



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
Escuela de Derecho**

**“El concepto de sexualidad en el Derecho Ecuatoriano:
Consecuencias en la determinación de los Delitos Sexuales”**

Tesis previa a la obtención del título de Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los
Tribunales de Justicia de la República del Ecuador

**Autora: María Cecilia Alvarado Carrión
Director: Doctor Hernán Coello García**

**Cuenca-Ecuador
2007**

A Juan Rafael,
quien me enseñó a ver el mundo
desde otra perspectiva:
la de madre.

A todas las mujeres...
(las madres, las hijas...
Las que caminan solas, las que construyen en pareja...
Las que hablan, las que callan...
Las que se liberan, las que se oprimen...)
...Las que aman.

¡Gracias!

A mis padres,
mi familia,
mis amigas y amigos.

A mi Maestro,
el Doctor Hernán Coello García,
Director de este trabajo.

Índice de Contenidos:

Dedicatoria.....	II
Agradecimientos.....	III
Índice de Contenidos.....	IV
Resumen.....	VI
Abstract.....	VII

Introducción.....	1
--------------------------	----------

Capítulo 1: Antecedentes Históricos.....	4
---	----------

Introducción.....	4
1.1 La sexualidad en el Derecho Romano: principios de la discriminación por género.....	6
1.2 La sexualidad en la Iglesia Católica y su Influencia en el Derecho y la sociedad ecuatoriana.....	26
1.2.1 La Iglesia Católica y su doctrina.....	27
1.2.2 El Marianismo.....	27
1.2.2.1 María-Virgen.....	29
1.2.2.2 María-Madre.....	32
1.3 Breve referencia a la sexualidad en las culturas Prehispánicas del Ecuador.....	44
Conclusiones.....	45

Capítulo 2: Los delitos sexuales en el Código Penal Ecuatoriano:

Evolución Histórica.....	47
---------------------------------	-----------

Introducción.....	47
2.1 Breve referencia a la agrupación y denominación de los Delitos Sexuales.....	47
2.2 Los delitos sexuales en el Código Penal Ecuatoriano: Evolución Histórica.....	56
2.3 Análisis de algunos de los cambios más importantes.....	104
2.3.1 La despenalización del adulterio.....	104
2.3.2 La despenalización del concubinato.....	108
2.3.3 La despenalización de la homosexualidad.....	109
Conclusiones.....	111

Capítulo 3: La normativa vigente: Algunas observaciones sobre la reforma del 1 de junio de 2005.....

Introducción.....	113
3.1 La normativa vigente en torno a los delitos sexuales.....	113

Conclusiones.....	148
-------------------	-----

Capítulo 4: La sexualidad y la discriminación por género

en el Ecuador.....	149
---------------------------	------------

Introducción.....	149
4.1 Discriminación: Concepto.....	149
4.2 Discriminaciones permitidas: Acción Afirmativa y	

Trato Diferente.....	152
4.3 Discriminación por Género.....	157
4.3.1 Género: Concepto.....	157
4.3.2 ¿Existe discriminación por género en el Ecuador?.....	164
4.4 Derechos Sexuales y Reproductivos vs. Delitos Sexuales.....	171
4.4.1 ¿Qué y cuáles son los derechos sexuales y reproductivos?.....	177
4.4.1.1 Derechos Reproductivos.....	178
4.4.1.2 Referencia especial al delito de Aborto	181
4.4.1.3 Derechos Sexuales.....	186
Conclusiones	194

Capítulo 5: Derechos Sexuales y Comunidad GLBTT en el Ecuador. Una aproximación.....196

Introducción.....	196
5.1 La Comunidad GLBTT: Análisis Histórico.....	196
5.2 La Comunidad GLBTT en el Ecuador.....	201
5.2.1 Logros y situación actual de la comunidad GLBTT en el Ecuador.....	202
5.3 Los debates más polémicos: el Derecho al “casamiento” y la adopción	209
5.3.1 Derecho al Casamiento.....	209
5.3.2 Derecho a la Adopción.....	210
5.4 Una mirada a la situación jurídica internacional de la comunidad GLBTT.....	213
Conclusiones.....	219

Conclusiones Generales.....220

Bibliografía.....223

Resumen:

Con este trabajo se busca dar una visión integral de la sexualidad y confrontarla con lo que se ha entendido en el Derecho Penal Ecuatoriano para la determinación de los “Delitos Sexuales”. Partimos de un análisis histórico para entender la regulación positiva vigente en el Ecuador y desde ahí nos proyectamos hacia la otra cara de la moneda: los Derechos Sexuales, enfocándonos en dos grupos en los que la plena vigencia de éstos todavía está en construcción: Mujeres y Comunidad GLBTT.

El trabajo se basa prioritariamente en investigación bibliográfica, alimentada por experiencias personales que me han acercado a la realidad descrita.

La sexualidad y su reconocimiento pleno como derecho de todos los seres humanos todavía se enfrenta a concepciones androcéntricas y moralistas que limitan su comprensión integral y que consecuentemente se traducen en legislaciones incompletas, a pesar de los avances significativos conseguidos en el área.

Abstract:

This research tries to give an integral point of view about sexuality and to confront it to what has been understood in the Ecuadorian Penal right in the determination of “Sexual crimes”. The starting point of the research comes from a historic analysis to understand the positive regularization used in Ecuador at the moment and from there to the other side of the issue: Sexual rights focusing on two groups in which the actual rights are still under construction: Women’s and the GLBTT community.

The research is mostly based on bibliographic investigation, nourished by personal experiences witch have gotten me closer to this reality.

Sexuality and its full recognition as a human right, still has to confront to a andocentric and moralist conceptions witch limit its integral comprehension and consequentially are translated to incomplete legislations, despite the considerable progresses in the area.

“El concepto de Sexualidad en el Derecho Ecuatoriano: Consecuencias en la determinación de los Delitos Sexuales”

Introducción:

Siempre que uno se involucra con algún tema en específico, parecería ser que la sensibilidad para encontrarlo en lugares y personas en las que antes nos parecía imperceptible, se agudiza. Es como si de pronto todo se dotara de un contenido diferente que lo vincula de alguna manera al tema de nuestra preocupación. Simplemente lo vemos en todo lado.

Desde el momento en que me planteé el tema para este trabajo, me sucedió lo descrito. Como si atrajera hacia mí, casos y personas, el contacto con situaciones reales en donde el delito y el derecho sexual se confrontaban me llegaban para cuestionar lo que escribía, lo que pensaba, lo que creía...

Los seres humanos somos más sexuales de lo que a muchas religiones les gustaría (hoy mismo el Papa Benedicto XVI en su visita a Brasil, hizo un llamado a la castidad y a guardar la virginidad pre-nupcial). La sexualidad es parte fundamental de nuestra vida y como tal necesita ser entendida. Para comprobar la importancia, el debate y la polémica que rodean a los temas y situaciones en los que la sexualidad se atraviesa, basta con mirar las noticias nacionales e internacionales que diariamente se presentan...

Pornografía infantil en una escuela de Quito; álgido debate por la Píldora de Anticoncepción de Emergencia (PAE) que termina con la declaratoria de inconstitucionalidad; establecimiento por parte del Ejecutivo del Día Nacional del No Nacido, a petición de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana; debate sobre la Ley de Educación Sexual y el Amor para los colegios; debate sobre la nueva Ley Orgánica de Salud cuyo capítulo más polémico es el referente a la Salud Sexual y Reproductiva; noticias a diario de casos de violación a mujeres de toda edad y condición en diferentes ciudades del país, incluida nuestra “tranquila” Cuenca...

Propuestas de organizaciones de mujeres y jóvenes que buscan introducir cambios en la nueva constitución para garantizar el acceso de los-as jóvenes a métodos de planificación familiar, servicios de salud sexual y reproductiva y la despenalización

del aborto basado en el “derecho a decidir”; participación en los debates pre-constituyentes de personas GLBTT y trabajadoras sexuales que pelean por la no discriminación efectiva.

En lo internacional, debate sobre la consideración de “trabajo” a la prostitución; en Italia se revisa la legislación sobre el acoso sexual incluyendo el acoso a través de mensajes enviados a celulares; en Chile se autoriza la entrega de la PAE a adolescentes sin necesidad de autorización paterna; en México,DF se despenaliza el aborto practicado dentro de las doce primeras semanas de gestación...

Hago este recuento, sólo por citar las noticias que más me llamaron la atención en el largo tiempo que me tomó la redacción de esta tesis y que no me dejan duda que la sexualidad está en el debate nacional e internacional. En mi criterio esto es suficiente justificación para plantear un trabajo que procura ser integral, partiendo de la comprensión del concepto de Sexualidad para desde ahí analizar tanto los delitos que la vulneran como los derechos que la protegen.

Reconozco la amplitud del tema y en más de una ocasión me sentí tentada de reducirlo y modificarlo. De cada uno de los capítulos podría realizarse un estudio independiente; la intención, sin embargo, era dar una visión completa sobre el problema de la comprensión o incomprensión de la sexualidad como un derecho y confrontarlo con lo que se considera en la legislación penal ecuatoriana y en la forma en que es asimilada por la sociedad misma.

Con una investigación preponderantemente bibliográfica, en donde hemos recurrido a más de los textos jurídicos a conceptos de ciencias auxiliares como la Sociología, la Psicología, la Antropología, la Política; el trabajo inicia con un análisis histórico revisando lo dispuesto en el Derecho Romano, el Derecho Canónico y la visión desde la Iglesia Católica, para llegar al Código Penal Ecuatoriano y la evolución que se ha dado en los artículos vinculados con los Delitos Sexuales hasta la última reforma del año 2005. Analizada la situación de los Delitos nos aproximamos en los dos últimos capítulos hacia la otra cara de la moneda: Los Derechos Sexuales y Reproductivos y lo hacemos enfocándonos en las mujeres y la comunidad GLBTT por considerar que en estos grupos las demandas por el cumplimiento y garantía de estos derechos en particular se encuentran en plena vigencia dentro de sus agendas.

Analizar la sexualidad desde el Derecho ha sido el reto de este trabajo que lo escribo desde mi propia experiencia personal de madre, de madre sola, de joven, de mujer, de estudiante de Derecho, de política, de activista, de ciudadana. Mis percepciones personales se evidencian en cada uno de los temas analizados con la carga que se pone cuando abordamos algo que no nos es ajeno. El lector tiene la plena libertad de juzgar, analizar y valorar el trabajo que se presenta.

“El concepto de Sexualidad en el Derecho Ecuatoriano: Consecuencias en la determinación de los Delitos Sexuales”

CAPITULO 1

ANTECEDENTES HISTORICOS

Introducción:

A lo largo de la historia, la sexualidad ha generado polémica y es difícil encontrar una cultura en donde se plantee el tema desde su comprensión como un derecho.

Este trabajo se basa en la comprensión de la sexualidad como *“una parte integral de la personalidad de todo ser humano; [qué] su desarrollo pleno depende de la satisfacción de las necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad emocional, placer, ternura y amor. La sexualidad se construye a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales. El desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social. Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad para todos los seres humanos.”*¹

Desde aquí partimos en la búsqueda de establecer si nuestras leyes entienden e incorporan este concepto para la definición de los derechos y de los delitos vinculados a la sexualidad o si por el contrario lo están restringiendo tanto en su comprensión conceptual que va mucho más allá del acto sexual, cuanto en la determinación de “derecho humano” que no admite discriminación y que es fundamental para el pleno desarrollo individual y colectivo.

Las relaciones hombre-mujer, para muchos autores contemporáneos, relaciones de poder en su mayoría, encierran especial importancia en cuanto a la relación de pareja

¹ Declaración del XIII Congreso Mundial de Sexología, 1997 Valencia (España). Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) el 26 de agosto de 1.999, en el XIV Congreso Mundial de Sexología (Hong Kong).

y las consecuencias que ésta provoca en la sociedad. Si aceptamos que la familia es la célula de la sociedad, las relaciones de poder que se dan en su interior son determinantes en la construcción de la sociedad misma y las normas por las que ella se rige.¹

Ejemplos de lo difícil que ha resultado para las mujeres el ejercicio de su sexualidad como un derecho lo podemos encontrar en todos los rincones de nuestro diverso y patriarcal² planeta. Aún ahora, en pleno siglo XXI, todavía la sexualidad es un tema de conversación reservada y no se diga si se suman otros componentes como la orientación sexual. Hablar de Derechos Sexuales todavía, para todos aquellos que no sean hombres y heterosexuales, sigue sonando a lucha, conquista y hasta favor.

“Al concebir al hombre como paradigma universal, (androcentrismo) se ha justificado todos los actos de genocidio contra las mujeres”, afirma Marcia Moya y para comprobarlo ejemplifica con algunos de los más atroces actos cometidos contra las mujeres:

El “Sutte hindú” o inmolación de la viuda. Enterraban a la mujer con vida junto al marido difunto.

La mutilación genital, hasta hoy practicada en varias zonas de África, con la que las mujeres son negadas al goce sexual y garantizadas solo para la reproducción humana. La Sagrada Inquisición y su “caza de brujas” persiguieron a todas las mujeres que se apartaban de los roles permitidos y se dedicaron a actividades de curación o simplemente a ocupar espacios tradicionalmente ocupados de manera exclusiva por los hombres.” Además, hoy mismo, Amnistía Internacional denuncia ante la comunidad internacional como en los países musulmanes las mujeres acusadas de adulterio son condenadas a morir apedreadas.

Si estos ejemplos nos parecen extremos, pensemos en el aborto, una situación cotidiana, en todos los lugares y en todos los estratos sociales, que a decir de Moya

¹ La aseveración que la “familia es la célula de la sociedad” la aceptamos en tanto entendemos y reconocemos las distintas “familias” y no solo limitada al concepto tradicional de familia nuclear de padre, madre e hijo. Esta aclaración es fundamental pues a lo largo de este trabajo nos empeñaremos en destruir conceptos que han equiparado a lo diferente como “malo o menos”.

