual franco y directo, y que los infractores, sujetos activos del ilícito, tienen carta blanca de impunidad.

Tenemos por consiguiente, una sociedad neurotizada por los tabúes sexuales, que descarga su psicosis en los niños y adolescentes, quienes como sector vulnerable se encuentran prácticamente sujetos al más cruel desamparo estatal, social, educativo, cultural y del tráfico más oprobioso.

3.1.2. EL PROXENETISMO COMO UNA SIMPLE ESPECIE, EN EL ÁMBITO JURÍDICO DE LA "CORRUPCIÓN"

Hemos venido demostrando la calidad jurídica especial de un menor de edad frente al conglomerado social, la misma que responde a su situación material de persona en proceso de formación, y a quien el Estado debe atención preferente

²⁸. DIARIO EL COMERCIO, La violación no se pena. Más del 95 por ciento de juicios por abuso sexual queda en nada, Quito, 6 de Mayo del 2001, p. A-6

y prioritaria.

En tal virtud, siendo la sexualidad uno de sus bienes jurídicos que mayor trauma personal puede ocasionar en caso de que fueren violados de cualquier manera, el Estado debe tutelarla con prioridad.

Hablo del menor en general, al margen de su género porque ambos merecen una atención formativa y una protección absoluta pues tanto el varón como la mujer, siendo menores de edad se encuentran en situaciones de riesgo frente a una sociedad llena de corruptelas que, sin embargo, de labios para afuera proclama una serie de valores, como supuestos formales.

La supuesta "revolución sexual" que se iniciara en la década de 1960, ha sido capitalizada por una serie de mecanismos explotadores del "morbo", para utilizar los símbolos sexuales (o lo que se denomina el "segundo sistema de señales") para alienar masivamente a la población mundial.

Tal "revolución sexual" no ha servido para que la sociedad se desprenda de viejos prejuicios anquilosados ni de los tabúes sobre el sexo y su ejercicio, sino que, por el contrario, se han incrementado los eufemismos y la gazmoñería sobre el tema, convirtiéndolo en simples conceptos anatómico-moralistas, fisiológico-espirituales o ético-religiosos.

De esta forma, mientras se manejan dichos conceptos en forma subliminal, alienante y hasta perversa, de otro lado se fomenta un gran mercado mundial del comercio sexual por diversos medios, directos e indirectos, explícitos e implícitos, evidentes y velados.

En medio de esta guerra competitiva del comercio sexual, se encuentra la mujer (niñas y adolescentes) como ante un "fuego cruzado"; y, más todavía, la mujer menor de edad, como una fácil presa apetecida por el proxenetismo, la rufianería y todo tipo de tráfico: desde el "inocente" modelaje, hasta los "chats" pornográficos y el reclutamiento masivo para el ejercicio de la prostitución.

Por consiguiente, la situación de la niña menor de edad, es la de mayor riesgo ante la perversión de esta "sociedad de consumo", pues se ha convertido en apetecible mercancía desde las más tiernas edades.

Cuando hablamos de la sexualidad del menor como bien jurídico protegido, no estamos hablando de un simple concepto de "libertad sexual" (aunque la misma esté implícita dentro de tal esfera jurídica) pues su calidad de menor impide que dicha libertad pueda ser ejercida con albedrío completo (con plena capacidad de disposición) precisamente porque está formándose, porque no llega a su madurez y porque todo embarazamiento a su libre formación, desmerece a la sociedad entera, destruye la noción de "familia" y corrompe los cimientos ético-jurídicos del Estado mismo.

Por consiguiente, la sexualidad del menor como bien jurídico protegido tiene que ver con la eticidad del estado, con sus valores fundamentales, con su razón de ser, con su calidad moral de tutelador del Derecho, en fin, con su esencia y sus valores colectivos globales.

"Ideal supremo de toda sociedad es proteger a todos los menores para que alcancen su normal desarrollo... orienta su objetivo hacia la

formación del menor para que puedan cumplir sus fines en el futuro. Mediante el cuidado... atención a la alimentación, vestuario, educación, salud... los menores alcanzan la plenitud de su conducta integral cuando han llegado a la mayoría de edad. Entonces son personas útiles a la sociedad." ²⁹

Desgraciadamente, este ideal supremo, inherente a toda sociedad y a todo Estado civilizado, no se cumple, y cada vez tenemos un mayor número de menores en el más completo desamparo social, económico, jurídico, educativo, de salud y en otros aspectos materiales.

Este ingrediente adicional torna más vulnerable al menor para caer en manos de los traficantes sexuales, cuyos establecimientos proliferan y se multiplican día a día, bajo amparo legal del propio Estado.

"El niño de la calle vive en un ambiente violento, la autodefensa hay que practicarla en cada momento, pelearse por un precio justo, por un espacio de trabajo, de alimentación; aquí se enfrentan a muchos peligros y agresiones: los policías municipales, los nacionales, el Escuadrón Volante, agentes del SIC, más los adultos peatones, forman un cuerpo al que se contraponen, se enfrentan; y de quienes reciben insultos, golpes ... Este ambiente de inseguridad moral y material agresivo y violento es el hábitat natural de los niños, el bosque de cemento de cada mañana ..." ³⁰

²⁹. ORBE CALVACHE, Héctor Floresemilo, Derecho de Menores, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1995, p. 20

³⁰. SÁNCHEZ, Fernando; y, PAREDES, Marco, Los Niños de la Calle, Informe de Ecuador presentado al Segundo Congreso AUTORA: DRA. PATRICIA ORTEGA RAMÍREZ, ABG.

Pero esta responsabilidad institucional de la sociedad y del Estado, cuando ocurren situaciones irregulares, pretende ser descargada bajo los hombros de los propios menores, y a las víctimas se las hace aparecer como "victimarios", a través de una serie de medios propagandísticos.

Por ello, no se insistirá, jamás, lo suficiente sobre la obligación jurídica del Estado para dotar al menor de la protección suficiente en todos los aspectos materiales, culturales, y espirituales; y esta es su obligación preferente y prioritaria.

Uno de los Gobiernos nacionales, que se autoproclamó socialista democrático, manifestó lo siguiente, el día miércoles 9 de noviembre de 1988, ante un grupo de niños que fueron manipulados para hacerle una "visita":

"... necesito un poco más de tiempo para conseguir los objetivos que me he propuesto en bien del país; no pueden exigir que en dos o tres meses yo cambie la situación que tiene muchos años de existencia. Hacemos los esfuerzos, los resultados vendrán el próximo año, pero el pueblo ecuatoriano tiene que darme tiempo ...

"Lo jóvenes tienen que sacrificarse y estudiar, porque si no estudian en la vida serán mal pagados, ocuparán una escala entre la gente oprimida y explotada del país. Ustedes tienen que prepararse para con un oficio desenvolverse en la vida. Así mejorarán las condiciones de existencia de ustedes..." ³¹

Latinoamericano sobre el Maltrato al Menor, Estudio No. 11, Ed. por INFFA, Quito, 1992.

³¹. BORJA CEVALLOS, Rodrigo, en, DIARIO HOY, miércoles 9 de AUTORA: DRA. PATRICIA ORTEGA RAMÍREZ, ABG.

A pesar de que se prometieron resultados concretos para el siguiente año, esto es, para el 9 de noviembre de 1.989, sólo tomemos de muestreo una de las áreas gubernamentales, según el Informe Oficial, del propio gobierno, ya presidido por Sixto Durán Ballén, es decir presentado ocho años más tarde sobre la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Ecuador:

"En los últimos años, los indicadores de salud de los niños y niñas muestran deterioro. Existen dificultades por la deficiente gestión del sistema de salud nacional, por la creciente reducción de las asignaciones presupuestarias, y por la falta de continuidad en políticas.

"... Existen grandes brechas en la provisión de servicios básicos de salud entre el sector urbano y rural.

"Frente a la preocupante realidad nutricional de los niños y niñas, los programas de salud y nutrición sólo llegan al 6% de los niños y niñas pobres.

"... No existe una instancia pública encargada de la salud de los adolescentes.

"Los pobres que buscan atención curativa no tienen acceso al servicio..." ³²

noviembre, Quito, 1.988, p. 7-A

³². REPUBLICA DEL ECUADOR, Frente Social, Secretaría Técnica del Frente Social, "Primer Informe Oficial de la Aplicación de la AUTORA: DRA. PATRICIA ORTEGA RAMÍREZ, ABG.

Y este no es el único ítem de la Convención sobre los Derechos del Niño en los que el Ecuador confiesa estar en flagrante incumplimiento. Veamos un aspecto más directamente involucrado con el tema que nos ocupa:

El artículo 130 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "Los Estados tomarán todas las medidas que sean necesarias para impedir la venta o la trata de niños". Frente a este compromiso del país, en el referido Informe se manifiesta:

"NO existe una instancia pública encargada de estos temas. Casos recientes de venta y secuestro de niños y niñas difundidos por los medios de comunicación han puesto en evidencia las dificultades de la Policía para atender y resolver estos casos satisfactoriamente. Entre 1.989 y 1.991 se denunciaron más de 400 desapariciones... calificadas como `evaporación infantil"³³

Los datos que se consignan en el Informe, se remiten, precisamente, al período en que el Gobierno de Borja ofreció demostrar "resultados".

Pero la realidad es más cruda aún, las desapariciones no son simples "secuestros" o "venta" de niños y niñas, sino que éstas tienen un propósito

Convención sobre los Derechos del Niño en el Ecuador, Quito, mayo de 1996, p. 31

NOTA: Este Informe se presentó con cinco años de retraso; y sólo fue posible hacerlo a instancias de la UNICEF, bajo amenaza de sanciones al país.