² A lo largo de la historia no ha sido posible aún, identificar sociedades matriarcales permanentes, los casos de matriarcado que se han registrado aparentemente fueron temporales. Claro está, entendiendo que la historia lo escriben los vencedores y que en muchos casos la minimización de la participación y los aportes de las mujeres ha sido conciente.

es una de las “formas de matar a las mujeres” no solo por la culpa y la satanización religiosa y social que todavía se la da principalmente en los países latinoamericanos sino porque es uno de los ejemplos más claros en donde la vida de las mujeres no es considerada: la situación que envuelve a la decisión, la mortalidad de las mujeres como consecuencia de abortos mal practicados, sus miedos, preocupaciones y las razones por las que se llega a una decisión como esta, son completamente invisibilizados porque la vida de las mujeres en si mismas no tiene importancia y está subordinada a otros intereses. *“El aborto es concebido como una forma de matar a las mujeres, porque solamente en ellas recaen los prejuicios sociales, religiosos y morales dados por la sociedad que culpabiliza a las mujeres, justificando a los hombres implicados. Toda mujer que aborta quedará estigmatizada psicológica, físicamente y afectada en su autoestima.”*¹

Otro ejemplo diario y aún vigente en países africanos, asiáticos, musulmanes y algunas comunidades indígenas de nuestro propio país, son los matrimonios arreglados en donde las mujeres son entregadas sin considerar en absoluto su decisión sobre la pareja y la forma de asociación que desean tener; sobre si desean o no ser madres, cuando y en que condiciones.

Estos y otros casos, quizá peores pero desconocidos, han sido y son prácticas que evidencian la inequidad entre hombres y mujeres y que en materia de lo que hoy conocemos como derechos sexuales, se acentúan aún más; inequidades que el Derecho de sus respectivos tiempos y lugares lo ha reconocido, como lo veremos, en gran parte, apadrinado por las creencias religiosas imperantes.

Por esto nos ha parecido necesario iniciar nuestro estudio del tema propuesto, aproximándonos en este primer capítulo al Derecho Romano y al Derecho Canónico para con ello tener mayores elementos de juicio para la comprensión del tratamiento que ha recibido la sexualidad en el Derecho Ecuatoriano.

1.1 La Sexualidad en el Derecho Romano: Principios de la discriminación por género

En las sociedades primitivas, en materia penal, el vínculo con la religión es indiscutible; la relación causa-efecto no alcanzó mayor desarrollo y muchos

¹ Moya, Marcia. Transmitiendo el Cuerpo del Conocimiento. Pag. 33

fenómenos eran explicados bajo concepciones mágico-religiosas. La responsabilidad de los actos difícilmente era individual (pues las características de la persona eran las de su “clan”), y además podían inclusive no ser humanas (a un animal y hasta a una cosa se le puede atribuir responsabilidad)¹.

Aceptando lo anterior, podríamos afirmar que, lo que más tarde se llamaría Derecho Penal, se equipara a lo que en materia religiosa se instauraron como prohibiciones, los “tabú”. Como explica Soler, *“la violación de un tabú acarrearía una desgracia, por ello las sanciones tenían carácter expiatorio, buscando evitar la desgracia a través del cumplimiento de la ordalía, a veces purificadora por sí misma, o con la pena”*.

La venganza, la Ley del Talión, la expulsión de la paz, fueron instituciones primitivas conocidas como antecedentes de la pena.

La Ley del Talión (conocida en la Ley Mosaica por la frase: ojo por ojo diente por diente) constituye la limitación de la venganza y supone un gran adelanto en el desarrollo social, por ésta la venganza se limita exactamente a ocasionar un daño equivalente al daño sufrido por el ofendido.

A más de la Ley Mosaica, el famoso Código de Hammurabi, el Código de Manú, son las referencias de “normas positivas” más antiguas que encontramos no solo en el campo penal.

Para quienes estudiamos el Derecho en las sociedades occidentales, acercarse al Derecho Romano, más aún si se trata de un derecho perteneciente a su familia, es una tarea indispensable cuando se trata de analizar los conceptos y las instituciones que se encuentran detrás de la norma positiva, siendo igual de importante realizar un análisis crítico y enmarcado en la realidad social de Roma que permita comprender su contexto de aplicación.

“El derecho penal romano reconocía como base el concepto de obligación moral, en cuanto el Estado había tomado sobre sí la misión de ponerlo en obra. Una obligación moral cuya observancia prescribe el Estado es una ley penal; la

¹Ejemplo clarísimo de esta interpretación la encontramos en la Biblia (Gn. 3, 14-24) Dios impone un castigo a Adán, Eva y la serpiente, por haber comido y tentado a comer del árbol de “Bien y del Mal”. El castigo impuesto se extiende hacia toda la especie humana y todas las serpientes. El hombre deberá trabajar y conseguir el pan con el sudor de su frente; la mujer parirá los hijos con dolor, dependerá del marido y éste la dominará; la serpiente es un animal maldito entre todos los demás, se arrastrará y comerá tierra toda su vida. Adán y Eva fueron expulsados del Paraíso.

inobservancia de tal precepto es el delito; el mal que impone el Estado a aquel que no ha observado la prescripción es la pena. El delito se considera como borrado por la pena, con lo que se restaura el orden público”¹

En Roma, la figura de la punición doméstica, abarcaba las dos esferas concernientes al Derecho Penal: la defensa del Estado en caso de haberse dañado a la comunidad, y la intervención del Estado entre el ofensor y el ofendido, cuando el daño es a un particular. Las dos esferas se encontraban “refundidas e indivisibles” en la persona del Pater Familia, ya que éste “*lo mismo procedía a castigar las injusticias de que él propio fuese víctima, que a castigar, a petición del perjudicado, los delitos cometidos dentro del círculo de la familia por alguna persona de las pertenecientes a ella contra otra, o por un miembro de la familia contra un extraño. El poder ilimitado del jefe de la casa sobre los individuos que formaban parte de ésta era esencialmente igual al que tenía el Estado sobre los miembros de la comunidad política*”²

La punición doméstica sin lugar a dudas constituye el origen del Derecho Penal Romano y no se aparta de la tesis del origen teocrático del Derecho ya que también en Roma el Pater Familia constituía el eje de la religión familiar y éste administraba justicia sin otro limitante que su libre arbitrio (el derecho que tenía el pater familia sobre los esclavos y los hijos de familia no era otra cosa que el derecho que tiene el propietario sobre sus bienes)

Está claro entonces que en Roma, antecedente directo de nuestra legislación, el Derecho Penal privado surge de la mano del poder del pater familia. La estructura absolutamente patriarcal de la familia romana (“*según el sistema originario, la mujer estaba siempre, y por necesidad, sometida a la potestad ajena; con relación a la mujer casada, el lugar del poder doméstico lo ocupaba la potestad marital; la que no se hallara sujeta al poder del padre o del marido, estaba sometida a la tutela gentilicia...*”)³ quizá pueda explicarnos las diferencias sustanciales en el trato que hasta hoy aún persisten en nuestras familias respecto de los “derechos” concedidos a los hijos varones y las hijas mujeres y a entender las justificaciones para todas las

¹ Mommsen, Teodoro. Derecho Penal Romano. La información de este apartado se basa principalmente en este texto por lo que las citas de referencia serán recurrentes.

² Mommsen, Teodoro, Derecho Penal Romano, pag. 11

³ Mommsen, Teodoro. El Derecho Penal Romano. pag. 13

normas de “protección” que se otorgaban a las mujeres que hasta hace poco fuimos consideradas como incapaces relativos; si bien la legislación civil y penal vigente ha dado pasos gigantes en la equiparación de derechos y casi todas las normas de tutela en “favor” de las mujeres han sido eliminadas, las costumbres familiares y sociales limitan la capacidad de la mujer, sujetándola a las decisiones del padre o marido.

Roma, que se ha inscrito en la historia no solo por sus importantes aportes en materia legal sino además por su conocida fama de civilización “libertina” y de placeres excesivos, no logró, sin embargo, ser una sociedad igualitaria, peor equitativa. Solo para citar un ejemplo, entre las formas para otorgar la manumisión, se encontraba la manumissio censu, que no era aplicable para mujeres y niños ya que éstas no se inscribían en el censo.

Ya adentrándonos en el tema que nos compete, veremos como en los Delitos Sexuales tipificados o los Delitos “contra el honor”, como se los conoce y se han conocido en casi todas las legislaciones, por lo menos en Roma, es evidente que se protege más el honor del pater familia o del esposo de la romana libre y de un estatus determinado, que el honor de la mujer víctima del delito, así nos lo demuestra, por ejemplo, el hecho que la romana esclava o de condición social inferior no estaba obligada a guardar castidad.

Siguiendo el texto de Teodoro Mommsen, (pag. 426 y ss) que realiza una agrupación en once conjuntos a los Delitos en Roma, mencionemos los que él cita bajo el título de delitos sexuales:

- **Unión entre parientes (incesto) e impedimentos matrimoniales**

El derecho a contraer matrimonio, jus conubii, fue uno de los derechos privados concedidos al amparo del “status civitatis” (posición de los hombres libres con relación a la comunidad de los ciudadanos romanos) En el caso de los esclavos, además, no era aplicable el concepto de parentesco, que sin embargo, como lo veremos, si se consideraba al alcanzar la condición de libertos en cuanto a las prohibiciones de contraer matrimonio en virtud del parentesco generado en el tiempo de su esclavitud.

En términos generales era necesario la mediación de la forma de matrimonio para aplicar la pena; sin embargo, en el caso de la mujer libre que hiciera vida común con su esclavo, era indiferente que exista o no la figura del matrimonio para la aplicación de la pena que consistía en la muerte para ambos involucrados y además para la mujer la pérdida del derecho de testamentifacción.

El fundamento para la penalización de los matrimonios entre parientes fue la violación a los deberes religiosos a los que estaban sometidos los ciudadanos, dado que *“el sistema religioso incluyó en el concepto de impureza (...) la comunión sexual de aquellas personas que no podían celebrar matrimonio por causa de las relaciones de parentesco existentes entre ellas”*¹ y por lo mismo, más allá de las sanciones penales y civiles a las que hubiera lugar por no respetar el vínculo de parentesco, quedaban sujetos a la expiación religiosa.

Si bien las leyes variaron de un tiempo a otro del imperio, las prohibiciones en materia civil para la celebración de matrimonio en virtud del parentesco incluyeron al inicio hasta el sexto grado, después hasta el cuarto grado y posteriormente el problema se dejó entregado a la libertad de los individuos.

En nuestra legislación penal, la celebración de matrimonios ilegales se encuentra bajo el título de los DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL y no en el título del RUFIANISMO Y CORRUPCION DE MENORES, más conocido por el título que tuviera antes, DE LOS DELITOS SEXUALES, como fueron calificados en Roma a criterio de Mommsen, y como lo veremos a continuación, varios casos de los que fueran considerados delitos no han trascendido hasta nuestro código y para otros se contempla únicamente la acción civil de la nulidad pues no cabría la penalización.

En la época del Imperio, era delito el matrimonio:

a) Entre ascendientes y descendientes, inclusive los adoptivos aun cuando se hubiera disuelto el vínculo de adopción. Esta prohibición persiste en nuestro derecho que en el Art. 95 del Código Civil², en el numeral 6, determina: *“Es nulo el matrimonio contraído por las siguientes personas: 6. Los parientes por*

¹ Mommsen, Teodoro. El Derecho Penal Romano. pag. 427

² Los artículos del Código Civil que se citan están de acuerdo a la codificación realizada en junio del 2005

consanguinidad en línea recta” y el Art. 326 del mismo cuerpo legal que afirma “Por la adopción adquieren el adoptante y el adoptado los derechos y obligaciones correspondientes a los padres e hijos (...)” Adicionalmente y para reforzar este criterio, el Código de la Niñez y la Adolescencia que constituye ley especial y que regula ampliamente el tema de la adopción, señala en su Art.152: “La ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento-filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo.

La adopción extingue el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen. No obstante, quedarán subsistentes los impedimentos matrimoniales que afectaban al adoptado por causa de las relaciones de parentesco extinguidas.”

La diferencia radical está en la consideración de delito que le otorgó el Derecho Romano en el que según afirma el tratadista que seguimos “(...)es imposible dudar de que la pena correspondiente al incesto era, en el derecho originario, la de muerte. Aun en la época imperial condenaban a la pena de muerte los más altos tribunales, que tenían atribuciones para agravar la penalidad; sin embargo, lo regular era que el incesto fuera castigado con la deportación.”¹

En nuestro Código Penal, por el contrario, no lo encontramos tipificado como delito, como sí lo está la bigamia, por ejemplo, que el Derecho Romano más bien tuvo un trato benevolente como lo veremos más adelante. Sólo el artículo 534 nos habla de manera general, de la sanción para quienes no observaren las leyes de la República en la celebración de los matrimonios. La pena que contempla es la prisión de uno a cinco años. En nuestra legislación el matrimonio entre ascendientes y descendientes es nulo, como lo afirma el Art. 95 del Cod. Civil, citado líneas arriba y la acción de nulidad es imprescriptible como lo señala el inciso segundo del Artículo 99 del mismo código. Tiene por tanto consecuencias civiles, mas no penales como lo fuera en la antigua Roma.

b) Entre hermanos y hermanas, inclusive los adoptivos mientras dure su condición, y entre los libertos respecto de sus hermanos-as consanguíneos. En

¹ Mommsen, Teodoro. El Derecho Penal Romano. pag. 431

nuestro Código Civil y en cuanto a la adopción, el Código de la Niñez, al igual que el caso anterior, estos matrimonios caen en casual de nulidad y su acción es imprescriptible.

c) Entre tío y sobrina / tía y sobrino. No se podía contraer matrimonio con el hermano (a) del padre o madre o de un ascendiente más lejano, porque éstos ocupaban el lugar de los padres. Esta prohibición no persiste en nuestro derecho.

d) Entre primos. El matrimonio entre hijos de hermanos fue prohibido por el Emperador Teodosio I pero no pasó al derecho Justiniano. En nuestra legislación no existe ningún limitante para el matrimonio entre primos.

e) Entre suegro y nuera / suegra y yerno y entre padrastros e hijastros. *“La relación de parentesco (...) por lo mismo que es producida por el matrimonio y que se asemeja a la existente entre padres e hijos, se convierte, mientras subsiste el matrimonio de donde ella se deriva, en circunstancia agravante de las relaciones sexuales, porque añade el incesto al adulterio, y aún después de disuelto el matrimonio esas relaciones siguen siendo incestuosas”*¹ En nuestro Código Civil, es nulo el matrimonio celebrado entre parientes en primer grado civil de afinidad (Art. 95, numeral 8) pero la acción de nulidad prescribe en el plazo de dos años desde que se celebró el matrimonio o desde que se tuvo conocimiento de la causal de nulidad (Art. 99) Sobre el tema del adulterio, se que produciría en el mantenimiento de relaciones sexuales sin mediar la forma de matrimonio, no menciona nuestro código; el adulterio fue despenalizado en el Ecuador en el año de 1983 y hasta entonces fue calificado como uno de los Delitos del Título VIII y además constaba la sanción civil de considerar nulo el matrimonio celebrado entre “El hombre o mujer con su correo en el delito de adulterio” (Art. 95, número suprimido en 1989) al respecto nos detendremos en el capítulo siguiente de este trabajo.

f) Entre cuñados, porque la relación se asemeja a la existente entre hermanos. Esta prohibición no trascendió a nuestro derecho.

g) Entre tutor y pupila. El matrimonio era nulo y el tutor era castigado con la misma pena que los adúlteros. En nuestro Código Civil, el Art. 90, reformado, dice: *“Mientras que una persona no hubiere cumplido dieciocho años, no será lícito al tutor o curador que haya administrado o administre sus bienes casarse con ella (...) Igual inhabilidad se extiende a los descendientes del tutor o curador, para el*

¹ Mommsen, Teodoro. Derecho Penal Romano. pag. 429

matrimonio con el pupilo o pupila. El matrimonio celebrado en contravención a esta disposición sujetará al tutor o curador que lo haya contraído o permitido, a la pérdida de toda remuneración que por su cargo le corresponda, sin perjuicio de las otras penas que las leyes le impongan. (...)” y por su parte el Art. 537 del Código Penal concuerda diciendo “El tutor o curador que, antes de la aprobación legal de sus cuentas, contrajere matrimonio, prestare su consentimiento para que lo contraigan sus hijos o descendientes con la persona que tuviere o hubiere tenido en guarda, será reprimido con uno a cinco años de prisión y multa de ciento a mil sucres.”

Otras prohibiciones que existieron en Roma para la celebración de matrimonio, en atención a criterios distintos al parentesco fueron:

- a) La prohibición general que se impuso al gobernador de una provincia para contraer matrimonio con una mujer de la misma provincia.
- b) La mujer condenada por adúltera recibía una prohibición general de contraer matrimonio. El tema del adulterio lo profundizaremos a continuación al abordar este delito en Roma y además en el siguiente capítulo analizaremos su situación en el Ecuador.
- c) La unión sexual entre mujer libre y su esclavo, (Constantino lo incluyó entre los delitos capitales) aún cuando no mediara la forma de matrimonio. Ambos involucrados fueron castigados con la pena de muerte y además la mujer perdía el derecho a la testamentifacción. Fue un delito de acción pública y por lo mismo la acción para perseguirlo la tenía cualquier persona.

De manera general podemos concluir que, las prohibiciones de celebración de matrimonio en razón del parentesco, que fueron en Roma consideradas como delito (según el tratadista que seguimos, encasillados dentro de los Delitos Sexuales), en nuestra legislación no son catalogadas como tales y acarrear únicamente la consecuencia civil de la nulidad. El caso del matrimonio entre tutor (o sus descendientes) y pupila es el único que se encuentra además sancionado penalmente. La reflexión es válida pues mal podría considerarse como un delito, por ejemplo, el matrimonio celebrado entre dos hermanos, que desconociendo su condición, llegara a

celebrarse; otra cosa es que el derecho no le reconozca validez a esta unión pero no podrían los involucrados recibir una sanción penal por tal hecho, la sanción la recibe la autoridad que celebra el matrimonio existiendo el impedimento (Art. 538. Código Penal)

En el caso de las uniones prohibidas por el derecho romano, cabría preguntarse cual fue el bien jurídico protegido, más allá de las razones morales, para darle la calificación de delito y sancionar penalmente a los implicados.

Llaman la atención a nuestro estudio, por el trato distinto que reciben las mujeres, las prohibiciones impuestas en Roma para la celebración de matrimonios por razón distinta al vínculo de parentesco (la prohibición general del matrimonio que se imponía a la mujer condenada como adúltera y la unión sexual entre mujer libre y su esclavo). Parece claro que la prohibición era exclusiva para las mujeres, dado que los hombres únicamente tenían prohibición de mantener relaciones sexuales con las doncellas o con mujeres casadas y aún en estos casos la consideración era hacia el padre o el marido, respectivamente, tal como se verá en el delito de adulterio, y nada se dice sobre la prohibición para ellos de contraer matrimonio.

Además, vale la pena mencionar que se consideró causal para caer en la condición de esclava el hecho que una mujer libre mantenga relaciones íntimas con un esclavo ajeno, conociendo su condición y desoyendo la prohibición del dueño manifestada por tres veces.

Otro de los delitos enumerados por Mommsen y que evidencian discriminación contra las mujeres fue el matrimonio deshonesto. En la Legislación de Augusto sobre el matrimonio se decía: *“en caso de que a sabiendas un ciudadano romano contrajese uno de los matrimonios tenidos por deshonestos, ora porque la mujer estuviese desposeída de los derechos honoríficos, ora porque un senador se casara con una liberta, ambos cónyuges quedaban privados de testamentifacción”* Constantino I agravó esta prohibición con respecto de personas de cierto rango y los matrimonios que se celebraran contraviniendo esta prohibición eran considerados nulos, más no acarreaban una penalidad propiamente dicha para los contrayentes.

Nos parece importante remarcar estas situaciones de discriminación que podrían pasarse por alto y que por el contrario evidencian conceptos importantes sobre la

posición y el reconocimiento que ocupaba la mujer en la sociedad romana y que nos permiten confirmar el trato desigual que a lo largo de la historia y en distintas civilizaciones ha tenido la mujer, empezando por la esfera privada como son las relaciones de familia y sus derechos sexuales y extendiéndose como sabemos hacia la esfera pública en donde el campo laboral es el más relevante. Igualmente la sociedad romana fue tremendamente excluyente hacia los niños y niñas, fueron un grupo desprotegido y esa poca consideración es notoria por ejemplo, al no incluir entre los delitos sexuales figuras o situaciones agravantes en caso de tener por víctima a un niño a niña, el mismo delito que acabamos de revisar, el incesto, que por lo menos hoy y probablemente desde siempre, ha sido un delito en el que generalmente las víctimas son niños o niñas, llama la atención que, según el texto que seguimos, no se encuentre una sola referencia ante esta posibilidad.

- **Ofensa al pudor de la mujer (adulterium, stuprum)**

“La mujer libre romana estaba moralmente obligada a no tener contacto sexual con nadie, antes del matrimonio, y a no tenerlo, durante éste, más que con su marido. Por el contrario el hombre solamente se hallaba sometido a esta prescripción moral hasta cierto punto, a saber: en cuanto no debía causar ofensa a la honestidad de las doncellas ni de las esposas de otros hombres.”¹

Esta “obligación moral” estaba sometida al derecho penal doméstico y la pena podía incluso ser la pena de muerte; sin embargo, así como la obligación era más dura para las mujeres, también la pena y la forma de castigar al hombre involucrado era distinta, “(...)el tribunal doméstico tenía por su propia índole facultades para castigar a toda mujer romana que faltara a la castidad, en cambio el varón cómplice del correspondiente delito solamente se le podía exigir responsabilidad cuando estuviera sometido a la potestad de su padre, y solo podía pedírsela a su propio tribunal doméstico”²

Es curioso el nombre con el que el tratadista identifica al delito: “Ofensa al pudor de la mujer” y lo divide en dos tipos: Adulterio y Estupro. Para identificar cuando se trata de uno u otro delito, es necesario comprender el concepto romano de matrimonio, que para los efectos penales fue bastante amplio. En Roma se entendía

¹ Mommsen, Teodoro, Derecho Penal Romano. pag. 431

² Mommsen, Teodoro. El Derecho Penal Romano. pag. 432

por matrimonio tanto el matrimonio celebrado conforme derecho (*iustae nuptiae*) ya sea entre romanos o extranjeros, así como toda forma de vida común matrimonial monogámica, aún sin ser matrimonio legítimo.¹ La legislación de Augusto sobre el matrimonio, a la que pertenece la ley Julia sobre el adulterio, no le dio carácter punible al matrimonio *iniustum*, en donde no existía la *connubium* y por lo mismo los hijos seguían la condición de la madre, ni al concubinato (unión sexual legítima entre dos personas que no podían celebrar matrimonio por mediar algún impedimento legal o por libre acuerdo entre las partes); todas las demás formas de uniones sexuales caían dentro de la ley penal.

De ahí que fuera considerado adulterio toda unión sexual entre una mujer casada (considerando el amplio concepto de matrimonio, incluyendo el matrimonio ilegítimo y el concubinato) con otro hombre que no fuera su marido; y estupro (*stuprum*) el comercio sexual con mujer soltera, que estuviera obligada a guardar castidad, pues como lo mencionamos ésta era una obligación de las romanas libres de cierto status y no de las mujeres esclavas, y de aquellas, casadas o no, que fueran consideradas mujeres públicas: las dueñas de burdeles, las comediantas, las dueñas de locales públicos, y las que vivieran en concubinato indecente; *“más el mero hecho de llevar vida disoluta no libraba a las romanas libres de las consecuencias penales que la ley atribuía a los delitos contra la honestidad; tampoco se libraba de ellas el amante, salvo el caso que hubiera podido engañarse en cuanto la condición social o al género de vida de la mujer. La condición social o el género de vida del hombre culpable no se tomaba en cuenta para calificar el delito; la mujer libre podía faltar legalmente a la castidad, aun yaciendo con un esclavo”*²

Bajo estas consideraciones y excepciones vale la pena analizar si efectivamente el derecho condenaba la “ofensa al pudor de la mujer” o más bien se protegía “el honor” de sus padres o parejas. La mujer, al igual que los niños y niñas, como lo hemos dicho, fueron en Roma un grupo bastante desprotegido y nada considerado. En el mismo texto de Mommsen que seguimos, encontramos la siguiente afirmación: *“El orden jurídico de la época republicana apenas si prestó atención a las ofensas*

¹ Matrimonio Legítimo fue el que tenía como base la *connubium* (comunidad matrimonial) de los contrayentes, reconocida por el Estado y que acarrea entre los efectos jurídicos más importantes la transmisión del derecho personal del padre hacia los hijos engendrados dentro del matrimonio.

² Mommsen, Teodoro, Derecho Penal Romano. pag. 434

causadas a la honestidad femenina. (...)En Roma, el derecho penal de la época republicana, aparte del delito de violación, las ofensas a la honestidad de las mujeres desempeñaron un papel tan subordinado como el que les correspondía en el derecho civil no referente a los delitos. El derecho de las Doce Tablas tenía una concepción estrecha de la acción privada de injuria, es difícil que esta acción pudiera concederse por las ofensas a que nos referimos. Al desarrollarse posteriormente el Derecho de las Doce Tablas por medio de la interpretatio, concedíase dicha acción a la mujer o a la doncella seducidas sin consentimiento ni complicidad por parte de ellas. Esta acción no podía serles negada a los parientes de la mujer ofendidos por el hecho, es decir al padre y al marido; pero las penas pecuniarias únicas que se permitían, no eran adecuadas a la culpabilidad moral que mediaba en el caso”.

En nuestro caso el adulterio estuvo tipificado como delito hasta el año de 1983 en el título VIII “De los Delitos Sexuales”¹. Sin darnos una definición, que en materia penal es indispensable para la tipificación de un delito, el Art. 503 derogado, decía: *Serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años:*

- 1. La mujer que cometiere adulterio;*
- 2. El correo de la mujer adúltera;*
- 3. El marido cuando tuviera manceba dentro o fuera de la casa conyugal; y*
- 4. La manceba del marido*

Y en concordancia, el Art. 504 derogado, imponía la prohibición de iniciar acción de adulterio al marido que ha consentido en el trato ilícito de la mujer con el adúltero o si voluntaria y arbitrariamente la ha separado de su lado o abandonado.

El adulterio se mantiene en nuestro derecho civil como causal para divorcio, según lo establece el numeral 1 Art. 110 del Código Civil, más con un criterio bastante claro, se lo despenalizó como lo analizaremos a profundidad en el siguiente capítulo.

No vamos a detenernos demasiado en el análisis de este par de delitos ya que sobre ambos volveremos en el siguiente capítulo cuando tratemos la evolución histórica en

¹ Como lo estudiaremos en el capítulo que sigue, el nombre vigente del Título VIII del Código Penal es “De la Rufianería y Corrupción de Menores” por una reforma, en mi criterio poco afortunada, en 1998 que cambió el nombre de un capítulo asignándolo a todo el Título.

nuestro código penal sobre los Delitos Sexuales y nos referiremos ampliamente al adulterio y al estupro.