³³. Ibídem, p. 47

preconcebido de utilizarlos en el tráfico sexual. Así:

"Con 14 años Madelem fue inducida a servir de `señorita de compañía' en una cervecería... En realidad llevaba a los clientes a un reservado: allí se desvestía y se entregaba a unos quince hombres las noches normales y a unos treinta los sábados. A veces decía que no aguantaba más, pero tenía que seguir ante la coacción del gerente. A menudo se le hacían las cuatro de la mañana, con el cuerpo y el alma destrozados.

"Eusebio, un huérfano sin techo... tenía sífilis, y eran bien conocidas sus `salidas' con extranjeros. Este joven fue inducido a `alojarse' en una casa donde quedó al `amparo' de un ex-monje, que lo violó y prostituyó con extranjeros. Cuando el ex-monje lo dejó, fue a casa de una de sus tías, que se erigió en su nueva proxeneta.

"Estos son solo dos ejemplos de la tragedia analizada en agosto del año pasado durante el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Infantil. Es un abuso generalizado. Afecta a millones de menores. Una delegada resumió así el problema: `Los niños están sujetos a compraventa, como mercancía. Se trafica con ellos dentro y fuera de las fronteras, como contrabando; se les recluye en burdeles y se les obliga a satisfacer las demandas de multitud de abusadores. ..." ³⁴

³⁴. REVISTA SEMANAL "LA FAMILIA", circula con Diario EL COMERCIO, 4 de enero, Quito, 1998, p. 9

Cómo puede un Estado que se precia defensor de los valores más preciados de sociedad y protector de los Derechos Humanos, tolerar situaciones de semejante naturaleza?

Son precisamente estas situaciones anómalas, peligrosas y de abandono impuestas a la niñez por un sistema injusto y por una sociedad que olvida sus deberes, así como por un Estado que incumple sus obligaciones jurídico-constitucionales, las que tienen que ser corregidas por un ordenamiento legal, que se encamine a los siguientes objetivos:

- a) Articular políticas efectivas en beneficio de la niñez;
- b) Cumplir íntegramente con los contenidos dogmático-constitucionales, sobre la protección preferente y prioritaria a la niñez;
- c) Defender los bienes jurídicos inherentes a un grupo vulnerable de la población, como esta constitucionalmente reconocida la niñez ecuatoriana; y,
- d) Tutelar su integridad sexual, impidiendo todo mecanismo económico, social, político, cultural educativo, religioso, etc. que la ponga en riesgo de cualquier manera.

Esta es la responsabilidad de un verdadero Estado de Derecho. Sin embargo, nada de ello se cumple.

Bajo todo este contexto global de riesgo inminente y grave a que se somete,

fácticamente, a los menores, al legislador se le ocurrió cambiar la denominación del Título VIII, Libro Segundo del Código Penal, que sistematizaba la tipificación "De los Delitos Sexuales", se lo cambió por "*De la Rufianería y Corrupción de Menores*"; y, en el Capítulo que trataba sobre "De la Corrupción de Menores, de los Rufianes y de los Ultrajes Públicos a las Buenas Costumbres", se lo cambió de materia, (en apariencia de simple denominación) y hoy trata acerca "*De los Delitos de Proxenetismo y Corrupción de Menores*".

Alrededor de estos nuevos conceptos jurídicos, que, como digo, van más allá de la simple denominación, se articuló la normativa vigente, la misma que, en vez de sancionar, **auspicia el proxenetismo, la rufianería, la prostitución y la corrupción de menores.**

3.1.3. LA MANIPULACIÓN JURÍDICO-CONCEPTUAL DE LOS CAMBIOS OPERADOS EN LA DENOMINACIÓN DEL TÍTULO VIII, CAPÍTULO III, LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO PENAL

El mencionado Título VIII, Capítulo Segundo del Libro Segundo del Código Penal, conforme a la sistemática anterior trataba "De los Delitos Sexuales".

Comenzaré haciendo una breve referencia sistemática-contextual sobre las disposiciones que nos ocupan:

El Título VIII, Capítulo III, del Libro Segundo del Código Penal fue reformado por disposición del artículo 12 de la Ley 105-PCL, publicada en el Registro Oficial No. 365 del 21 de Julio de 1998.

Como lo acabo de señalar antes de las reformas el mencionado Título Trataba "De la corrupción de Menores, de los Rufianes y de los Ultrajes Públicos a las Buenas Costumbres".

Al margen del contenido específico de las normas de ese entonces, es decir antes de las reformas, se puede apreciar que el término "corrupción" del Título mismo, tiene un sentido amplio porque se refiere a cualquier alteración, perturbación, sobresalto, trastorno, etc. que pueda afectar los bienes jurídicos de los menores, puntualizados en esa parte del Código Penal.

Efectivamente, conforme al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua corromper significa "echar a perder, depravar, dañar, pudrir; o estragar, viciar, pervertir"; y bajo estas significaciones, la amplitud del tipo penal podía referirse a cualquiera de esos actos que afecten a los menores.

Luego, el Título que analizamos, antes de haber sido reformado se refería a "Los ultrajes públicos a las buenas costumbres"; y esto también significaba que cualquier acto encaminado a afectar las costumbres tenidas como dignas de respetabilidad y acordes con el ordenamiento jurídico global, y que se encaminaran a corromper a los menores estaba penalizado.

El sentido amplio e impreciso de referencia a las "buenas costumbres", fue criticado desde el punto de vista doctrinario por más de un tratadista del Derecho Penal; pero toda vez que el contexto de esas disposiciones penales estaban encaminados a tutelar bienes jurídicos íntimos y morales de los menores, parecía muy lógico y justificado que se los denominara de ese modo.

Ciertamente, al desaparecer del Título la referencia a las "buenas costumbres", se restringe el ámbito conceptual de los tipos penales contenidos en él, y se lo precisa con mayor técnica legislativa, no obstante en el ámbito normativo específico hay algunos problemas que paso a analizarlos.

Al fin, esa normativa fue reformada conforme a la Ley 105 que acabo de enunciarla, y el Capítulo III, Título VIII, del Libro Segundo del Código Penal fue sustituido por el siguiente: "De los delitos de Proxenetismo y Corrupción de Menores".

Se distingue inmediatamente que este Título está integrado por dos partes conceptuales y únicas, que excluyen cualquier otra manifestación de conducta tipificada:

- a) El delito de proxenetismo; y,
- b) El delito de corrupción de menores

Esas dos partes integrantes de la tipificación penal se pueden entrever al constatar los seis artículos innumerados que se introdujeron como reformas derogando los anteriores, que correspondían a los números 521 al 528.

Podríamos decir que los cinco artículos innumerados actuales, corresponden al delito de "proxenetismo"; y el último innumerado al delito de "corrupción de menores".

Lo que constatamos a primera vista es que con su intención de "cambios

profundos" el legislador estimó pertinente cambiar la palabra "rufianes" por "proxenetismo"; y suprimir la frase "ultrajes públicos a las buenas costumbres".

El cambio de la palabra puede parecer más técnico y de paso amplía el contenido de la conducta típica pues, en estricto sentido: *rufián* es quien trafica con prostitutas; mientras que *proxeneta* es el alcahuete, aquél que concierta cualquier encuentro oculto para un tráfico sexual ilícito.

Hasta aquí iríamos bien si damos por sobreentendido que dentro del género proxenetas están comprendidos los rufianes... PERO, un "PERO" con mayúsculas, desgraciadamente eso no es así.

En sentido puramente semántico se podría suponer la inclusión de los rufianes (una especie) dentro del género proxenetas. Y aun así es muy discutible.

Pero en sentido jurídico, y más aún todavía en sentido jurídico-penal las cosas tienen que ser claras y expresas. Sin suposiciones.

El artículo 4 del Código Penal determina que se prohíbe la interpretación extensiva en materia penal.

Por lo tanto, lo que ha hecho el legislador con estas reformas es: eximir de responsabilidad penal al tráfico sexual de los rufianes.

Y es que "la razón no pide fuerza" suele decir nuestro pueblo cuando las cosas se demuestran con evidencia clara: Si rufián es sólo aquella persona que trafica con prostitutas; y si la prostitución está plenamente garantizada por la Ley

Penal (en cuyo régimen de "trabajo" las mujeres pierden, a más de su honor, todo tipo de amparo legal) el que trafique con ellas hoy tiene carta blanca.

He aquí los intereses escondidos detrás de esta reforma parche: lo que se ha hecho es franquear la actividad rufianesca y darles sustento jurídico para la abierta explotación del comercio sexual, hoy que han proliferado este tipo de establecimientos.

Estos son apenas pequeños rasgos incuestionables de esta reforma "profunda y sustancial" (dicho con ironía) al Código Penal.

Luego tenemos la supresión de la frase "ultrajes públicos a las buenas costumbres", lo cual estaría en correspondencia aparente con el análisis que he realizado en el capítulo segundo, donde manifesté que ello equivalía a un tipo penal abierto. Y esto es un punto a favor de las reformas, si somos justos y objetivos en el análisis. Toda eliminación de juicios valorativos en el tipo penal, siempre será beneficiosa en los sentidos social, moral y jurídico.

Pero, también para ser justos, debo señalar que la manera específica y los contenidos de este Capítulo reformado no abonan a eliminar la impunidad en la corrupción de menores, como lo analizaré más adelante.