De lo propuesto en el Derecho Romano podríamos abundar con las variaciones que sobrevinieron de una época a otra y del procedimiento existente para perseguir estos delitos y las penas impuestas¹ más por no ser parte esencial de nuestro estudio, solo pretendo insistir en la reflexión que ya hicimos líneas arriba: aparentemente en ambos casos, el derecho Romano no tenía como principal objetivo la protección del “honor” y la integridad de la mujer ya que al hacer una diferenciación en el tratamiento del delito; la imposición de la pena según el sexo (hombre o mujer) y al otorgar el derecho a perseguir la acción de manera preferente al padre y al marido de la mujer ofendida nos da razones para pensar que más bien se trataba de una protección al “honor familiar”. Este objetivo “oculto” o disfrazado en la forma como se plantearon este par de delitos, fueron, a mi criterio, recogidos en nuestra legislación cuando se consideró delito al adulterio y se definió al estupro como la cópula con mujer honesta. (Art. 509 del Código Penal) Corroboran mi interpretación los textos del anterior Art. 22 y del derogado Art. 27 del Código Penal que decían:

Art. 22: “Tampoco hay infracción alguna cuando uno de los cónyuges mata, hiere o golpea al otro, o al correo, en el instante de sorprenderlos en flagrante adulterio, o cuando una mujer comete los mismos actos en defensa de su pudor, gravemente amenazado”

*Art. 27 “Así mismo es excusable la infracción que comete una **persona** al sorprender en acto carnal **ilegítimo** a su hija, nieta, hermana, ora mate, hiera o golpee a la culpable, ora al hombre que yace con ella.”*

En el código de 1906, la situación era aún peor: El entonces Art. 30 decía: “Así mismo es excusable la infracción que cometa uno al sorprender en acto carnal a su hija, nieta, o hermana; ora mate, hiera o golpee a **la delincuente** ora al hombre que yace con ella.”. Habría resultado hasta risible pensar que la abuela, por ejemplo, tuviera el mismo “derecho” sobre la vida sexual de su nieto.

¹ Puede contribuir a la reflexión el conocer algunas de las penas impuestas: En la Ley Julia se dispuso la relegación (los culpables eran enviados por separado a lugares distintos) y la merma del patrimonio. Para personas de estrato inferior se hacía uso de penas corporales. Como ya se advirtió anteriormente la mujer culpable de adulterio estaba prohibida de contraer nuevo matrimonio. Constantino le dio al adulterio la categoría de delito capital y Justiniano dispuso que la mujer culpable fuera encerrada en un claustro.

- **Violación:**

El delito de violación Mommsen lo trata dentro del Delito de coacción, como una de las variaciones que puede presentarse. Lamentablemente la información con la que contamos al respecto es limitada y no nos da elementos suficientes para analizar este delito, uno de los más “representativos” en el campo de los delitos sexuales. Podría ser que como se mencionó en el título anterior, efectivamente en Roma no se le dio mayor trascendencia.

Nos parece importante destacar el concepto de coacción (vis) entendido por el autor en el Derecho Romano en donde podemos encontrar la base conceptual de lo recogido hasta hoy por nuestra legislación tanto civil como penal:

“Vis es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza, por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe esa voluntad mediante la amenaza de un mal o, lo que es lo mismo, por miedo, para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción.”

El ejercicio de la coacción fue lícito en determinadas circunstancias:

1. Cuando la ejercía el jefe de familia o la autoridad, siempre que se tratara de cosas que uno u otra pudiesen exigir obediencia.
2. Para defenderse de un delito. El que fuese víctima de una agresión podía hacer uso de la fuerza contra el agresor, dentro de los límites de la defensa legítima.
3. En caso de necesidad. Sobre todo cuando al encontrarse en presencia de incendio o peligro de naufragio.

En el caso concreto de la violación, la coacción se entiende como: “el robar violentamente su libertad a alguna persona y, sobre todo, el raptarla contra su propia voluntad, así como también el estuprarla”

En nuestro Código Penal la violación se encuentra tipificada en el Art. 512, que según la última reforma es considerada cuando existe *“acceso carnal con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción por vía vaginal o anal de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:*

1. *Cuando la víctima fuere menos de catorce años;*
2. *Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o el sentido o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y*
3. *Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación.”*

Según lo entendido por Mommsen, el criterio para la existencia del delito de violación en Roma atendería únicamente a lo considerado en el numeral 3 del Art. 512, es decir a la existencia de la violencia pero no se plantean criterios en relación a la edad de la víctima o su posibilidad de oponer resistencia. Además en Roma no se consideró la “tentativa”, para caer dentro del delito era indispensable la consumación del acto lo que podría ser la razón para que, por lo menos el tratadista que seguimos, no recoja elementos sobre delitos como el “atentado al pudor” o el “acoso sexual” de los que, podría decirse, constituyen una antesala para el delito de violación.

- **Rufianismo (lenocinium)**

Bajo esta denominación se agrupan una serie de actos que se consideraron en la legislación de Augusto como actos que facilitaban la comisión del adulterio o del estupro y de castigar a quienes no perseguían el adulterio como lo indicaba la misma ley, de tal manera que parecería ser que más que un delito independiente, se lo consideró como parte, medio o agravante, de los delitos ya tratados.

Son actos que configuran el delito de rufianismo:

1. El percibir uno de los esposos alguna recompensa por los agravios al pudor ejecutados por el otro.
2. El ceder la propia morada para que en ella pudieran realizar sus uniones carnales otras personas, comprendiendo entre estas uniones la pederastia
3. El dejar libre un marido al adúltero cogido in fraganti, y el no pedir el divorcio a su mujer.
4. El aceptar o facilitar la aceptación de una suma de dinero, a cambio de no promover o de desistir de la acción de adulterio.
5. El transigir sobre una querrela de adulterio ya interpuesta o retirarla.
6. Contraer matrimonio con una mujer antes condenada por causa de adulterio o de estupro

Las penas, plazo para la prescripción y procedimiento aplicables fueron las mismas que las consideradas para el adulterio.

Más allá de estas acciones que tienen relación directa con el matrimonio y el adulterio, en el texto analizado se menciona una Ley sobre el Rufianismo y la existencia de una lista oficial de prostitutas profesionales, propuestas por Plauto; sin embargo pese a que *“a menudo se promovieron acciones penales edilicias contra las mujeres de mala reputación (...) todo esto eran medidas excepcionales que se tomaban en los casos de graves escándalos públicos; por tal motivo solo hasta cierto punto se puede decir que se atendía con ellas a prevenir los atentados contra el pudor”*¹.

Con el advenimiento del cristianismo se instaura el matrimonio monogámico y con ello la legalización o al menos tolerancia de la prostitución *“para salvaguardar la honra de las esposas, medida que obviamente garantiza la paternidad y la sucesión en el poder”*²

Nuestra legislación se aparta sustancialmente de la concepción romana propuesta por Augusto en el sentido que considera al Proxenetismo (rufianismo) como acto independiente del adulterio o del estupro y se inscribe dentro de la corriente abolicionista que no pena en si mismo la actividad de la prostitución privada sino el proxenetismo en busca de impedir la explotación sexual y la trata de personas.

Los artículos innumerados a partir del Art. 528 derogado de nuestro Código Penal, establecen el delito de proxenetismo, agravantes y penas; adicionalmente la última reforma introduce un amplio capítulo de los Delitos de Explotación Sexual y con esto se recogen una serie de actos, sobre todo referentes a la pornografía infantil, que no estaban contemplados en nuestro código y que aún hoy, con la reforma existente, dejaban una puerta abierta para el abuso sexual a niños y niñas.

- **Pederastia**³

Según afirman algunos historiadores, Roma ha sido una de las civilizaciones en donde el homosexualismo se ha hecho más evidente, lo que confirma la tesis de que

¹ Mommsen, Teodoro, Derecho Penal Romano.

² Moscoso, Gladis. Prostitución: víctimas y victimarios. Guía de la mujer Ecuatoriana, pag. 108

³ La pederastia, entendida como la preferencia sexual de un hombre adulto por uno o más hombres jóvenes fue una práctica permitida y reconocida en Grecia, en donde incluso se promovía que los jóvenes de cierto estatus puedan mantener esta relación homosexual con su maestro. En Roma, aunque Mommsen lo cita bajo la pederastia, el texto se refiere a la homosexualidad en general.

ésta es una realidad de la especie humana, como lo es en otras tantas especies animales, que no depende ni dependerá de los “tiempos y la pérdida de valores”. Ayer, hoy y siempre el homosexualismo existe y del mismo modo, ayer, hoy y ojalá no para siempre, se lo ha perseguido arguyendo distintos criterios.

La pederastia era un delito que caía dentro de la punición doméstica y que además podía ser perseguido por coacción o injuria, según se presentaran los elementos constitutivos para estos delitos.

En la época de la República, las “inmoralidades” entre hombres fueron castigadas con mayor rigor que las cometidas entre mujeres.¹La pena para la pederastia fue la misma que el robo de hombres y recaía tanto en quien abusaba de un hombre libre para fines deshonestos cuanto para aquel que permitía que abusaran de él. El castigo fue agravado imponiendo la pena capital al pederasta activo y con la confiscación de la mitad de sus bienes al pederasta pasivo, Constantino sometió a pena de muerte también al pederasta pasivo.

En el Ecuador, la homosexualidad fue considerada delito hasta 1997 año en que el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad y suspendió todos los efectos del primer inciso del Art. 516 del Código Penal que decía: *“en los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años”*.

El Art. 516 vigente sanciona el homosexualismo cometido por un ascendiente contra un descendiente y el cometido por ministro de culto o maestros contra las personas confiadas a su dirección o cuidado. La pena es de reclusión mayor de ocho a doce

¹ Volveremos sobre el tema del homosexualismo y del lesbianismo en el Capítulo V al analizar las conquistas de la comunidad GLBTT, sin embargo, vale adelantarnos a reflexionar que aunque parezca improbable, aparentemente la menor importancia que se ha dado históricamente al lesbianismo es parte, también, de la invisibilidad de las mujeres y la dificultad de éstas para afrontar situaciones “fuera de lo normal” o rechazadas socialmente. En Roma, lo grave, lo inmoral y reprochable es que un hombre sea homosexual, que una mujer sea lesbiana no tiene la misma importancia y quizá por esta razón inclusive las leyes han castigado al homosexualismo explícitamente y pocas veces han mencionado al lesbianismo.

En el fenómeno de reivindicación de los derechos de la Comunidad GLBTT han sido los hombres, los homosexuales, los que han llevado la batuta, para las lesbianas el camino es aún más largo. “Ellas serán las que decidan el qué, el cómo y el dónde. La situación de las lesbianas es difícil y más dura que la de los hombres. Sufren doble discriminación: por ser mujeres y lesbianas. Las mujeres en este país están todavía saliendo del armario...” (extraído de una entrevista a Pedro Zerolo, Ex presidente de la Federación Estatal de Gays y Lesbianas de España, Concejal del Ayuntamiento de Madrid por el PSOE)

años y en el primer caso el culpable es privado, además, de los derechos sobre la persona y bienes del hijo que establezca el Código Civil.

Aunque nos adelantemos, vale la pena remarcar que el giro que dio el Art. 516 es un hito en la conquista de los derechos de la comunidad GLBTT en el Ecuador. Con la declaratoria de inconstitucional se respetó el derecho humano de la libertad de orientación sexual.

¿Cuál era el bien jurídico protegido en el delito del homosexualismo que llevó a penalizar la orientación sexual de una persona?

Este es uno de los puntos más importantes del desarrollo de este trabajo que busca precisar que en el Ecuador, al igual que en muchas otras legislaciones, aunque se han dado pasos agigantados, todavía no se logra entender a la sexualidad como un derecho y, como en este caso concreto, se criminalizó a una persona por su preferencia sexual dándole una pena de reclusión mayor. El “derecho a ser diferentes” es lo que pregona el movimiento GLBTT y busca que la sociedad desaprenda la analogía que ha establecido: diferente=menos. Ser diferente es eso simplemente. Diferente, distinto, no es ni más ni menos. Diferente por raza, credo u orientación sexual, diferente a lo que en el grupo social en donde se desenvuelve es la mayoría. La sociedad ecuatoriana, preponderantemente mestiza, católica-cristiana y heterosexual, es fuertemente discriminatoria frente a indígenas, afrodescendientes, no creyentes y homosexuales. (pensemos por un momento las situaciones que afronta en la vida cotidiana una mujer negra, lesbiana y no católica.)

- **Bigamia**

Al contrario de lo que ocurre en nuestra legislación, en donde la Bigamia como ya lo habíamos hecho notar, si constituye delito y se encuentra tipificado bajo los delitos contra el estado civil, en Roma, a pesar de que el matrimonio fuera monogámico según las leyes, la práctica de la poligamia fue ampliamente extendida, además vale la pena recordar que para la separación de los cónyuges prácticamente bastaba la voluntad y no era necesario argumentar ninguna causa legal.

Aparentemente la Bigamia no fue considerada un delito independiente del adulterio hasta la época del Imperio y fue Diocleciano quien dejó a criterio de los juzgadores la determinación de la pena aplicable.¹

La Bigamia se constituye con la celebración de un segundo o ulterior matrimonio sin haber disuelto el anterior. (Art. 533 Código Penal) Concordamos con el criterio de nuestro código que no agrupa este delito bajo el título de los delitos sexuales sino que lo coloca en la categoría de los Delitos contra el Estado Civil, lo que es bastante lógico pues el acto ilegal no son las relaciones sexuales que la persona pueda o no tener, sino el estado civil que busca adquirir y las consecuencias de éste, al convertirse en marido o mujer de determinada persona, sin haber disuelto un vínculo matrimonial previo.

- **Rapto**

Según las afirmaciones de Mommsen, la tipificación del delito de rapto en Roma evidencia la poca importancia que dieron a la voluntad de la mujer y en consecuencia pone en duda si el interés mayor de la ley era resguardar la integridad de la supuesta víctima.

Para la tipificación del Rapto no era considerada la voluntad de la mujer, si ésta consentía en su rapto era sancionada con la misma pena que su raptor. Se consideraba rapto siempre que se realizara en contra de la voluntad del padre o de sus parientes.

Si no existían los elementos constitutivos para el delito de coacción, se lo perseguía como injuria, y tenían derecho a interponer la acción el padre o el marido de la raptada por las propias injurias de las que ellos mismos fueran víctimas por cometerse tal hecho.

En nuestra legislación el Rapto se encuentra tipificado en el Capítulo IV del Título VIII aunque hoy en día existan varias argumentaciones para que este Delito pase al Título de los Delitos contra la libertad.

El Art. 529 establece prisión de uno a cinco años para quien arrebatara o hiciere arrebatara a un niño mayor de siete años. Para que se tipifique el delito el rapto tiene

¹ Mommsen, Teodoro. Derecho Penal Romano.

que ser para fines deshonestos y los medios empleados pueden ser la violencia, artificios o amenazas.

El Art. 530 habla del rapto de niñas menores a dieciséis años e incrementa la pena en reclusión menor de tres a seis años. La primera pregunta que cabe es, si bien es cierto que las mujeres son con frecuencia víctimas mayores de agresiones de esta naturaleza, sin embargo ¿al tratarse de niños y niñas no debería considerarse con la misma dureza el rapto de un niño hombre que el de una niña mujer?

El Art. 531 dice *“El que hubiere arrebatado o hecho arrebatar a una mujer mayor de dieciséis y menor de dieciocho, que hubiere consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor, será reprimido con uno a cinco años de prisión.”* El citado artículo no menciona si la pena es la misma en caso que se hubiere utilizado violencias o ido en contra de la voluntad de la víctima, por el contrario el artículo siguiente trata del rapto con matrimonio en donde no se podría perseguir el delito hasta que el matrimonio fuera declarado nulo. En concordancia, el Art. 96 del Código Civil en el numeral 3 considera como causal de nulidad del matrimonio el *“rapto de la mujer, siempre que ésta, al momento de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado la libertad”*.

Si comparamos con lo sucedido en Roma, podríamos decir que si bien el principio de relegar el consentimiento de la víctima se mantiene, acertadamente nuestra legislación no impone una pena a la mujer, lo que permite reflexionar que efectivamente el hecho de no considerar su consentimiento en el rapto (Art. 531 Código Penal) se debe a la “protección” que el brinda la ley por las posibles amenazas e intimidación que la víctima podría sufrir; es válido suponer que una persona en estas circunstancias no goza de plena libertad para expresar su voluntad y que el raptor podría utilizar varios medios para persuadir a su víctima, por supuesto nos queda la duda ya expresada líneas arriba de si la pena se mantiene aún cuando se demuestre que la víctima no ha consentido en su rapto y que por el contrario se han utilizado violencias o amenazas. Sobre el rapto y el bien jurídico protegido volveremos en capítulo tres de este trabajo.

1.2 La Sexualidad en la Iglesia Católica y su influencia en el Derecho y la sociedad ecuatoriana.

La religión constituye uno de los elementos más importantes a la hora de analizar la cultura de un pueblo. Las concepciones religiosas marcan con fuerza la estructura social e incluso la visión política de una nación. En todas las civilizaciones conocidas la religión -y los religiosos- constituyeron (¿o debería decir constituyen?) una clase dominante privilegiada que gozaba de poder y tenía entre sus atribuciones la imposición de castigos. La relación Iglesia-Estado podría decirse que surge casi por propia fuerza natural y más bien su separación ha sido el resultado de luchas y conquistas a lo largo y ancho del planeta. Analizar la vinculación Iglesia-Estado es determinante a la hora de comprender la historia, la visión del mundo y el lugar que el ser humano ocupa dentro de él.

Hoy mismo, en pleno siglo XXI, en la Era Global, vemos el debate entre Oriente y Occidente, en donde uno de los puntos clave ha sido la indivisión que aún persiste entre religión y estado en los países musulmanes, en los pueblos judío y palestino, por citar algunos ejemplos; sin que esto pretenda negar la situación “no oficial” de estado confesional que tienen muchos de los países occidentales, que, sin reconocerlo constitucionalmente, en la práctica la Iglesia no tiene empacho en opinar y decidir sobre temas legales o estructurales del Estado.

Al revisar al Derecho Romano hemos visto como en materia penal, con la figura del pater familia, el matrimonio entre religión y derecho se mantuvo, está claro que lo que hoy conocemos como Derecho Penal surge de una evolución desde el “pecado” hacia el delito, logrando, no con poco esfuerzo, diferenciar lo inmoral de lo verdaderamente atentatorio contra la sociedad y sus miembros.

Para Sebastián Soler, el Derecho Penal de la Iglesia Católica constituye el medio de transición por el cual el Derecho Romano perduró y se adaptó a nuevas formas sociales incluyendo y asimilando instituciones fundamentales del Derecho Bárbaro.

En la historia de Roma es importante reconocer como poco a poco la religión católica va afirmándose y extendiéndose hasta convertirse en regulador de una cantidad de relaciones vinculadas solo indirectamente con la Iglesia, el resultado de esta evolución histórica y política es “El Sacro Imperio Romano” (la denominación

ya evidencia la unión entre Estado y religión) que reconoció a la religión católica como la oficial del imperio, y como bien afirma Soler, *“esos cambios de la situación de la Iglesia con relación al Estado determinaron naturalmente que aquellas acciones que afectaban a la religión oficial y única adquirieran el carácter de acciones delictivas.”*

Siguiendo con la explicación que realiza Soler, encontramos las causas que reconoció el Derecho Romano para establecer la jurisdicción eclesiástica y el por qué de su expansión:

- a) por razones de fuero: en un inicio solo los obispos, después todos los sacerdotes y diáconos eran juzgados por un tribunal eclesiástico aún por delitos comunes;
- b) en razón de la materia: -para determinados delitos, aun cuando fueran cometidos por laicos- En este campo se reconocieron los “delicta mere eclesiastica” en donde no cabía duda respecto de la jurisdicción y los “delicta mixta” los que dieron lugar a conflicto de competencia y donde la iglesia en variadas circunstancias sostuvo su jurisdicción. Precisamente en este segmento de delitos se ubicaron, entre otros, el adulterio, el incesto, el concubinato, la sodomía, el sacrilegio, la blasfemia, el perjurio y la usura.

1.2.1 La Iglesia Católica y su doctrina:

La Iglesia Católica a través de los dogmas de fe ha perennizado conceptos que sus fieles los interiorizan y contra los cuales muy difícilmente se llega a un razonamiento diferente. En mi niñez una de las noticias que recuerdo como un acontecimiento comentado fue la declaración del Papa Juan Pablo II que aceptaba la teoría de la Evolución de las Especies con lo que el mito de la creación del ser humano con la leyenda de Adán creado del barro, de la tierra, a propia imagen y semejanza de Dios (con lo que quedaba dicho que Dios es hombre) y Eva de la costilla de Adán en un momento de sueño profundo del hombre, quedaba reducido a lo que verdaderamente es: literatura.

Pero aunque han pasado ya varios años desde este histórico reconocimiento de la Iglesia Católica, todavía las consecuencias en las construcciones sociales del “inofensivo” mito de la creación persisten: la mujer fue creada para que el hombre no estuviera solo, y lamentablemente, fue ella quien la indujo a cometer el pecado por el

que fueron expulsados del paraíso con lo que se ganó que sea el hombre quien la guíe, la ordene porque ella era muy vulnerable para caer en el pecado.

¿Cómo entonces desvincular a la mujer del pecado? Cómo no ver a la mujer como “objeto” si por propio relato bíblico, fuimos creadas para que el hombre no esté solo y tenga una ayuda?

Este es el principio de la creación y de la sumisión. Aunque el primer relato de la creación que contempla el Génesis 1, 27 diga que Dios creó “macho y hembra” sin dar otra explicación, fue el segundo relato, el narrado en el Génesis 2, 5-ss el mundialmente famoso. En él se narra el poder del hombre sobre todas las otras criaturas a las que él mismo puso su nombre y se incluye la alegoría de la costilla. ¡Barato favor nos hizo el autor del Génesis al inspirarse en el segundo relato! Cuanto más fácil habría sido la peleada equidad de género si desde la creación no nos hubieran supeditado al hombre: ¡es la costilla más cara que las mujeres hemos pagado durante toda la historia!

En la materia que nos compete, es aún evidente el poder que las concepciones religiosas han marcado en la concepción de la sexualidad. La tradición cristiana, en donde el prototipo de mujer es la Virgen María, constituye un elemento importantísimo a la hora de encontrar los fundamentos de la discriminación por género y es por esta razón que le dedicamos un análisis particular.

1.2.2 El Marianismo¹

Por la importancia que encierra para nuestro estudio la figura de la Madre de Jesús, nos detendremos a realizar un breve análisis sobre la carga psicológica y conceptual que la Iglesia Católica ha inculcado en sus fieles, principalmente a las mujeres a través de la figura de la Virgen María. En este sentido, abordaremos al Marianismo o la Mariología, como el conjunto de las creencias y los dogmas de fe creados en torno

¹ Para la investigadora Evelyn Stevens, en su obra “Marianismo: La otra cara del machismo en América Latina” (The other face of machismo in Latin America) el marianismo “es el culto a la superioridad espiritual femenina el cual percibe a las mujeres como semidivinas, moralmente superiores y espiritualmente más fuertes que los hombres.” Esta “superioridad espiritual” de las mujeres las obliga a ser las redentoras del hombre, se afirma en la figura de María, ideal femenino de sacrificio, dolor, obediencia, prudencia. María es el “puente entre los hombres y Dios; la forma más efectiva para llegar a su Hijo Jesús.

a María y que, a criterio personal y de un sinnúmero de autoras y autores, constituyen un pilar fundamental en donde descansan los estereotipos de la sociedad machista.

1.2.2.1 María-Virgen: Una de las más grandes experiencias, quizá la más, que una mujer puede vivir es la maternidad. Para quienes tenemos la alegría de serlo, no podemos más que corroborar que efectivamente el amor por los hijos e hijas rebasa toda frontera y nos hace ver la vida desde una perspectiva completamente diferente. Pero para ser madre, se tiene que ser MUJER, mujer en el sentido más humano, mujer amante, mujer que, al igual que los hombres, tiene sentimientos y pasiones. Mujer que ejerce su sexualidad plena y que concibe en el acto sexual. La función más “noble” de la mujer como la califican generalmente, la de ser madre, pasa irremediamente por lo que la sociedad ha considerado nada noble en la mujer: el sexo. Entonces, la Madre de Dios, es la única mujer que llegó a ser madre sin la “impureza” de la relación sexual. Ella es madre, madre por excelencia, cumple una función divina y a ella llegó sin pasar por la función humana. Más aún, la menstruación, aquella función fisiológica que cumple el organismo de las mujeres desde la pubertad, preparando su organismo para potencialmente concebir a un ser humano, ha sido una de las causas por las que históricamente se consideraba que la mujer era impura durante los días de la menstruación. (Levitico 15, 19 y ss) Esta creencia, que parecería absurda, todavía tiene sus consecuencias en nuestro medio, sobre todo en las áreas rurales, aún hay quienes piensan que una mujer con “la regla” no puede cargar un niño pequeño, o no puede sembrar plantas porque su energía es mala, está impura y puede ocasionar daño.

María, cuyo dogma afirma su condición de Virgen aún después del parto, lo que implica la renuncia total al ejercicio de su sexualidad, es la contraposición de Eva. Eva encarna la feminidad maligna, peligrosa; es seductora, desobediente, atrevida; en ella se unen la sexualidad, feminidad y muerte. En cambio María, co-redentora y la humana más parecida a Dios (bajo el dogma de su concepción inmaculada) es el ideal de la feminidad pura, obediente, sacrificada.

Por ello, las mujeres deben buscar ese ideal femenino de “semidivinidad, superioridad moral y fuerza espiritual”, que implica una “capacidad infinita de humildad y sacrificio en donde ninguna auto-negación es demasiado grande para

ella”¹ pues el dolor, el sacrificio, la anulación de su propio ser es el remedio del pecado del sexo: la madre en su abnegación y entrega total a sus hijos, recupera la “semidivinidad” perdida, se acerca a la figura de María y aunque sea imposible ser virgen y madre, al menos se justifica la pérdida de la virginidad por la maternidad.

En la analogía creada entre sexo y pecado nace la obligación para las mujeres de la castidad pre-matrimonial y de la frigidez pos nupcial, ya que como afirma Jenny Londoño en su obra *¿Angeles o Demonios? Las mujeres y la Iglesia en la Audiencia de Quito* “las buenas mujeres no disfrutaban del sexo, sino lo soportan cuando sus obligaciones como esposas lo requieren”; por eso la mujer está obligada a reprimir y frenar “esta fuerza desordenada y destructiva” que es el sexo; su superioridad moral la obliga a ello; y si aún así, se deja llevar por su sexualidad es porque ha sido seducida, nunca seductora.

La virginidad en las mujeres constituye una de las cargas psicológicas más fuertes, aún aquellas que provengan de hogares más abiertos y no necesariamente católicos, es la sociedad misma, por lo menos en Latinoamérica, la que han interiorizado conceptos que se presentan como verdades absolutas: mientras el hombre tiene necesidad de satisfacer su instinto sexual, la mujer tiene la obligación de reprimirlo.

La pregunta sin respuesta es: ¿si a los hombres les es permitido y hasta forzado, tener relaciones sexuales prematrimoniales y al mismo tiempo a la mujer se le exige llegar virgen al matrimonio, con quien se pretende que el hombre heterosexual (para algunos la adjetivación estaría de sobra) “ejerza su hombría y sacie su natural instinto sexual”? ¿Habrán quienes se atrevan a decir que existen cierta clase de mujeres que están para estos fines! Y entonces volvemos al derecho romano en donde solo ciertas mujeres tenían la obligación de la castidad y otras no... porque solo ciertas mujeres deben cuidar su honor, o ¿sólo ciertas mujeres tienen honor?

En Grecia, Demóstenes decía: “tenemos Hetairas² para el placer del espíritu, ramera para el placer de los sentidos y esposas para darnos hijos”, lo que es un resumen bastante bien logrado para expresar la exclusiva función reproductora que debían

¹ Tello Monserrath, Tommerbakk María. *Machismo y Marianismo*. Ensayo en el Seminario de Historia del Arte Colonial y Decimonónico.

² Mujeres griegas que gozaban de cierto status, cultas, educadas, cultivadas en distintas artes, similares a las Geishas en Japón.

cumplir las “buenas” mujeres, pues “para que las madres y las vírgenes puedan mantenerse puras es necesario que las prostitutas desvíen la sexualidad hacia ellas”¹

Frente al tema de la prostitución, Santo Tomás hizo una sentencia categórica: “Las prostitutas son en una ciudad, lo que la cloaca es en el palacio: suprimid la cloaca y el palacio se volverá en un lugar sucio e infecto”.