En esta parte sólo me corresponde anotar que los delitos de proxenetismo y corrupción de menores sólo debieran ser parte de los "Delitos Sexuales", y deberían estar contenidos dentro de ese Título general, como en casi todas las legislaciones latinas.

De modo que en la "transformación profunda" que el legislador pretende, como se declara en los Considerandos, no alcanza a topar la concepción de "ilícito sexual" que con profundas raíces moralistas y religiosas, propias del Medioevo existen en el Título señalado.

"Al emplear la expresión *ilícitos sexuales* tenemos plena consciencia de que ella no es, en la mayoría de los países, creación legal, sino elaboración doctrinaria y jurisprudencial; también sabemos de sobra que, en virtud de la estructuración de la mayor parte de códigos vigentes acerca del bien jurídico protegido, ella es criticada precisamente por no encajar dentro de tal clasificación. Sin embargo, es curioso que quienes la atacan la utilizan a veces en forma instintiva y casi inconsciente. Asimismo, cabe advertir que quienes la usan no están unánimemente de acuerdo entre sí en cuanto al alcance de esta expresión." ³⁵

En esta materia hay opiniones divididas tanto respecto de la denominación del ilícito penal, cuanto sobre el alcance conceptual del tipo a otras conductas humanas que no tienen relación directa con el sexo.

En este último grupo hay al menos tres gamas conceptuales diferenciadas:

- a) Quienes entienden que el delito sexual debe comprender únicamente a las conductas que atenten contra la libertad o el honor sexuales;

³⁵. MARTINEZ, Lisandro, Derecho Penal Sexual, Ed. Temis, Bogotá, 1993, p. 7

EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES
EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO

- b) Quienes manifiestan la necesidad de una subdivisión entre delitos sexuales propiamente dichos; y delitos sexuales indirectos; y,
- c) Quienes entienden por delito sexual a toda conducta ilícita que directa o indirectamente afecte o tenga que ver con un trasfondo sexual.

En el contexto de nuestro Código Penal, a más de no existir uniformidad ni correspondencia en el aspecto doctrinario que acabo de enunciar, hay una incuestionable carga moralista e ideológico-religiosa al tratar este tipo penal.

Poco a poco se han ido eliminando algunos tipos penales que ponían en mayor evidencia este hecho, como los siguientes:

- a) La derogatoria de los artículos 518, 519 y 520, correspondientes al Título VIII, Capítulo II, que penalizaban el concubinato, mediante Decreto Supremo 2636, publicado en el Registro Oficial No. 621 del 4 de julio de 1.978; y,
- b) La derogatoria de todo el Capítulo I, del mismo Título, mediante Ley 134, publicada en el Registro Oficial No.522 de 10 de junio de 1.983, que penalizaba el adulterio.

Cómo se ve que es un Título muy manoseado, a pesar de lo que afirma el legislador en el considerando primero de su Ley 105 reformativa del Código Penal.

No obstante, a pesar de las reformas mencionadas, subsisten conceptos religiosos moralistamente abigarrados en la tipicidad de los ilícitos sexuales, como

cuando se penaliza la simple identidad sexual, en el artículo 516 del Código Penal, cuyo derecho está consagrado en la Constitución de la República en el numeral 3 del artículo 23. Esta tipicidad fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional mediante Resolución No. 106-1-97, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 203, del 27 de noviembre de 1997, pero al respecto nada ha dicho la legislatura, hasta hoy.

Ubicada la materia del análisis dentro del ámbito legal-objetivo del Código penal procederé al estudio específico.

3.2. LA ARGUCIA JURÍDICA EN LA UTILIZACIÓN DEL TERMINO "PERSONA", EN EL PRIMER ARTICULO INNUMERADO DESPUÉS DEL 520 DEL CÓDIGO PENAL

Las situaciones anómalas descritas en el acápite anterior, no sólo que son toleradas por el Estado; sino, lo que es peor aún, son auspiciadas mediante disposiciones normativas del propio Código Penal, como paso a demostrarlo.

El primer artículo innumerado introducido por las ya indicadas reformas al Capítulo III, del Título VIII, Libro Segundo del Código Penal, determina lo siguiente:

"El que promoviere o facilitare la prostitución de otra persona será sancionado con pena de prisión de uno a tres años, salvo que tuviere a su cargo una casa de tolerancia, establecida conforme a los reglamentos que la autoridad competente expidiere para esta clase de establecimientos."

La utilización de la palabra "persona" que hace el legislador, da la apariencia de que el tipo penal se extiende a sancionar la conducta de promover o facilitar la prostitución de "todo individuo de la especie humana", según define a las personas el artículo 41 del Código Civil. Esto es, desde un infante o infanta hasta un anciano o anciana.

A los profanos o individuos poco advertidos esta palabra "persona" puede mover a engaño de manera objetiva y directa, y el tipo penal señalado así aparece, pues no otra cosa significa "persona" en términos legales.

De manera que el legislador estaría sancionando al sujeto activo que promoviere o facilitare la prostitución, incluso de un anciano o anciana.

Y no estoy haciendo ninguna interpretación extensiva porque lo prohíbe de manera expresa el artículo 4 del propio Código Penal. Sólo me remito a los términos naturales y obvios del tipo penal descrito por el legislador.

Con lo señalado, lo único que hasta aquí descubrimos es alguna intención aviesa tras el término "persona".

Y es claro que el legislador, con semejante tipo penal, no puede estar refiriéndose a cualquier "persona" porque repugna a toda lógica que un anciano, hombre o mujer, pueda ser inducido o promovido a la "prostitución" (salvo casos excepcionalmente patológicos de "antefilia") porque precisamente con la ancianidad se pierden hasta las funciones vitales de lívido sexual y porque por el deterioro del aspecto físico (rugosidad de la piel, anquilosamiento óseo, etc.) no le

habilitan para semejante ejercicio, y, desde luego, no tendrá mercado.

Pero, dirán los más advertidos, el legislador puede estar refiriéndose a otras "personas" que, sin haber llegado a niveles de ancianidad, sí pueden estar en condiciones físicas, biológicas y fisiológicas de ejercer la prostitución, en cuyo caso hace bien al haber utilizado un término tan genérico y amplio.

Pero, entonces, si ese era el propósito del legislador, no tenía por qué denominar al Capítulo III, Título VIII, del Libro segundo del Código Penal: "De los Delitos de Proxenetismo y Corrupción de MENORES", sino de "personas", y entonces guardaría sindéresis la nominación del referido capítulo con el contenido normativo.

En definitiva, debemos concluir que la utilización de la palabra "personas" sólo es una especie de embuste legislativo, y lo expreso con toda energía porque lo acabo de demostrar.

Por consiguiente, el legislador debió haber dicho con claridad y sin eufemismos, lo siguiente:

"El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona MENOR DE EDAD será sancionado..."

La forma directa y consecuente con que dejo expuesta y aclarada la intencionalidad legislativa así como el verdadero contenido del tipo penal de este primer artículo innumerado en el Capítulo III, Título VIII, Libro Segundo del Código Penal, es tan cierta, que si con un poco de prolijidad leemos, casi a renglón

seguido, el siguiente artículo innumerado se establece la siguiente agravante constitutiva:

"Art. (...) La pena será de seis a nueve años de reclusión menor extraordinaria, sin que opere la eximente del artículo anterior, cuando:

"1. La víctima fuere MENOR DE CATORCE AÑOS de edad [...]"

Así armonizadas conglobantemente las dos disposiciones penales transcritas, se infiere lo siguiente:

- a) Que el tipo penal anterior (del primer artículo innumerado) se estaba remitiendo con claridad, y expresamente, a **MENORES QUE TENGAN MAS DE CATORCE AÑOS;**
- b) Que el hecho de "tener a cargo" (así en términos muy genéricos y amplios) una casa de tolerancia, le asigna al sujeto activo del ilícito, promotor y facilitador de la prostitución de los menores, una calidad jurídica excepcional;
- c) Que el facilitador y promotor de la prostitución de menores que tengan más de catorce años de edad, por esa calidad jurídica excepcional que le asigna la propia Ley Penal, está eximido de esa tipicidad, conforme se desprende del primer inciso del siguiente artículo innumerado;
- d) Al estar eximido, exceptuado, de la tipicidad penal, el sujeto que

"tuviera a cargo una casa de tolerancia", a su vez tiene carta blanca para promover y facilitar la prostitución de menores que tengan más de catorce años;

- e) Eximir de la tipicidad significa, de otra parte, que la Ley Penal no desvalora la conducta de quien "tuviera a cargo una casa de tolerancia" y que, por lo tanto, puede libremente promover y facilitar de la prostitución de menores que tengan más de catorce años;
- f) En definitiva sólo se desvalora la conducta y se tipifica la promoción y facilitamiento de la prostitución de menores, cuando ésta se dirige a menores de catorce años;
- g) Todo lo anterior demuestra que el Estado, por medio de la Ley Penal, promueve, facilita y garantiza la promoción y facilitamiento de la prostitución de menores que hayan cumplido los catorce años;
- h) Si están permitidos los actos de quien promoviere y facilitare la prostitución de menores que hayan cumplido los catorce años, esto significa que tampoco está penalizada esta conducta si se tratare de personas mayores, como parecía, engañosamente, al tomar el término "persona" de manera contextual y limitada al primer artículo innumerado;
- i) Significa, además, que la promoción y facilitamiento de la prostitución de personas que no sean menores de edad, está plenamente legalizada, porque no se remite a ellas la descripción del tipo penal;

- j) La utilización de la frase "tener a cargo" una casa de tolerancia es tan amplia y vasta que tal ocupación puede constituir desde el simple empleo de portero de cabaret, hasta el de barman, mesero, cajero, etc.; y,
- k) Bajo este esquema legislativo penal, lo que se ha hecho, en la práctica, es garantizar jurídicamente la promoción y facilitamiento de la prostitución de menores de edad que hubieren cumplido los catorce años, violando toda norma constitucional y todo compromiso del país con los instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño.