Gladis Moscoso² dice “la profesión más antigua del mundo es la más indigna forma que asume la sumisión femenina y es solo en ella en donde recae todo el rigor de la ley, la sanción moral, la intolerancia” y al respecto en el mismo artículo consta como frase introductoria un verso de Sor Juana Inés de la Cruz, quien seguramente por ser mujer, tiene una visión bastante distinta a la expuesta por el Santo:

*“¿quién es el de más juzgar,
aunque cualquiera mal haga,
el que peca por la paga,
o el que paga por pecar?”*

La prostitución será abordada en el siguiente capítulo de este trabajo cuando analicemos los delitos sexuales contemplados en nuestro código y se toque el proxenetismo y la explotación sexual, por ahora nos interesa esta aproximación para dejar expuesta esta confrontación entre Virgen ó Madre y Prostituta que bajo las concepciones ortodoxas católicas se colocan como las posibilidades de la mujer.

El interés de este análisis está en demostrar que utilizando la figura de Maria, la Iglesia se ha encargado en reprimir la sexualidad femenina y esta represión ha traído como consecuencia la exacerbación de actitudes machistas que han impedido comprender al sexo como un acto libre, consciente, voluntario, deseado tanto para hombres como para mujeres; un acto que debería cumplirse con total conocimiento y respeto por el otro, con una educación sexual adecuada, con madurez.

¹ Fuller, Norma, “En torno a la polaridad machismo-marianismo” en Anuario de Hojas de Warray, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1996

² Moscoso, Gladis, “Prostitución: víctimas y victimarios” en Guía de la mujer Ecuatoriana, recogido en “Pensamiento feminista y escritos de mujeres en el Ecuador”.

1.2.2.2 María-Madre: Bajo esta concepción se establece el destino de la mujer como madre, de ahí que también se desaprobe a aquellas mujeres que optan por no tener hijos, porque el imaginario colectivo concibe que la realización de la mujer se logra a través de la maternidad y quienes pudiendo serlo no lo son, incumplen un mandato divino. La esterilidad es concebida como una maldición, un castigo y los hijos son pruebas del amor de la mujer a su marido y la forma de probar su femineidad. Una mujer que no puede tener hijos no es una mujer completa. (Gn. 29, 31 y ss) Para la Iglesia Católica, la mujer o es virgen, y de ahí las religiosas, o es madre. Pero la mujer no puede, no debe, ejercer la sexualidad sin otro propósito que la maternidad, porque terminaría siendo prostituta, como lo anotamos en el apartado anterior.

Con el sinónimo creado entre mujer y madre, el tema del aborto toma consecuencias que son ampliamente discutidas. No se puede caer en la “satanización” con la que nuestra sociedad concibe el tema. No vamos a reflexionar sobre el interés superior del niño o niña por nacer, que en mi criterio, insisto, está absolutamente claro, lo que pretendo es profundizar lo planteado en la introducción de este capítulo y analizar la injusta responsabilidad que se le otorga de manera exclusiva a la madre frente a la decisión del aborto sin que nada se diga frente al padre¹ y en donde la vida de la mujer no es considerada en absoluto.

El aborto es sólo la punta del iceberg de un profundo problema de educación sexual, y, la educación sexual, depende de las concepciones sociales imperantes. En nuestro medio, como pretendemos demostrar en este trabajo, la sexualidad no es entendida como derecho y existe una diferencia aún marcada entre lo permitido y exigido al hombre y lo permitido y exigido a la mujer. En este marco, el trabajo de la educación sexual tiene un largo camino por superar las diferencias discriminatorias establecidas entre los géneros, romper el machismo y permitir un ejercicio consciente, responsable y deseado de la sexualidad tanto para hombres como mujeres. Está comprobado que en los países en donde existe una educación sexual científica,

¹ En nuestra ciudad un caso que fue divulgado a través del internet y la prensa nos cuenta la historia de un hombre casado que en una relación extra matrimonial, engendra un hijo y tras varios intentos por convencer a la madre de la conveniencia del aborto, aparentemente planea con el apoyo de médicos amigos, la forma de anticipar el parto para que el feto muera. Menciono el caso con la única intención de comprobar la participación del hombre en muchas decisiones de aborto; en este ejemplo en particular, el interesado en el aborto fue él y no ella. Está comprobada que si la mujer contara con todo el apoyo y la seguridad de su pareja para afrontar el embarazo y la maternidad, muchos casos de aborto no se produjeran, pero como en este caso, son muchos los hombres los que inducen y hasta obligan a que la mujer tome la decisión de interrumpir su embarazo.

oportuna y responsable, el inicio de la vida sexual se retrasa mucho más que en aquellos como el nuestro en donde los jóvenes “aprenden” según sus vivencias personales y de sus amigos, con los riesgos en su salud y estabilidad que eso implica. La maternidad implica mucho más de allá del romanticismo con el que algunos se limitan a verlo, la maternidad es quizá el acontecimiento que más transforma la vida de las mujeres y para asumirlo se necesita de madurez emocional, seguridad en su pareja, e inclusive estabilidad económica. No se puede cargar solo en la mujer el peso de la responsabilidad de tener y criar a los hijos; no faltará quien opine que al colocarse en esa situación voluntariamente (relación sexual) la mujer debe asumir las consecuencias; sin embargo valdría la pena dar la misma exigencia al hombre y saber que son ambos, hombre y mujer, quienes deben asumir las consecuencias de una relación sexual, porque tanto hombres como mujeres encuentran en el sexo un natural placer y su ejercicio no se limita a la concepción, como bien decía el slogan de una campaña por paternidad responsable patrocinada por una marca de preservativos: “Hombre, si tu fueras el embarazado, entenderías que el sexo y la paternidad es cuestión de dos”.

La Iglesia ha abanderado la lucha contra el aborto, satanizándolo (a través de la condena a la mujer que lo practica) sin hacer ninguna diferenciación entre los innumerables casos en donde una respuesta categórica resulta imposible y sin hacer ninguna apreciación sobre el hombre y la paternidad responsable, cuando *“el aborto es un drama humano, en el que confluyen varios actores, por lo menos el mínimo triángulo que lo hacen posible: hombre, mujer y feto.”*¹

Producto de esta corriente opositora, el aborto consentido por la mujer es considerado un delito en varios países incluido el Ecuador. A propósito citamos el artículo correspondiente del Código Penal:

Art. 444.- La mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se le haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será reprimida con prisión de uno a cinco años.

*Si consintiere en que se le haga abortar o causare por sí misma el aborto, **para ocultar su deshonra**, será reprimida con seis meses a dos años de prisión.*

¹ Costales, Ximena, “Reflexiones sobre el aborto: no cerremos los ojos”, Periódico La Mujer No. 9 (Abril-mayo de 1989)

Con seguridad la interpretación para colocar el segundo inciso del artículo se haría para el caso de mujeres que han concebido en una relación fuera de matrimonio, porque, la maternidad es una honra siempre que sea dentro de matrimonio, y es una deshonra fuera de éste, siendo que el sexo –premisa básica para la concepción- es un deber dentro del matrimonio y una prohibición moral fuera de éste. La protección de la honra es entonces un atenuante en el delito de aborto. Valdría la pena preguntar a quienes son acérrimos opositores del aborto si la “honra” de la mujer es motivo suficiente para reducir la pena y los medios para comprobarlo.

En el Ecuador, el aborto es permitido solo si ha sido practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, su marido o familiares íntimos en caso que la mujer no esté en condiciones de prestarlo, siempre que se lo haga para evitar un peligro para la vida y salud de la madre, si éste peligro no puede ser evitado por otros medios, y si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. (Art. 447 Código Penal)

Con la permisividad para abortar en caso de violación a mujer “idiota o demente” la pregunta sin respuesta es: ¿Cuál es el verdadero bien jurídico protegido? Para nosotros es evidente que se trata más de un criterio de “limpieza social” para evitar el nacimiento de niños con malformaciones o alternaciones genéticas; otra vez, junto con la atenuante de la honra, nos parece que la norma está contagiada de conceptos moralistas y alejados del derecho a la vida, que se supone es el bien jurídico tutelado.

A pesar de lo norma tremendamente restringida, el aborto es una práctica diaria en el Ecuador, se lo realiza clandestinamente en condiciones de salubridad y seguridad precarias para la mujer y como en casi todo, el problema se agudiza en las poblaciones con menores recursos económicos. Sin ser objeto de nuestro estudio el análisis exhaustivo de este “delito”, es evidente que el aborto se vincula directamente con nuestro tema porque se cruza con los Derechos Sexuales y Reproductivos de las mujeres¹. El aborto es producto, en una alarmante cantidad de casos, de una deficiente o casi nula educación sexual tanto en hombres como en mujeres, coincidimos con Ximena Costales en el sentido que *“en estas condiciones ideales:*

¹ En el capítulo 5 se aborda el tema de los Derechos Sexuales y Reproductivos.

*formación adecuada y acceso a métodos anticonceptivos, el aborto debería ser un hecho excepcional, a resolverse caso por caso. Debería también poder ser efectuado en las mejores condiciones para la mujer y debe ser decidido por ella. (...) Existen dramas en los cuales un análisis humano del problema es necesario: 1. embarazo en caso de violación; 2. contagio de enfermedad al feto; 3. embarazo en caso de incesto; 4. circunstancias que la mujer puede determinar como insostenibles (pobreza excesiva, gran número de hijos, incapacidad psicológica de afrontar el problema) Justamente porque es duro imaginar una mujer rechazando a su hijo, es necesario escucharla y comprenderla cuando dice que no quiere tenerlo.”(...) Los opositores del aborto hablan de un derecho elemental incuestionable, que es el de acceder a la vida. (...) ¿Qué tipo de vida?, ¿la vida digna de cualquier clase de vida? ¿Sólo la vida del feto tiene valor? ¿La vida de la madre, con qué parámetros debe ser analizada?*¹ Los mal llamados movimiento “Pro-Vida” niegan las muertes de cientos de mujeres cada año por abortos mal practicados y concentran su discurso en la vida del feto sin ninguna consideración a la situación de la mujer. ¿Se pueden llamar Pro Vida cuando niegan la vida a las mujeres?

*“El aborto es un extremo bien doloroso y traumatizante, pero que existe porque hay una serie de factores que te llevan a él. No se trata de no querer tener un hijo sino de no poder (...) El aborto debe ser la última alternativa en donde la primera es la anticoncepción...”*²

La Iglesia Católica ha sido tajante en este tema sin dar cabida a reflexiones como las propuestas por Costales; inclusive los métodos anticonceptivos han recibido su rechazo, por parte de los grupos más ortodoxos, limitando las posibilidades de planificación y control de natalidad y cargando enteramente sobre la mujer la responsabilidad del embarazo, impidiéndola decidir sobre su propio cuerpo y cargándola de culpas morales.

¹ Costales, Ximena, “Reflexiones sobre el aborto: no cerremos los ojos”, Periódico La Mujer No. 9 (Abril-mayo de 1989), recogido en “publicaciones feministas y escritos de mujeres en el Ecuador”.

² Testimonio de una mujer, citado en el Artículo de Matilde Wolter en Mujer/Femmpress No. 67, Febrero 1987, Santiago de Chile. Recogido en la publicación Pensamiento feminista y escritos de mujeres en el Ecuador

Meses atrás, uno de los debates que puso en evidencia la todavía tradicional concepción de la Iglesia, fue el suscitado por el ingreso en el mercado de la Píldora de Anticoncepción de Emergencia (PAE). Grupos conservadores y la Iglesia se opusieron arguyendo que la píldora era abortiva y consiguieron que el Tribunal Constitucional dicte la resolución que prohíbe la venta de “Postinor” (nombre comercial) en las farmacias y establecimientos de Salud. Los esfuerzos de organizaciones de mujeres y de jóvenes se basaron en demostrar científicamente que la PAE no constituye un método abortivo, que su función es impedir la fecundación del óvulo por el espermatozoide y que por el contrario, su composición hormonal hace que en caso que el óvulo ya estuviera fecundado, contribuiría a la implantación en el útero. Pese a ello, el triunfo fue para la Iglesia y su corriente más ortodoxa, el Opus Dei, que inclusive por la misma época consiguieron del Ejecutivo la declaración del DIA NACIONAL DEL NO NACIDO como un medio más de presión contra el aborto y la anticoncepción de emergencia.

En el país no sería la primera vez que la Iglesia entrara en este campo, en más de una ocasión y conscientes de la problemática de las enfermedades venéreas, el Ministerio de Salud ha intentado llevar adelante campañas de educación masiva sobre el uso del preservativo, sin que puedan llegar a concretarse por la oposición de los grupos tradicionales que ven más peligroso que sus hijos se familiaricen con un preservativo a que se contagien de enfermedades o se conviertan en padres a edades tempranas. Ahora mismo, en los días en que redacto este trabajo, grupos católicos y conservadores haciendo una lectura errada, se opusieron a la Ley Orgánica de Salud que busca sustituir al vigente Código de la Salud, argumentando que en su Capítulo de la Salud Sexual y Reproductiva patrocina el aborto y fomenta la promiscuidad entre los jóvenes y por ello pidieron el veto parcial por parte del Ejecutivo. Ventajosamente el Congreso se ratificó en el texto aprobado.

La nueva ley, recogiendo las aspiraciones de organizaciones de mujeres y jóvenes, busca que al menos, los casos de aborto posibles contemplados en el Art. 447 Código Penal (grave peligro de la vida de la madre y producto de una violación o estupro en mujer idiota o demente) sean atendidos en los centros de salud y que las mujeres no se vean obligadas, inclusive en estos casos, a recurrir a abortos clandestinos. Igualmente la nueva ley prevé que las mujeres que lleguen a los establecimientos de

salud con un aborto en curso, puedan ser atendidas y con ello atacar en algo las muertes maternas por abortos autoinducidos.