Según esta forma técnica estructural de la tipicidad impuesta con las reformas al Código Penal, y conforme lo dejo demostrado, lo único que se ha hecho es franquear la explotación de los niños en un tipo de comercio sucio, condenado en todos los foros públicos a nivel internacional; y a los que incluso nuestro país se ha adherido.

Estamos, por consiguiente, ante una apariencia de tipicidad penal, o sea, ante una verdadera falta de tipicidad sobre la promoción y facilitamiento de la prostitución de menores; y lo que es peor, a través de una norma del propio Código Penal, pues, conforme lo dispone el artículo 18 de este cuerpo jurídico:

"No hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente..."

3.3. GARANTÍAS JURÍDICAS PARA PROMOVER EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN A LOS "ENCARGADOS DE LAS CASAS DE TOLERANCIA"

Las disposiciones legales derogadas decían:

"art. 521.-El que hubiere atentado contra las buenas costumbres, excitando o facilitando habitualmente el libertinaje o corrupción de los menores de uno u otro sexo, será reprimido con prisión de dos a cinco años, si los menores tuvieren catorce años o más; y, con tres a seis años de reclusión menor, si los menores no han cumplido dicha edad.

"Art. 525.- El que recibiere mujeres en su casa para que allí abusen de su cuerpo, será reprimido con prisión de tres a cinco años, *si no fuere director de una casa de tolerancia* establecida conforme a los reglamentos que la autoridad expidiere para esta clase de casas.

"Art. 526.- Los que se ocuparen habitualmente en la rufianería, *salvo el caso de la excepción anterior*, serán reprimidos con dos a cinco años de prisión y puestos bajo vigilancia especial de la autoridad, por dos años a lo menos y cinco años a lo más. [...]"

Estos dos artículos relacionados y concordantes han sido concebidos en uno solo del siguiente tenor:

"Art... El que promoviere o facilitare la prostitución de otra persona será sancionado con pena de prisión de uno a tres años, salvo que tuviere a su cargo una casa de tolerancia, establecida conforme a los reglamentos que la autoridad competente expidiere para esta clase de establecimientos"

En una primera relación jurídico-conceptual de las disposiciones transcritas, se puede apreciar el manejo de términos más o menos afines o sinónimos. Así: Prostitución, corrupción, promover, excitar, facilitar, casa de tolerancia, tuviere a su cargo, fuere director y establecida conforme a los reglamentos.

Estas son las ideas motrices, son lo que denomina Paulo Freire "el tema generador", son los contenidos de fondo que sirven de comprensión jurídica, ideológica, doctrinaria, moral, dogmática, teórica, ética, espiritual, psíquica, anímica, subjetiva, mística, etc.

En base a estos contenidos se arma el edificio dispositivo con que el legislador construye el ámbito comprensivo del bien jurídico tutelado por el tipo penal. Su carga ideológico-subjetiva es observable a simple vista. Hay una serie de supuestos hipotéticos que el legislador los da como evidentes, como teorías sabidas y demostradas y como que su ámbito estuviese exteriorizado en la dermis del entramado social.

Y con todos esos supuestos se conforma el legislador, de modo que sin mayor análisis pasa a describir las conductas reprochadas y sancionadas por el tipo penal. El contenido de éste es motivo del siguiente análisis.

Cuando analizábamos los requisitos formales de la tipicidad, decía que el tipo penal se encuentra conformado por un núcleo y que éste a su vez estaba designado, en veces, por un verbo el mismo que contiene la acción que prohíbe y condena el tipo penal. En este caso tenemos estos dos verbos utilizados en forma conjunta, pero alternativa: promover o facilitar.

La conjunción "o" es disyuntiva y expresa diferencia, separación o alternativa entre una o más acciones, entre uno u otro objeto, entre una u otra idea. Aunque en el proceso de construcción lógica no siempre ocurre y no voy a entrar en esa explicación, convengamos que en términos generales las disyunciones son excluyentes.

En el caso de la disposición legal que analizo, es claro que se trata de dos acciones distintas en el sentido de "o" u "o": O promover, o facilitar, una de dos, cualquiera de las dos, o ambas conjuntamente. El "o" es, entonces, exclusivo e inclusivo en una relación dialéctica:

- a) Puede ocurrir que el sujeto activo del ilícito sólo "promueva" y no "facilite";
- b) Puede ocurrir que el sujeto activo "facilite" pero no haya sido el que "promoviere";
- c) Puede también ocurrir que "promueva" **y** "facilite", ambas cosas juntas, en este caso con ambas acciones sólo ha combinado las conductas para consumir el hecho ilícito; y,

- d) Puede ocurrir, finalmente, que un sujeto sea el que promueva y otro el que facilite. Ambos habrían cometido un ilícito independiente, que si bien se encaminaba a un mismo fin, a un único resultado, cada uno de ellos habrá cometido un delito independiente. No se trataría de un delito "co-participado" sino de un delito autónomo, cada uno de ellos: uno con su conducta y acción de "promover" y el otro por haber "facilitado".

Así es como debemos entender la utilización de los dos verbos, como núcleo del tipo penal, por parte del legislador.

En la disposición anterior del art. 521 del Código Penal, el núcleo consistía en las acciones de "excitar" o "facilitar" (excitando o facilitando, decía la norma legal), de modo que también habían dos acciones disyuntivas que podían individualizar el delito por separado.

El cambio operado radica en la actual utilización del verbo promover, en vez de excitar. Son sinónimas estas dos acciones o se trata de los "cambios profundos" que se propone el legislador según los considerandos. Veamos:

"**excitar** v. tr. Mover, estimular, provocar, inspirar algún sentimiento, pasión o movimiento."

"**promover** v. tr. Iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro." ³⁶

Hay un linde conceptual que diferencia a los significados: mientras el excitar

³⁶. DICCIONARIO DE LA RAE.

se queda, por así decirlo, en el plano de la simple inspiración o estímulo que incluso puede ser indirecto o sugerente; el promover, en cambio, significa impulsar en forma directa y expresa el cumplimiento de un cometido.

Este cometido que se "promueve", está, en principio, sólo en la comprensión, conducta y voluntad del *promotor*, mientras que el *promovido* es inicialmente ajeno a las intenciones y logros que se propone aquél.

Por estas significaciones técnico-semánticas, podemos concluir que la acción típica es más evidenciable, más objetivamente concebida y, por lo tanto la norma jurídica está más idóneamente formulada.

Mas, conforme a las reformas, el primer artículo innumerado en estudio dice: "el que promoviere o facilitare *LA PROSTITUCIÓN*...

La anterior tipicidad del art. 521 decía: "excitando o facilitando el libertinaje o corrupción...". Aquí estábamos frente a una clara manifestación del tipo penal abierto: no sabíamos cómo entender eso de "libertinaje" ni cual sea el contenido jurídico-material de "corrupción". Mas, por el hecho de estar ubicadas esas disposiciones dentro del Título referente a los delitos sexuales, y en aplicación del artículo 4 del Código Penal, tendremos que concluir, necesariamente, que se trata de un libertinaje sexual y de una corrupción sexual.

Esta apertura del tipo penal ha sido superada por la actual forma cómo se ha concebido el tipo, pero en su contenido real no se vincula ni recoge el sentido material de la anterior norma porque el objeto al que se dirigen los actos punibles es distinto, como paso a explicarlo.

Es por demás claro que la prostitución, es una acción, oficio o ejercicio sexual a cambio de una retribución cualquiera: sea en dinero, sea en bienes materiales o por cualquier tipo de recompensa. De modo que si hay libertinaje sin recompensa, no se producen actos de prostitución; y si hay corrupción sexual sin recompensa, tampoco existe prostitución.

En esta forma, el legislador ha mantenido con las reformas sólo el vocablo "corrupción", denominando a este Capítulo III: "De los delitos de proxenetismo y CORRUPCIÓN de Menores"; pero en la práctica la ha eliminado como figura delictiva; no es el promover o facilitar la "corrupción" lo que sanciona sino algún aspecto muy particular de aquello, y además muy específico: la promoción o facilitamiento de la prostitución, asunto completamente distinto.

Dentro de este nuevo contexto jurídico y por la forma cómo el legislador concreta la descripción de la conducta típica, nos enfrentamos a algunas situaciones inciertas e incomprensibles:

- a) Es que el legislador entiende por corrupción sólo el ejercicio de la prostitución?;
- b) Acaso la "corrupción de menores" se manifiesta sólo por medio del ejercicio de la "prostitución"?
- c) Pretendió quizá, con un criterio sistemático restringir el alcance conceptual y genérico del término "corrupción"?

- d) Si esa fue la intención, por qué mantuvo el término "corrupción";
- e) Si se restringía sólo al ámbito de la prostitución, la actividad y conductas "promotoras" y "facilitadoras" de corrupción, por qué se suprimió en término "rufianería"?; y,
- f) Si se creyó necesario definir el término "proxenetismo", pretendiendo vincularlo con el ejercicio de la prostitución (esto tampoco es claro ni se entiende bien); por qué también no definió el término "corrupción" a fin de que tengamos una aproximación inteligible al bien jurídico que el legislador quiso defender?.