La Iglesia, con el poder que le da la confianza de sus fieles, más aún en sociedades tradicionales y apegadas a la religión como lo es todavía la cuencana, desinforma y confronta a la población, como si la realidad que se niega a ver variaría en algo por esconderla. La sexualidad ha sido, insistimos, bañada de impurezas y olores a pecado, cuando es inherente a la condición humana y lejos de ocultarla o mitificarla, debemos descubrirla y conocerla a tiempo para actuar con responsabilidad y cautela sobre sus consecuencias.

Es así que bajo estos dogmas de Virginitad perpetua y Maternidad sacrificada de María o Maryam¹ la Iglesia ha hecho que sea una misma mujer, una mujer como cualquier otra, una mujer que fue madre a temprana edad, como lo eran todas en su pueblo y en su época, de la que conocemos muy poco, en torno a la que han creado una serie de leyendas y cuya figura ha sido utilizada para promover las más variadas causas, incluso políticas, se convierta, sin querer ni saber, en la primera opresora de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. María, una mujer que tiene suficiente mérito para pasar a la historia con todo el reconocimiento como mujer, no necesita, en mi modesto criterio, tener el título de virgen, me resisto a creer que una condición física tan intrascendente sea la condición para creer y para querer a María, la madre de Dios, una mujer de carne y hueso a la que la Iglesia se ha encargado de alejarla de su realidad restándole todo el protagonismo posible y colocándola como un imposible y absurdo modelo de feminidad: virgen-madre, obediente, sacrificada.

Pese a la exigencia de superioridad moral y espiritual que se le atribuye a la mujer, es el hombre quien encarna la figura divina del Dios. En la Biblia todos los personajes importantes son hombres: Dios, su Hijo, los ángeles, los profetas, los reyes, los jueces, los sabios, los discípulos, etc. La ausencia de una figura femenina similar

¹ En la investigación “María, una mujer de carne y hueso”, de Lesley Hazleton, en la página 13 se hace una explicación sobre las versiones que en los distintos idiomas ha tomado el nombre de la madre de Jesús. La versión latina es María, siendo el nombre real Maryam, en arameo. Dice la autora: “Mientras María flota para nosotros en una nube de incienso, una europea delicada envuelta en seda, Maryam lleva pegado en la piel y en su delgado vestido de lino el olor del calor y el polvo. La una es la leyenda, la otra es la mujer real.”

hace imposible que la mujer tenga un lugar propio. La Biblia concibe a la mujer como un ser espiritual y socialmente inferior y su lenguaje completamente androcéntrico no es ingenuo. Insistimos en que la única manera en que las mujeres superan la culpa del pecado original al que arrastraron al hombre es a través de María, la Virgen-madre perpetua, sacrificada y dolorosa. Las mujeres cercanas a Jesús han sido bastante relegadas en la historia de los evangelios y hoy en día se tejen una serie de apreciaciones sobre la figura de María Magdalena, por ejemplo.

Más allá de la polémica sobre la “verdadera” historia y el rol que cumplieron las mujeres cercanas a Jesús, desde su Madre hasta la Magdalena, me parece importante reconocer que estos estudios o interpretaciones reflejan una profunda necesidad de “humanizar” a Jesús y revalorizar el papel de la mujer, en el caso concreto de María Magdalena todo apunta a rescatarla del papel de “prostituta redimida” que ha sido la versión oficial dada por la Iglesia para convertirla inclusive en la compañera de Jesús y llenar ese vacío de la figura de la “Diosa”. Para la Iglesia conservadora el solo nombre de “diosa” evoca pecado, magias, poderes ocultos, es imposible concebirla, existe un solo Dios, hombre, que rige los destinos de hombres y mujeres y en eso se basa la supremacía masculina.

Si la Iglesia ha utilizado el dogma de la virginidad de María para ponerla como modelo de feminidad pura y casta y exigir a las religiosas el requisito de la virginidad, así mismo el celibato de Jesús es el argumento para el voto de castidad de los sacerdotes, pues ellos son los representantes actuales de Jesús en la tierra y si Jesús no hubiera sido célibe y es más hubiera tenido una familia, no tendría sustento la castidad de los sacerdotes.

¿Pero porqué la Iglesia se ha empeñado tanto en satanizar al sexo? Ni Jesús ni María lo han vivido y por eso los creyentes tienen ese lastre interno de asimilar la sexualidad como pecado, como relajación de la moral, como “instinto animal” que se contraponen a la naturaleza humana, supuestamente creada a “imagen y semejanza de Dios”. Por eso el sexo y la sexualidad ha sido un tabú durante siglos, un tema de conversación reservada, una “picardía” para comentarla entre adultos y cuidarla de no enterarla a niños y adolescentes. Monjas y sacerdotes son obligados a guardar castidad como si al hacerlo pudieran parecerse más a Jesús y María, respectivamente, y alejarse de los “comunes mortales”, más esta condición ha sido uno de los

conceptos más discutidos cuando salta a escena un nuevo caso de pedofilia donde los protagonistas son sacerdotes.

A continuación cito textualmente el artículo “La burla del Derecho Canónico”¹ de José Rodríguez que de manera clara y resumida denuncia la forma como son encubiertos por la propia Iglesia los miembros que cometen delitos sexuales, amparados en el procedimiento que contempla el Código de Derecho Canónico vigente desde el primer día de adviento de 1983:

“La voluntad encubridora de los preladados en cuanto a los delitos sexuales cometidos por los sacerdotes católicos no sólo es evidente por la propia fuerza probatoria de los hechos, sino que, por esperpéntico y terrible que parezca, resulta ajustada al proceder que establece el Código de Derecho Canónico por el que se gobierna la Iglesia católica actual. Lo que el Derecho Canónico vigente entiende por "ley penal" está regulado en su Libro VI, De las sanciones de la Iglesia, cánones 1311 a 1399. Los textos de los cánones que se relacionan a continuación son harto explícitos:

Canon 1312: # 1. Las sanciones penales en la Iglesia son: 1º penas medicinales o censuras, que se indican en los cann. 1331-1333; 2º penas expiatorias, de las que trata el can. 1336. # 3. Se emplean además remedios penales y penitencias: aquellos, sobre todo, para prevenir los delitos; éstas más bien para aplicarlas en lugar de una pena, o para aumentarla.

Canon 1339: # 1. Puede el Ordinario, personalmente o por medio de otro, amonestar a aquel que se encuentra en ocasión próxima de delinquir o sobre el que, después de realizada una investigación, recae grave sospecha de que ha cometido delito. # 3. Debe quedar siempre constancia de la amonestación y de la reprensión, al menos por algún documento que se conserve en el archivo secreto de la curia.

Canon 1340: # 1. La penitencia, que puede imponerse en el fuero externo, consiste en tener que hacer una obra de religión, de piedad o de caridad. # 2. Nunca se imponga una penitencia pública por una trasgresión oculta.

Canon 1341: Cuida el Ordinario de promover el procedimiento judicial o administrativo para imponer o declarar penas, sólo cuando haya visto que la corrección fraterna, la reprensión u otros medios de la solicitud pastoral no bastan para reparar el escándalo, restablecer la justicia y conseguir la enmienda del reo.

Canon 1347: # 1. No puede imponerse validamente una censura, si antes no se ha amonestado al menos una vez al reo para que cese en su contumacia, dándole un tiempo prudencial para la enmienda.

¹Rodríguez, José. “La vida sexual del clero”. Ediciones Barcelona. Barcelona. 1995

Canon 1395: # 1. El clérigo concubinario, exceptuando el caso del que se trata en el can. 1394, y el clérigo que con escándalo permanece en otro pecado externo contra el sexto mandamiento del Decálogo, deben ser castigados con suspensión; si persiste el delito después de la amonestación, se pueden añadir gradualmente otras penas, hasta la expulsión del estado clerical. # 2. El clérigo que cometa de otro modo un delito contra el sexto mandamiento del Decálogo, cuando este delito haya sido cometido con violencia o amenazas, o públicamente o con un menor que no haya cumplido dieciséis años de edad, debe ser castigado con penas justas, sin excluir la expulsión del estado clerical, cuando el caso lo requiera.

Canon 1362: # 1. La acción criminal se extingue por prescripción a los tres años, a no ser que se trate: 2º de la acción por los delitos de los que se trata en los cann. 1394, 1395, 1397 y 1398, la cual prescribe a los cinco años; # 2. El tiempo para la prescripción comienza a contar a partir del día en el que se cometió el delito, o, cuando se trata de un delito continuado o habitual, a partir del día en que cesó.

En resumen, que el "castigo penal" que la Iglesia católica le aplica a un clérigo que, por ejemplo, haya corrompido sexualmente a un menor (can. 1395.2) se limita a la práctica de alguna amonestación, obra de religión o penitencia (cann. 1312, 1339), realizadas siempre en privado (can. 1340) para que permanezca en secreto la comisión del delito. En todo caso, nunca puede emprenderse un "procedimiento penal" sin antes haber intentado "disuadir" al delincuente para que cambie de comportamiento (cann. 1341, 1347), es decir, que la Iglesia siempre perdona y "olvida" de oficio el primer delito —en este caso la primera relación sexual con un menor— y, en la práctica, también perdona y encubre todos los siguientes. La burla a las víctimas y a la Administración de Justicia es obvia”

Por lo interesante y hasta “anecdótico” que resultan algunos textos religiosos, me permito a continuación transcribir algunas citas bíblicas, cánones del Código de Derecho Canónico de 1917 y algunas otras “recomendaciones” a los fieles hechos por la Iglesia en torno al tema que nos ocupa; dejo al lector la libre apreciación de los textos que siguen:

Antiguo Testamento:

- *“La mujer no llevará vestido de hombre, ni el hombre vestido de mujer, porque el que hace tal cosa merece la reprobación de Yavé” (Deuteronomio, 22, 5)*
- *“Si un hombre se casa con una mujer y después deja de quererla, la reprocha por su conducta y la difama públicamente diciendo: Me casé con esta mujer, y al acostarme con ella, me di cuenta que no era virgen, el padre y la madre de la joven tomarán el paño que comprueba que se casó virgen y lo mostrarán a los jueces de la ciudad. El padre de la joven dirá entonces a los jueces: He dado a mi hija por esposa a este hombre, pero ya no la quiere, y*

ahora pretende que no la tomó virgen. Veán, pues, ahí las pruebas de la virginidad de mi hija. Extenderán el paño delante de los jueces de la ciudad. Si el hombre es culpable, los jueces lo tomarán preso y lo azotarán, multándolo además con cien monedas de plata, que entregaran al padre de la joven por haber difamado públicamente a una virgen de Israel. El marido tendrá que tomarla como esposa y no podrá repudiarla en toda su vida.

Pero si es verdad lo que el hombre dice, y no aparecen las pruebas de la virginidad, entonces la sacarás a la puerta de la casa de su padre y morirá apedreada por el pueblo, por haber cometido una infamia en Israel, prostituyéndose mientras todavía estaba en la casa de su padre. Así harás desaparecer el mal de en medio de ti.” (Deuteronomio, 22, 13-21)

- *“El hombre que tenga los testículos aplastados o el pene mutilado no será admitido en la Asamblea de Yavé.(Deuteronomio, 23, 1)*
- *“No habrá entre las hijas de Israel prostituta sagrada, ni homosexual sagrado entre los hijos de Israel. No llevarás a la casa de Yavé, tu Dios, regalo de prostitutas, ni salario de perro; o sea, de homosexual, sea cual fuera el voto que hayas hecho, porque ambas cosas son abominables a los ojos de Yavé” (Deuteronomio, 23, 17-18)*
- *“...Estaba llena de amargura y lloraba sin consuelo. Suplicó a Yavé y le hizo el siguiente voto: ¡Oh Yavé de los Ejércitos! Si es que te dignas mirar la aflicción de tu esclava, te acuerdas de mí y no me olvidas, dame un hijo varón. Yo te lo entregaré por todos los días de tu vida y la navaja no pasará por su cabeza” (1 Samuel, 1, 10-11)*
- *“Si dos hermanos viven juntos y uno de ellos muere sin tener hijos, la mujer del difunto no se casará con ningún otro que con el hermano de su marido, el cual la tomará por esposa y dará sucesión a su hermano. (...) Si el cuñado se niega a tomarla por esposa, ella se presentará a la puerta de la ciudad y dirá a los ancianos: Mi cuñado se niega a perpetuar el nombre de su hermano en Israel, no quiere ejercer en mi favor su deber de cuñado” (Deuteronomio, 25, 5-7)*

Nuevo Testamento:

- *“Pero quiero recordarles que todo varón tiene a Cristo por cabeza, mientras que la mujer tiene al varón por cabeza; y Dios es la cabeza de Cristo. Si un varón ora o profetiza, teniendo la cabeza cubierta, deshonra a su cabeza. Al contrario, la mujer que ora o profetiza con la cabeza descubierta, le falta el respeto a su cabeza. Es exactamente como si se rapara. Si una mujer no quiere llevar velo, que se corte el pelo. Si tiene vergüenza de cortarse el pelo y raparse la cabeza, que se ponga velo.
El hombre no debe cubrirse la cabeza pues él es imagen de Dios y refleja su gloria, mientras que la mujer refleja la gloria del hombre. En efecto no fue el hombre formado de la mujer, sino la mujer del hombre. Ni tampoco creó Dios el hombre para la mujer, sino la mujer para el hombre. Por tanto, en atención a los ángeles, la mujer debe llevar sobre su cabeza el signo de su dependencia...” (1 Corintios, 11, 3-10)*