Y es que la confusión se incrementa cuando en el cuarto artículo innumerado de este capítulo en estudio, el legislador procede a definir legalmente lo que se entiende por proxenetismo; y en dicha definición más bien desvincula por completo el ejercicio del proxenetismo con la inducción al ejercicio de la prostitución.

Si bien es verdad que el artículo sexto innumerado de estas reformas se refiere a algunos actos puntuales que podrían entenderse como corrupción, es innegable que el contexto global de las reformas están orientadas al ejercicio de la prostitución.

De otra parte, en las disposiciones anteriores, y en lo que podríamos considerar como una forma de acto asimilable al ejercicio de la prostitución, teníamos la del antiguo artículo 525 que decía: "... (quien) recibiere mujeres en su casa para que allí abusen de su cuerpo...". De manera que no se trataba del

ejercicio de la prostitución en sentido estricto y específico; sino sólo de "prestarse" para proporcionar el lugar donde se ejecute el acto de "abuso del cuerpo" de una mujer (menor de edad, porque la descripción de este tipo penal está en este Capítulo); y la *prostitución*, como ya lo indiqué, no es cualquier tipo de "abuso del cuerpo" sino un ejercicio concertado de relación sexual mediante el pago de una retribución de cualquier especie.

Si se mantenía el contenido descriptivo de este antiguo tipo penal, hubiese sido más oportuno y quizá hasta hubiese venido a tono la definición legal de proxenetismo, pero extendiendo su alcance conceptual hacia los dueños, arrendatarios, poseedores o usufructuarios de esas casas que sin ser de tolerancia, o sin tener el permiso reglamentario, se prestaban para que "se abuse del cuerpo" de una menor. Pero el legislador decidió, sin más, eliminar esta descripción del tipo penal, a lo mejor con la supuesta intención de subsumirlo todo en el ejercicio específico de la prostitución (no se sabe ni se puede saber a ciencia cierta) y, con ello, enrevesó las cosas.

Tanto en las anteriores disposiciones como en las actuales, el legislador ha mantenido una excepción para que estas conductas consideradas típicas no sean penalmente reprochables y por tanto no constituyan delito:

- a) El antiguo artículo 525 del Código Penal decía: "... si no fuere director de una casa de tolerancia"; y,
- b) La disposición actual, equivalente y contenida en el primer artículo innumerado de las Reformas, dice: "salvo que tuviere a su cargo una casa de tolerancia..."

De modo que la conducta típica queda enervada porque tiene esta expresa facultad legal, para que los que eran directores o, como dice actualmente la descripción del tipo penal, los que tuvieren a cargo una casa de tolerancia, realicen abierta, directa, legal y lícitamente los actos tendientes a "promover y facilitar la prostitución". Esto es más claro que el agua, sin eufemismos, sin rebuscar interpretaciones y sin mayor esfuerzo de comprensión.

Ya indiqué en el capítulo primero, que el momento en que una conducta encaja con la descripción del tipo penal señalado en la ley, estamos frente a una conducta típica; pero, también lo dije, que no toda conducta típica es sancionada por el ordenamiento penal, sino que a pesar de que encaja la conductualidad con la prohibición descrita en el tipo, existe una especie de "permiso" jurídico para que el sujeto activo de la conducta típica actúe con franca sujeción a la ley. Y en este caso, por supuesto, la conducta típica no constituye delito.

Esa es la situación que se da con los delitos de proxenetismo y corrupción de menores; pues "el que (con su conducta típica) promoviere o facilitare la prostitución (de los menores)..." cometerá tal ilícito penal: **"salvo que tuviere a su cargo una casa de tolerancia"**.

Pienso, remarco e insisto: si una persona "tiene a su cargo una casa de tolerancia" puede libremente "promover o facilitar la prostitución" (de Menores porque a ellos se remite el Capítulo que analizo), sin que este hecho constituya ilícito penal.

He allí, confirmada mediante las propias expresiones dispositivas del

legislador, no sólo la impunidad de esta conducta típica; sino su franca descriminalización

Esta descriminalización se torna mucho más grave, seria y trascendente, en esta época en que nuestra país es suscriptor de la Convención sobre los Derechos del Niño, y cuando contamos con la serie de normas dogmático-constitucionales estudiadas en el capítulo anterior, pues se está franqueando no sólo la corrupción de los menores, sino su **prostitución** de manera expresa, mediante esta disposiciones del Código Penal, un cuerpo jurídico que en vez de "promover y facilitar" dichas conductas, debiera prohibirlas para salvaguardar un importante bien jurídico del menor: la inalienabilidad de su ejercicio sexual libre, íntimo, pleno, interior y personalísimo.

Hay más tela para cortar todavía:

La disposición anterior exigía la calidad "Director" en el sujeto activo, para que éste tenga el justificativo legal y realice libremente las actividades de rufián, con mujeres menores de edad.

Hoy el primer artículo innumerado de las Reformas al Código Penal (Ley 105) ha suavizado el requisito y ampliado dichas facultades a toda persona que "**tenga a cargo** una casa de tolerancia".

Frente a disposiciones de esta laya, un montubio de nuestra costa ecuatoriana diría: "eso es navegar río arriba, con motor fuera de borda". Y es que la intención clara del legislador es *ampliar el ámbito de los sujetos activos facultados para "promover y facilitar la prostitución" de los menores de edad.*

Es así como se garantiza y se da impunidad plena a las redes del rufianerismo y del comercio de la prostitución, con toda la secuela de la llamada "trata de blancas", etc., esas funcionan como verdaderas empresas. Son empresas-mafias idénticas, análogas y similares a las empresas-mafias financiero-bancarias que han desmantelado al país.

3.4. EL FALSO MORALISMO DE LOS "AGRAVANTES" ESTABLECIDOS EN EL SEGUNDO ARTICULO INNUMERADO DESPUÉS DEL 520 DEL CÓDIGO PENAL

3.4.1. ACLARACIÓN NECESARIA

Técnica y doctrinariamente, en materia penal se denomina "estado de necesidad" a la afectación que se puede irrogar en propiedad ajena cuando se trata de evitar un mal mayor o de proteger otro bien jurídico de mayor relevancia.

Esta institución jurídica está determinada por mandato legal del artículo 24 de nuestro Código Penal, el mismo que dice:

"No se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal que haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo."

Como se puede apreciar, esta disposición que doctrinariamente se la denomina "estado de necesidad", es bastante restrictiva porque limita la potestad o "permiso jurídico" para cometer el ilícito penal, a fin de salvar un bien jurídico superior al mal que causa la conducta típica; al menos determina los siguientes requisitos:

- a) La necesidad de evitar un mal;
- b) la evidencia de realidad del mal que se pretende evitar;
- c) Que el mal que se propone evitar, sea de mayor magnitud al que se cause para prevenirlo;
- d) Que el autor no tenga otro medio practicable y menos perjudicial (dos requisitos copulativos); y,
- e) Que el mal causado afecte únicamente a la propiedad o patrimonio de una persona.

Este último requisito es el más relevante en la doctrina del "estado de necesidad": sólo puede haber afectación a la propiedad o bienes, por consiguiente, no puede aplicarse el estado de necesidad al deterioro o daño de otro tipo de bien jurídico.

Por ejemplo, no es aplicable la noción de este principio doctrinario establecido en nuestra legislación por el artículo 24 del Código Penal, es decir no puede calzar este concepto jurídico si se afectara la vida porque éste es un bien

supremo: No se cumplen, estrictamente, los presupuestos legales del "estado de necesidad" si alguien, por salvar su vida, afecta la de otro; y, peor aún, si por salvar ciertos bienes jurídicos como el honor, atenta contra la vida de su prójimo.

Estos son los rasgos generales, comprendidos en el concepto jurídico tradicional, o podríamos denominarlo "clásico", del estado de necesidad.

No obstante, en los últimos tiempos, luego de la doctrina alemana de la "exigibilidad" propuesta por Edmundo Mezguer y desarrollada en Latinoamérica con suma brillantez por el célebre tratadista contemporáneo Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, esta noción jurídica del estado de necesidad ha cobrado otra dimensión conceptual y doctrinaria.

"En doctrina, llamamos a la conducta típica y antijurídica, un 'injusto penal', reconociendo que el injusto penal no es aún delito, sino que para serlo, ha menester serle reprochable al autor en razón de que tuvo posibilidad EXIGIBLE de actuar de otra manera..."³⁷

Para efectos de la exigibilidad de la conducta, se toman en cuenta tres factores básicos, que pueden actuar, cada uno, de distinta manera en las situaciones concretas en que se hubieren cometido los delitos:

- a) El choque cultural que siguen teniendo las poblaciones étnicas y las comunidades campesinas con la denominada "cultura oficial" del Estado, cuya normativa no encaja debidamente en sus concepciones del mundo, en sus costumbres ancestrales y en su cosmovisión;

³⁷. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Op. Cit., p. 341

- b) Ciertas circunstancias de apremio máximo como casos de naufragio o de desastres en que nadie está obligado a poner en riesgo su propia existencia para, supuestamente, favorecer o garantizar la de su semejante, por consiguiente existen casos prácticos y específicos en que el estado de necesidad sí podría operar afectando una vida, para salvar otra; y,
- c) La situaciones de pobreza extrema a que se encuentra sometida el 90% de la población mundial y que provoca situaciones explosivas como las que vivió Venezuela en el célebre "caracazo"; o Brasil en la "crisis del Real"; o México con el "efecto tequila"; o la que acaba de vivir Argentina con el "fin del milagro de la convertibilidad".

Estas últimas situaciones extremas, especialmente las del literal c) que acabo de manifestarlas, llevan, por así decirlo, a extender el concepto de la exigibilidad "clásica" hacia otras posibilidades o casuísticas, por eso los tratadistas han llegado a justificar en el ámbito penal, hasta los saqueos y desmanes de una población desesperada que ha sido perjudicada por las políticas de esos gobiernos y cuyas crisis han cobrado miles de vidas, como sucedió también en nuestro país con los feriados bancarios y la congelación de depósitos de los ahorristas, a muchos de los cuales no les entrega su dinero hasta hoy.

De tal manera, que este matiz de "exigibilidad de la conducta" es una forma jurídica-conceptual de ampliar la noción doctrinaria del "estado de necesidad".

3.4.2. REALIDADES ASIMILABLES AL ESTADO DE NECESIDAD QUE

CONFRONTA LA POBLACIÓN ECUATORIANA

El Ecuador vive una profunda crisis que ha llegado a niveles alarmantes de pobreza y miseria extremas.

Conforme a las cifras oficiales de los organismos especializados, el 23% de la población económicamente activa se encuentra en la desocupación completa y el 72% de la misma sobrevive en la sub-ocupación. Esto significa que, en total, el 95% de la población subsiste por debajo de los índices de pobreza:

"El deterioro social puede observarse en distintas dimensiones: pobreza, distribución del ingreso y de la tierra, salarios, empleo y acceso a servicios sociales

"Aunque los indicadores sobre la pobreza en el Ecuador han sido poco compatibles entre sí, dado que parten de distintas fuentes y emplean diferentes métodos, los estudios más recientes y confiables, realizados por el Banco Mundial en 1994, evidencian que la pobreza afecta al 52 % de la población nacional. Las cifras para los sectores urbano y rural son 40 % y 67 % respectivamente. En este caso también el Banco Mundial encuentra una tendencia clara al incremento de la severidad de la pobreza en los últimos años. Estimaciones realizadas por el autor, a base de las encuestas de hogares en el área urbana, muestran un incremento de la pobreza en este sector del 31 % en 1988 al 36 % en 1993. Independientemente de las magnitudes absolutas de estas cifras, no siempre comparables, se observa una tendencia al incremento en la

incidencia y/o severidad (intensidad) de la pobreza a partir de 1988.

Este intervalo corresponde al período de liberalización comercial, apertura de las importaciones, e intensificación del ajuste." ³⁸

Esta situación generada por las políticas gubernamentales, que beneficia a grupos privilegiados de los sectores dominantes, ha creado un mundo marginal de pobreza en nuestro país, el mismo que es empujado a la emigración masiva y al ejercicio de otras actividades que antes habrían parecido inverosímiles, o hasta indignas, con tal de sobrevivir.

Estos son los factores básicos que empujan, también masivamente, a la prostitución de tiernas criaturas y a la explotación de un vasto mercado del sexo, cuyas víctimas son, fundamentalmente, los menores de edad.

Padres y madres tienen que soportar con resignación la prostitución de sus hijas, para poder contar con un mendrugo y no perecer.

3.4.3. RESPUESTA DE LA LEGISLACIÓN PENAL AL ESTADO DE NECESIDAD

Frente a las realidades que acabo de demostrar, reforzándolas con testimonios investigativos de fuentes autorizadas, la legislación penal se manifiesta con una drasticidad digna de mejor causa, como las "agravantes constitutivas" establecidas por el numeral 5, del segundo artículo innumerado, de las ya señaladas reformas al Código Penal. Efectivamente esa norma dispone:

³⁸. LARREA, Carlos, Pobreza y Políticas Sociales en el Ecuador: Una Agenda Alternativa, Ed. ILDIS, Quito, 1995, p.

"La pena será de seis a nueve años de reclusión menor extraordinaria... cuando [...]:

"5. El autor es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor o curador o tiene bajo su cuidado por cualquier motivo a la persona prostituida."

Este literal de una aparente lógica, pues parece repugnante que un pariente como el padre la madre, el hermano, el tío y hasta el primo; o el cónyuge, conviviente, suegros o cuñados sean quienes promuevan o faciliten la prostitución de una menor de edad (y efectivamente es condenable si tomamos el hecho con rigorismo moral, o en estricto sentido formal de los valores éticos).

Pero, las normas jurídicas no pueden hacer abstracción de las realidades, sino que, por el contrario, deben fundamentarse en ella y constituirse en una respuesta objetiva a las condiciones materiales de la sociedad.

Entonces, si es el Estado el que incumple sus deberes jurídicos y el que auspicia la situación de pobreza masiva de la población, no tiene la calidad moral para hacerse "moralista".

En todo caso, digamos que tampoco estaría bien que tolere y no sancione el hecho, a todas luces reprochable, de que un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o un adoptante, tutor o curador promueva y facilite la prostitución de los menores. Justo, lógico y legítimo es que el Estado

sancione esas conductas.

Mas, lo que no está bien, es que por una parte se auspicie y ni siquiera se tipifique la promoción y facilitamiento de la prostitución de los menores por quienes tienen la calidad jurídica de "encargados" de las casas de tolerancia; mientras, por otra parte, se sancionan verdaderos estados de necesidad, como acabo de demostrarlo. Este es el punto. Una legislación semejante hay que cambiarla.

Resulta, entonces, que esta tipicidad agravante, convierte a las víctimas en victimarios, porque esta sí, es posible que opere y de hecho se da en el curso de la vida paupérrima de nuestro pueblo.

Pero en vez de que las víctimas reciban si no "amparo" legal, *como sí lo tienen los traficantes del sexo*, el legislador las condena con un rigor digno de mejor causa.

Como que la oculta intencionalidad legislativa se pone a flote; y venimos a inteligenciarlos que se trata, en la práctica, de proteger el monopolio del sucio negocio; y, como se sabe, la mafia no tolera la "competencia".

CAPITULO IV

PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En la sociedad que vivimos, el pueblo padece la más absoluta expoliación

AUTORA: DRA. PATRICIA ORTEGA RAMÍREZ, ABG.

económica. Este despojo es tan brutal y directo que sólo en el tiempo que va corrido el año 1.999, ocho meses, se ha duplicado la desocupación en el país, se ha devaluado la moneda en 140%, de han incautado los dineros de los pobres en beneficio de los banqueros, se ha entregado 3.887 MILLONES DE DÓLARES a cinco dueños de bancos (casi el 32% del total de la deuda externa nacional), por esta razón se ha desfinanciado el presupuesto nacional, la reserva monetaria ha sido saqueada, las pequeñas empresas y los talleres artesanales han quebrado porque sus mínimos pero trascendentes ahorros han sido "congelados"; y, por supuesto, se ha incrementado el mercado libre de la prostitución.

Los datos oficiales dan cuenta del 18.9% de desocupación total y absoluta de la población nacional; una encuesta de CEDATOS, ubica esta cifra en niveles mayores: el 22.4%; pero, además existe un 72% de población semi-desocupada (este dato último es proporcionado y reconocido por el "cientista social" y ex-presidente Oswaldo Hurtado). Sumadas las dos cifras mencionadas nos da un total de un 94.4% de la población nacional que vive en la miseria con apenas una "economía" de subsistencia. Esta así denominada "economía" de subsistencia, como para suavizar el drama social no es otra cosa que la carencia de una mínima alimentación, de servicios básicos, de salud, educación y peor, vestuario o distracciones (al punto que el negocio masivo actual es la venta de ropa usada).

En estas condiciones socio-económicas, se da un "caldo de cultivo" 'fértil para el reclutamiento, promoción y facilitamiento de la prostitución. El ejercicio de este reclutamiento por medio de proxenetas, rufianes y "encargados" de "casas de tolerancia" es libre, jurídicamente amparado, y legalmente lícito, por gentil mandato del Código Penal y establecido plenamente con las últimas reformas.

Y las personas, espoleadas por el hambre, la desocupación y la miseria, se ven forzadas a ejercer la prostitución desde muy tiernas edades. Los intrincados mecanismos que utilizan para sonsacar a las muchachas jóvenes y menores de edad, los proxenetes, rufianes, "encargados" y propietarios del sucio negocio, son perfectamente conocidos.

Pero estos factores de explotación, y los mecanismos deshonestos que se utilizan para inducir a la prostitución a las personas menesterosas, no le preocupan al legislador; al contrario cree necesario y justo *tutelar jurídicamente EL NEGOCIO, no la moral.*

Así ocurre que el legislador no sólo se ha enrevesado las cosas sino que se ha invertido la razón, la naturaleza, los hechos, y hasta la lógica defensa del bien jurídico.

Al legislador le ha preocupado proteger el negocio de la prostitución, no la necesidad de las personas que caen en sus redes ni la sanción a los responsables de esa vil explotación.

Al legislador más le ha preocupado la impunidad de los "encargados" de las casas de tolerancia, no la situación de las personas explotadas por dichos "encargados".

Al legislador le ha preocupado que el negocio no salga de la esfera de control y dependencia de los dueños y "encargados", no la sobrevivencia miserable de quienes tienen que resignar su honor, su moral, su intimidad y hasta la salud psíquica y fisiológica de su sexo.

Esta situación es indispensable y urgente corregirla; y por eso se torna necesario, de manera imperiosa, corregir semejantes atrocidades jurídicas, con nuevas reformas al Título VIII, Capítulo III, del Libro Segundo del Código Penal.

4.2. PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

LEY No. ...

EL CONGRESO NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que los menores de edad deben ser tratados y considerados como Grupo Vulnerable de la sociedad, conforme al mandato constitucional, y por consiguiente, la sociedad y el estado deben a ellos un trato preferente y prioritario;

Que las últimas reformas al Código Penal, dentro del Capítulo III, Título VIII, Libro Segundo del Código Penal, que trata "De los Delitos de Proxenetismo y Corrupción de Menores", el primer artículo innumerado dice: "El que promoviere o facilitare la prostitución de otra persona será sancionado con pena de prisión de uno a tres años, salvo que tuviere a su cargo una casa de tolerancia, establecida conforme a los reglamentos...";

- Que la palabra "personas" inmersa en el tipo penal a que se refiere el considerando anterior, en la práctica y claramente se refiere a los menores de edad, lo que en realidad significa que cualquier "encargado de una casa de tolerancia" tiene la potestad y facultades legales para promover o facilitar la prostitución de Menores de Edad, conforme al señalado Título III;
- Que no es jurídico ni humanamente tolerable que la propia Ley Penal permita y franquee el ejercicio del proxenetismo, promoviendo y/o facilitando la prostitución contra los menores de edad;
- Que Es responsabilidad del primer poder del estado velar la tutela jurídica de los menores del país, así como por el cumplimiento de la constitucionalidad legal; y,

En uso de las atribuciones que le concede el Título VI, y en especial el artículo 130, numeral 5, de la Constitución, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

Art. 1.-

El primer artículo innumerado del Capítulo III, Título VIII, Libro Segundo del Código Penal, que trata "De los Delitos de Proxenetismo y Corrupción de Menores", dirá:

AUTORA: DRA. PATRICIA ORTEGA RAMÍREZ, ABG.

"El que promoviere o facilitare la prostitución de otra persona será sancionado con pena de prisión de uno a tres años."

Art. 2.-

El segundo artículo innumerado del Capítulo III, Título VIII, Libro Segundo del Código Penal, que trata "De los Delitos de Proxenetismo y Corrupción de Menores", dirá:

"La pena será de seis a nueve años de reclusión mayor extraordinaria, cuando:

"1. La víctima fuere menor de dieciocho años;

"2. El autor o sujeto activo que promoviere o facilitare la prostitución de otra persona fuere propietario, administrador, encargado o tuviere cualquier tipo de vinculación con una de las llamadas casas de tolerancia o prostíbulos;

"3. Se empleare violencia, engaño, abuso de autoridad o cualquier otro medio coercitivo;

"4. La víctima se encontrare por cualquier causa privada de la capacidad de prestar su consentimiento;

"5. El autor es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor o

EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES
EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO

curador o tiene bajo su cuidado por cualquier motivo a la persona
prostituida;

"6. La víctima se encuentra en situación de abandono o de extrema
necesidad económica; y,

"7. El autor ha hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida."

DISPOSICIÓN FINAL.

Esta Ley entrará en vigencia desde su publicación en el Registro ofi-
cial.

Dado en Quito, a los... días del mes de ... de ...

(f). EL PRESIDENTE DEL CONGRESO NACIONAL.

CONCLUSIONES

1. Los menores, que han sido la parte fundamental de este análisis, se presentan como vulnerables porque, como seres humanos, son entes sociales en formación bajo todo los aspectos, frente a una situación objetiva en la que pueden ser dañados por múltiples factores externos del medio social, por lo tanto, es indispensable que todas las fuerzas y organismos del Estado concurren en su protección, cuidado y tutela integral.

AUTORA: DRA. PATRICIA ORTEGA RAMÍREZ, ABG.

2. La disposición constitucional del artículo 49 recoge el principio de minoridad establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, bajo la denominación de "niños y adolescentes", de tal modo que los miembros del grupo social a que hace referencia esta Norma, deberán estar plenamente garantizados en todos sus aspectos jurídicos y materiales.
3. Todas las medidas concernientes a los niños, ya sea que provengan de las instituciones públicas o de las entidades privadas de bienestar social; o de las autoridades administrativas, judiciales o legislativas, atenderán al interés supremo del menor como una consideración primordial. Esto supone el compromiso de asegurar al niño y adolescente la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, conforme a las responsabilidades y obligaciones de sus padres, tutores y otras personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.
4. La sexualidad es una de las partes integrales de la individualidad humana que cumple una serie de funciones en la estructuración bio-psicológica y conductual de las personas. De tal modo que el sexo de la persona juega un papel determinante en la vida de cada individuo, tanto como actividad biológico-funcional cuanto como factor ideo-conceptual del amor y de todo el proceso de abstracción que en su derredor se ha entrettejido.
6. Siendo la sexualidad uno de los bienes jurídicos que mayor trauma personal puede ocasionar al menor en caso de que fueren violados de cualquier manera, el Estado debe tutelarla con prioridad.

7. La supuesta "revolución sexual" que se iniciara en la década de 1960, ha sido capitalizada por una serie de mecanismos explotadores del "morbo", para utilizar los símbolos sexuales (o lo que se denomina el "segundo sistema de señales") a fin de alienar masivamente a la población mundial.
8. Tal "revolución sexual" no ha servido para que la sociedad se desprenda de viejos prejuicios anquilosados ni de los tabúes sobre el sexo y su ejercicio, sino que, por el contrario, se han incrementado los eufemismos y la gazmoñería sobre el tema, convirtiéndolo en simples conceptos anatómico-moralistas, fisiológico-espirituales o ético-religiosos.
9. En medio de esta guerra competitiva del comercio sexual, se encuentra la mujer como ante un "fuego cruzado"; y, más todavía, la mujer menor de edad, como una fácil presa apetecida por el proxenetismo, la rufianería y todo tipo de tráfico: desde el "inocente" modelaje, hasta los "chats" pornográficos y el reclutamiento masivo para el ejercicio de la prostitución.
10. Por consiguiente, la situación de la niña menor de edad, es la de mayor riesgo ante la perversión de esta "sociedad de consumo", pues se ha convertido en apetecible mercancía desde las más tiernas edades.
11. Con las reformas al Código Penal, y conforme lo dejo demostrado, lo único que se ha hecho es franquear la explotación de los niños en un tipo de comercio sucio, condenado en todos los foros públicos a nivel internacional, a los mismos que nuestro país se ha adherido.
12. Toda vez que el Código Penal franquea la autorización legal para quienes

promuevan o faciliten la prostitución de menores, siempre y cuando sean "encargados de una casa de tolerancia", significa que nos hallamos frente a falta de tipicidad sobre esta conducta condenable.

- 13 Estamos, por consiguiente, ante una apariencia de tipicidad penal, o sea, ante una verdadera falta de tipicidad sobre la promoción y facilitamiento de la prostitución de menores; y lo que es peor, a través de una norma del propio Código Penal.

- 14 Nuestra civilización considera al sexo como algo prohibido, censurable, pecaminoso, sucio, vergonzante, indigno, envileciente, etc.. Y bajo estas premisas se canalizan una serie de conceptos que de manera explícita o implícita se difunden por todos los medios, para generar una sociedad psiconeurótica y condenatoria de toda práctica sexual. pero esta concepción sobre la sexualidad causa grave perjuicio a la niñez y a los adolescentes, pues bajo supuestos moralismos se los vitupera ante cualquier expresión más simple de su genitalidad o deseo sexual.

- 15 Si a la vituperación del sexo y a su tabú se le agregan todos los mecanismos de ocultación celosa de sus genitales, bajo el supuesto del "recato", del "pudor, de la "virtud", del "pecado" y de la condenación eterna en los fuegos del infierno, ya tenemos todo un cuadro de pavor que ha destruido el equilibrio psico-emocional del niño, por lo tanto, el sistema de concepción del sexo y de la sexualidad impuesto por el Estado, tiende a crear traumas y

EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO cimentar la ignorancia sobre la materia, lo que convierte a los niños en víctimas propiciatorias del proxenetismo y la prostitución, pues son inocentes por ignorancia.

- 16 Es condenable, de otra parte, el sistema por el cual a título de educación sexual, se anteponen una serie de moralismos y de religiosidad para tratar el tema, sin que se lo enfrente de manera clara, directa y científica; pues no hay curso de educación sexual que no invoque a escritos sagrados o a premisas moralistas, antes de topar el tema con franqueza y oportunidad.
- 17 En otros casos, y como sucede realmente en las aulas de los colegios, las clases de educación sexual se limitan a simples instrucciones de carácter anatómico-funcional, sobre los genitales y los mecanismos de reproducción ovulo-espermática, sin que se mencione para nada la relación de pareja, el contenido del placer sexual, los mecanismos del disfrute y complacencia; y, por consiguiente, la necesidad de enfrentarlo con madurez, conocimiento, prudencia, cordura, sensatez y hasta con sabiduría.
- 18 Todo este entorno ideológico-moralista determina que la niñez y la adolescencia no tengan una real formación sobre el papel de su sexualidad en su vida material, moral y afectiva; problema que se agudiza porque en la época adolescente ya empieza todo el proceso de funcionamiento hormonal desiderativo y fisiológico d todo el entorno que Segismundo Freud denominó líbido-sexual.

- 19 Las cosas no se detienen allí, se llega a postular como principio moral único y excluyente que la práctica o ejercicio del sexo deben estar encaminados exclusivamente a la reproducción, impidiendo todo disfrute, toda complacencia, precisamente porque se las declara como satisfacciones "pecaminosas".

- 20 Por múltiples mecanismos ideológico-religiosos se va generando una represión subliminal, casi oculta pero evidente, mediante una condenación directa a todo lo que tiene relación con el sexo, con este instinto natural que es parte vital de la bio-funcionalidad humana. Y todo esto, en vez de formar, convierte a la niñez, a la adolescencia y a la juventud en víctimas masificadas del abuso y el manejo proxenetista.

- 21 Como se puede ver, todas estas formulaciones sobre la sexualidad, están encaminadas principalmente contra los menores, niños y adolescentes porque se las difunde a título de "educación sexual"; y son, a todas luces, represivas; pero que, ante todo los ponen en situación de riesgo frente a todos los mecanismos de explotación sexual, que en las sociedades actuales se ha convertido en una las más grandes, rentables y lucrativas "industrias" modernas.

- 22 En medio de esta guerra competitiva del comercio sexual, se encuentra la mujer como ante un "fuego cruzado"; y, más todavía, la mujer menor de

EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO edad, como una fácil presa apetecida por el proxenetismo, la rufianería y todo tipo de tráfico: desde el "inocente" modelaje, hasta los "chats" pornográficos y el reclutamiento masivo para el ejercicio de la prostitución.

- 23 Por consiguiente, la situación de la niña menor de edad, es la de mayor riesgo ante la perversión de esta "sociedad de consumo", pues se ha convertido en apetecible mercancía desde las más tiernas edades.
- 24 Cuando hablamos de la sexualidad del menor como bien jurídico protegido, no estamos hablando de un simple concepto de "libertad sexual" (aunque la misma esté implícita dentro de tal esfera jurídica) pues su calidad de menor impide que dicha libertad pueda ser ejercida con albedrío completo (con plena capacidad de disposición) precisamente porque está formándose, porque no llega a su madurez y porque todo embarazamiento a su libre formación, desmerece a la sociedad entera, destruye la noción de "familia" y corrompe los cimientos ético-jurídicos del Estado mismo.
- 25 Por consiguiente, la sexualidad del menor como bien jurídico protegido tiene que ver con la eticidad del estado, con sus valores fundamentales, con su razón de ser, con su calidad moral de tutelador del Derecho, en fin, con su esencia y sus valores colectivos globales.
- 26 Desgraciadamente, este ideal supremo, inherente a toda sociedad y a todo Estado civilizado, no se cumple, y cada vez tenemos un mayor número de menores en el más completo desamparo social, económico, jurídico,

AUTORA: DRA. PATRICIA ORTEGA RAMÍREZ, ABG.

EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO educativo, de salud y en otros aspectos materiales. Este ingrediente

adicional torna más vulnerable al menor para caer en manos de los traficantes sexuales, cuyos establecimientos proliferan y se multiplican día a día, bajo amparo legal del propio Estado.

27 Bajo todo este contexto global de riesgo inminente y grave a que se somete, fácticamente, a los menores, al legislador se le ocurrió cambiar la denominación del Título VIII, Libro Segundo del Código Penal, que sistematizaba la tipificación "De los Delitos Sexuales", se lo cambió por "*De la Rufianería y Corrupción de Menores*"; y, en el Capítulo que trataba sobre "De la Corrupción de Menores, de los Rufianes y de los Ultrajes Públicos a las Buenas Costumbres", se lo cambió de materia, (en apariencia de simple denominación) y hoy trata acerca "*De los Delitos de Proxenetismo y Corrupción de Menores*". Y en todo este entorno se produjo la manipulación jurídico-conceptual que faculta la libre explotación, proxenetismo, rufianería y prostitución de los menores garantizadas por el mismo Código Penal.

28 Cuando en el primer artículo innumerado introducido por las ya indicadas reformas al Capítulo III, del Título VIII, Libro Segundo del Código Penal, determina que quien "promoviere o facilitare la prostitución de otra **persona** será sancionado con pena de prisión de uno a tres años, salvo que tuviere a su cargo una casa de tolerancia, establecida conforme a los reglamentos que la autoridad competente expidiere para esta clase de establecimientos", la utilización de la palabra "persona" que hace el legislador, no engaña sino

AUTORA: DRA. PATRICIA ORTEGA RAMÍREZ, ABG.

EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO a los profanos o a un profesional poco advertido, pues el mencionado Título del Capítulo III del Código Penal se remite expresamente a **La Rufianería y Corrupción DE MENORES**.

- 29 Con las reformas al Código Penal, y conforme lo dejo demostrado, lo único que se ha hecho es franquear la explotación de los niños en un tipo de comercio sucio, condenado en todos los foros públicos a nivel internacional, a los mismos que nuestro país se ha adherido.
- 30 Toda vez que el Código Penal franquea la autorización legal para quienes promuevan o faciliten la prostitución de menores, siempre y cuando sean "encargados de una casa de tolerancia", significa que nos hallamos frente a falta de tipicidad sobre esta conducta condenable.
- 31 Estamos, por consiguiente, ante una apariencia de tipicidad penal, o sea, ante una verdadera falta de tipicidad sobre la promoción y facilitamiento de la prostitución de menores; y lo que es peor, a través de una norma del propio Código Penal.

RECOMENDACIONES

1. Como recomendación fundamental, y fruto concreto de esta trabajo investigativo, se desprende una reforma específica a la normativa penal sobre la materia investigada. Esto es más decisorio que cualquier otra

declaración.

2. No obstante, como parte de mis recomendaciones concretas, yo debo hacer un llamado al Estado ecuatoriano y a la sociedad entera para que unamos nuestras fuerzas, con toda sinceridad, y luchemos por dar al menor de edad, una seguridad económica social, cultural y jurídica que permitan su verdadero desarrollo integral.
3. Los menores de edad son miembros de la sociedad del futuro, los conductores de la patria; y a ésta no le puede esperar ningún porvenir fructífero si no cuidamos la integridad y formación de ellos.
4. Estimaría de gran utilidad para la sociedad ecuatoriana, para la niñez que amerita una atención preferente y prioritaria de toda la sociedad y del Estado, que la Universidad Estatal de Guayaquil impulsara las reformas legales que aquí dejo expuestas.
5. Hago un llamado, con cierta urgencia y alarma, a todas las autoridades y entidades estatales y particulares, a las instituciones que laboran con la niñez, para que contribuyan a denunciar los hechos jurídico-materiales que aquí dejo expuestos, para frenar la impunidad y la promoción del proxenetismo, de la rufianería y de la prostitución de menores, garantizada por el mismo Código Penal.

6. Finalmente, por qué no recomendar a las autoridades que tienen que ver con la educación y la formación integral de la niñez y de la adolescencia, para que enfrentemos la satisfacción honesta de esta necesidad vital de los seres humanos, y, bajo esa comprensión demos una educación científica, bajo un criterio bio-psico-social. Este llamado y recomendación es tanto más urgente, cuanto que el obscurantismo nacional pretende impedir, a toda costa toda forma de educación sexual a la niñez y adolescencia, mediante un Proyecto de Ley, que ya ha sido aprobado en primera discusión por el Congreso Nacional.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, El debido Proceso y la Legislación Internacional, Ed. Edino, Guayaquil, 1.993

ALMAGRO NOSETE, José, Constitución y Proceso, Ed. Bosch, Barcelona, 1.996

BARBOSA CASTILLO, Gerardo, El debido proceso y el esquema procesal colombiano, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.996

BERNAL CUELLAR, Jaime, Presunción de inocencia, Ed. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 1.996

BOBIO, Norberto, La ideología y el Poder en crisis, Ed. Ariel, Barcelona, 1.988

BORJA Y BORJA, Ramiro, Derecho Constitucional Ecuatoriano, Ed. Instituto Geográfico Militar, Quito, 1.980

CANCINO MORENO, Antonio, El Derecho Procesal Penal y su Realidad Práctica, Ed. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 1.995

DENTI, Vittorio, Estudios de Derecho Probatorio, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.974

EDELMAN, Bernard, La práctica ideológica del derecho, Ed. Tecnos, Madrid, 1.980.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, Concepto y Límites del Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1.992

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Tiene Futuro la Dogmática Jurídico-Penal?, Ed, Temis, Bogotá, 1.983

LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, Jacobo, Las Escuchas y la Prueba Ilegalmente Obtenida, Ed. Ediciones Akal, Madrid, 1.989

MAIER, Julio Bernardo, El Sistema Acusatorio en Iberoamérica, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.996

MIR PUIG, Santiago, Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Ed. Bosch, Barcelona 1.982

MORA MORA, Luis Paulino, Proceso Penal - Juicio Oral en América latina y Alemania, Ed. Konrad, Caracas, 1.995

PÁEZ VELANDIA, Dídimo, Significado y Alcance del Debido Proceso, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.993

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, La Seguridad Jurídica, Ed. Editorial S. A., Barcelona, 1.991

PONCE MARTÍNEZ, Alejandro, Materiales para la Cátedra de Derecho Procesal Orgánico, Ed. Fundación Antonio Quevedo, Quito, 1990

ROUSSEAU, Jean Jaques, El Contrato Social, Ed. Panamericana, Bogotá, 1.992

SUAREZ SÁNCHEZ, Alberto, El Concepto de Acción Penal, Ed. Universidad

EL PROXENETISMO Y LA PROSTITUCIÓN DE MENORES DE EDAD PROMOVIDA POR DISPOSICIONES
EXPRESAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO A TRAVÉS DE ESTE MISMO CÓDIGO

Autónoma de Bucaramanga, 1.992

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Principios Rectores de la Nueva Ley
Procesal Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1.987

ZABALA BAQUERIZO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Ed. Edino,
Guayaquil, 2004

ZABALA BAQUERIZO, Jorge, El Debido Proceso Penal, Ed. Edino, Guayaquil,
2002

ZAFFARONI, Raúl Eugenio, Manual de Derecho Penal, Cárdenas Editores, México,
1986.