- *“(Que las mujeres se callen en las asambleas, como se hace en todas las Iglesias de los santos. No les está permitido tomar la palabra; que sean más bien obedientes, tal como la dice la misma Ley. Si quieren instruirse en algún punto, que consulten en casa a su propio marido. Pero no conviene que una mujer hable en una asamblea)” (1 Corintios, 14, 34-35)*
- *“Asimismo, que las mujeres se arreglen decentemente, que se vistan con modestia y sencillez, que no se adornen con peinados rebuscados, con oro, joyas o vestidos lujosos. Adórnense más bien con buenas obras, como conviene a mujeres que hacen profesión de servir a Dios.
Que la mujer se quede callada y se deje instruir con atenta sumisión. No permito que la mujer enseñe ni que quiera mandar a su marido, sino que se quede tranquila. Porque Adán fue formado primero y después Eva. No fue Adán el que dejó engañar, sino la mujer, que, engañada, llegó a desobedecer. Sin embargo, la maternidad la salvará, con tal que lleve una vida santa y ordenada, en la fe y en el amor.”(1 Timoteo, 2,9-15)*
- *“De la misma manera, que las mujeres obedezcan a sus maridos y, con eso, seguramente ganarán a aquellos que se resisten a la predicación. Al verlas castas y serias en su conducta, esa misma conducta hará las veces de predicación. No se preocupen tanto por lucir peinados rebuscados, collares de oro y vestidos lujosos, todas cosas exteriores. Sino que más bien irradie de lo íntimo del corazón la belleza que no se pierde, es decir, un espíritu suave y tranquilo. Eso sí que es muy precioso ante los ojos de Dios. De este modo se adornaban en otros tiempos las santas mujeres que esperaban en Dios; y estaban sometidas a sus maridos. Así obedecía Sara a Abraham, al que llamaba su señor. Ustedes serán hijas de Sara si obran bien y no le tienen miedo a nada.
Que los maridos, a su vez, lleven la vida común con tino, sabiendo que la mujer es un ser más delicado. Asimismo, que les tengan consideración, pues han de compartir juntos el don de Dios que lleva a la vida...(1-Pedro, 3, 1-7, Los Deberes de los esposos, recomendaciones de Pedro a los cristianos de fuera de Roma)*

Publicaciones de la Iglesia:

- *“... deseo sinceramente que el celo del bien público no les haga faltar a las obligaciones que como a madres y como a hijas, les impone la religión católica:
El hogar doméstico es donde se ha de conservar siempre retirada; y allí no ha de estar nunca ociosa, sino constantemente ocupada en alguna labor útil: al templo de Dios ha de acudir, movida de la más recta intención, para cumplir sus deberes religiosos. Mi primera advertencia es pues, esta: las señoras católicas se han de conservar constantemente dentro de sus casas, y no han de salir de ahí, sino cuando hayan llenado bien y completamente todas las obligaciones que ya como madres, ya como hijas de familia, tuvieren para con los suyos. Al bien público no se ha de consagrar sino el tiempo que sobrare después de llenadas todas las obligaciones domésticas: evitad, por lo mismo, el engaño funesto de descuidar el cumplimiento de los*

deberes de familia, para entregaros al ejercicio de prácticas laudables, pero de ninguna manera obligatorias.

He aquí mi segunda advertencia: no salgáis de vuestra casa, sin previo permiso del jefe de la familia: tened hora fija para salir y hora fija para regresar: avisad a donde vais, para que se os pueda encontrar en caso contrario, y tornad a vuestro hogar lo más pronto que podiereis.

Os advierto en tercer lugar, que no estéis fuera de vuestras casas, sino el tiempo preciso e indispensable para cumplir vuestros deberes religiosos y vuestros compromisos sociales. En vuestro hogar doméstico habéis de estar como vuestro elemento propio. Sed señoras de vuestro hogar, amadlo y santificadlo: respirad en el hogar el aire de la vida cristiana, y haced que el hogar sea amable a los vuestros.” (González Suárez, Arzobispo de Quito, Recomendaciones a las señoras católicas, publicado en el Boletín Eclesiástico de la Provincia Ecuatoriana, Año XVII, No. 1 Quito, Imprenta del Clero, 1 de enero de 1910, pp 4-6, recogido en la obra “El poder de la Representación” de Ma. Angela Cifuentes, pag. 43-44)

“Por estas grandes palabras de las que quiso Dios hacer una ley de orden social, constituyó a la mujer como ayuda del hombre, no sólo en todo aquello que se refiere a las necesidades materiales, sino también, y principalmente, en todo aquello que tiene relación con sus necesidades espirituales. Es, pues, un deber de la mujer cuidar del hombre, edificarle con sus ejemplos, mejorarle con sus santas inspiraciones y santificarle con sus virtudes. Ayudar al hombre a conseguir su salvación es el fin principal de la mujer, su destino, su ministerio, su gloria, su grandeza y su dignidad. Así pues, la mujer tiene, según los designios de Dios, una delegación o más bien una consagración religiosa. Ella es, en cierto modo, el sacerdote de la familia, así como el hombre es el rey de ella.” (Revista el HOGAR CRISTIANO, Año 1, No. 6, Guayaquil, 25 de mayo de 1907. recogido en la obra “El poder de la Representación” de Ma. Angela Cifuentes, pag. 46)

Código de Derecho Canónico de 1917:

- *Canon 855, “Debe negarse la Eucaristía a los públicamente indignos, como son los excomulgados, entredichos y manifiestamente infames, a no ser que conste su arrepentimiento y enmienda y hayan reparado antes el escándalo público.*

2 Niéguesela el ministro a los pecadores ocultos, si la piden ocultamente y conoce que no se han enmendado; pero no si la piden públicamente y no puede pasarlos por alto sin escándalo.

(Interpretación del Consejo: Debe negarse la comunión a las mujeres que visten deshonestamente. Inst. S. C. Conc. 12 de enero de 1930; A.A.S., XXII, 26 -acta apostolicae sedis-)

- *Canon 1112*

La mujer, en cuanto a los efectos canónicos, participa del estado de su marido, a no ser que por derecho especial se haya establecido otra cosa.

(interpretación.. A tenor de este canon, la mujer participa ordinariamente del nombre, estado, dignidad y privilegios del marido. A esto se refieren, en particular los cánones 93 no. 1 la esposa no separada legítimamente del marido conserva necesariamente el domicilio de éste; 98 no. 4 puede libremente la mujer de rito diverso pasar al rito del marido, al contraer matrimonio o durante el mismo; mas, disuelto el matrimonio, puede volver al propio rito, a no ser que por derecho particular se establezca otra cosa; 1229 no. 2 en cuanto a la mujer casada, se atiende al sepulcro del marido, y, si se casó varias veces, al del último marido.

1.3 Breve referencia a la sexualidad en las culturas pre-hispánicas en el Ecuador

Aunque la información de la que disponemos es absolutamente limitada y no pueden más que hacerse conjeturas sobre éste tema, me parece importante recoger algunas apreciaciones sobre el trato de la sexualidad y la posición de la mujer en las sociedades prehispánicas.

Aparentemente, en las sociedades primitivas, la posición de la mujer era valorada de manera distinta; la división del trabajo hizo que el hombre se dedicara de manera preponderante a la caza y pesca y las mujeres las tareas de recolección de frutos y posteriormente de siembra, y el cuidado de los hijos e hijas. No se puede decir que esta división encierre alguna connotación machista, pues las sociedades primitivas dependían en más de un 70% en su alimentación de lo logrado por las mujeres, por lo que podría decirse que eran ellas la base del sustento familiar, contrario a lo que se ha venido sosteniendo en donde ha sido el hombre el que ha tenido que cargar con la responsabilidad, hasta hace algunos años exclusiva, de la manutención del hogar.

Si bien la responsabilidad del cuidado de los niños-as lo ejercía completamente la mujer en los primeros años de vida, vale la pena considerar que la capacidad de engendrar de las mujeres, su fecundidad, era más bien visto como un don superior y mágico. Las comunidades pre-hispánicas fueron fervientes adoradoras del culto a la fecundidad, así nos lo demuestran las piezas cerámicas que simbolizan a mujeres embarazadas o en alumbramiento. Las Venus de Valdivia, son en el Ecuador, la muestra más clara del culto a la feminidad que existió en esta cultura valorando y hasta rodeando de un aire mítico esta posibilidad de dar vida que solo tenían las mujeres.

Estas visiones se contraponen a lo que más tarde el mundo cristiano traería a las tierras de conquista. La misma fecundidad y la capacidad de dar vida de las mujeres, sería visto desde otra perspectiva, calificando de “pasivo” al rol que la mujer ejerce en la sexualidad y considerando que la potencia sexual y creadora sola la tiene el hombre. La mujer pasa de ser la Diosa de la Fecundidad a una simple receptora, en su vientre, del nuevo ser humano.

Por estas consideraciones y quienes estudian a profundidad la cultura andina, manifiestan que el machismo es herencia española; que en las culturas prehispánicas las relaciones hombre-mujer fueron bastante más equilibradas y la valoración misma dentro de la sociedad, a pesar de tratarse de sociedades patriarcales, era diferente; sin embargo insistimos en que estas visiones, personalmente puedan estar cargadas más por una visión “romántica” de nuestras culturas andinas que de un auténtico fundamento que nos aliente a creer que las relaciones entre los géneros fue mejor comprendida.

En el Ecuador republicano, es la Revolución Liberal y la proclamación del Estado Laico, la que dio paso a una nueva visión sobre el papel de la mujer dentro de la sociedad que hasta esa época había sido relegada y subordinada completamente a la potestad de su padre o marido; la etapa conservadora que incluyó hasta la Consagración de Ecuador al Sagrado Corazón de Jesús, estuvo marcada por la fortísima influencia de la Iglesia Católica cuyos rezagos, como lo hemos dicho reiteradamente, aún perduran.

Conclusiones:

En la concepción romana de los delitos sexuales se evidencia una discriminación por género en donde la condición de la mujer es inferior a la de los hombres, no solo en el sentido de la permisividad para el ejercicio de la sexualidad sino también en la protección hacia su integridad.

En comparación con nuestro código encontramos diferencias en cuanto a la tipificación o no de ciertas conductas y así mismo en la calificación o no de delito sexual; las prohibiciones matrimoniales por ejemplo, se encuentran en nuestro código vigente bajo el título de los Delitos contra el Estado Civil; indudablemente el aspecto

de las penas es completamente distinto y no podría ser de otra manera; sin embargo es evidente que los conceptos que guiaron a varios de los delitos en Roma han trascendido hasta nuestros días y aún se conservan ciertos rezagos como en la figura del Rapto.

La familia como institución y la figura de la patria potestad es una de las herencias del Derecho Romano de la que se deducen varias normas de “protección y tutela” que se han impuesto a las mujeres en evidentes actos discriminatorios.

En cuanto al Derecho Canónico y la visión desde la Iglesia Católica, nos muestra la terrible influencia de la Iglesia en la sociedad, propiciando el machismo y garantizando su consolidación a través de una educación marcadamente cerrada y relegada de la mujer, bajo la figura de la Virgen María, convirtiéndola en la reproductora de los propios conceptos de los que ha sido víctima. Situación más caótica la viven los homosexuales o lesbianas para quienes la Iglesia cierra sus puertas por completo. La orientación sexual de las personas resulta ser una condición decisiva para acceder al amor de Dios. Aparentemente el mensaje revolucionario de Jesús en lo que tiene que ver al trato que él dio a la mujer, fue prontamente olvidado por sus seguidores que no pudieron desentenderse de sus propios conceptos y dejaron que las costumbres del pueblo judío se mantengan y consoliden con su propia aprobación. En este trabajo me refiero de manera directa contra la doctrina tradicional Católica, por ser la religión más influyente en el Ecuador, lo que de ninguna manera quiere decir que desde las otras religiones la visión y situación de la mujer sea más alentadora, por el contrario, lo más penoso parece ser que en otras ramas de la tradición judeo-cristiana la subordinación de la mujer es aún peor por ser más apegada a una interpretación literal de la Biblia. Asistir hoy a un rito de matrimonio dentro de la secta de los testigos de Jehová puede ser la clara muestra para ratificar la actualidad de preceptos tan anacrónicos como los que hemos revisado.

De las antiguas culturas andinas es poco lo que se puede decir y menos lo que se consigue con respaldo documentado. Que existen ciertos indicadores que nos invitan a creer que las relaciones hombre-mujer fueron mas equitativas pero que no dejan de ser suposiciones no del todo comprobadas.

CAPITULO 2:

LOS DELITOS SEXUALES EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Introducción:

Analizados brevemente los antecedentes históricos de Roma y la tradición católica, intentamos en este capítulo hacer un recuento histórico de la evolución de nuestro Código Penal en los artículos referentes a los Delitos Sexuales. Partimos de una aclaración necesaria sobre la denominación y agrupación -porque entendemos que en ello se evidencia el bien jurídico tutelado- y lo hacemos de la mano de penalistas clásicos y del aporte que genera la discusión de la participación de la mujer en la construcción de los conceptos y las normas. En una segunda parte miramos los cambios en las normas mediante un cuadro comparativo que cumple más bien funciones didácticas que analíticas. Terminamos el capítulo con una reflexión sobre lo que consideramos los cambios más importantes logrados en el área, como son la despenalización del adulterio, el concubinato y la homosexualidad, utilizando como fuente principal al penalista cuencano Dr. Reinaldo Chico Peñaherrera.

2.1 Breve referencia a la agrupación y denominación de los Delitos Sexuales:

Al hablar de delitos, de la categoría que fueran, se hace indispensable reconocer cuáles son los derechos que se éstos están protegiendo y entonces indagar sobre las posibles formas en que pueden ser vulnerados. Es imposible entender un delito sin su derecho correlativo, pues al no existir derecho no existiría tampoco el delito, como explica un gran maestro cuencano de Derecho Penal, el Doctor Reinaldo Chico Peñaherrera: *“Para que un hecho se erija en delito, no es suficiente que lesione o ponga en peligro un derecho ajeno, es, sin embargo, indispensable que así sea, pues es ésta una característica esencial del delito”*.¹ Esta otra cara de la moneda, los derechos, se definen en materia penal por el “Bien Jurídico Tutelado”, por ello, antes de hacer un repaso de cada uno de los Delitos Sexuales tipificados en nuestro código

¹ Chico Peñaherrera, Reinaldo, Algunas Reflexiones sobre los Delitos Sexuales en el Código Penal Ecuatoriano, pag. 67.

y la evolución que se ha dado, nos parece apropiado reflexionar brevemente sobre las denominaciones que se han utilizado para agrupar a este tipo de delitos y su bien jurídico tutelado, pues como opina Sebastián Soler, la *“determinación del bien jurídico tutelado es la mejor guía para la correcta interpretación de la ley (...) y el título que el legislador emplea para la agrupación de los delitos según el bien jurídico protegido es importante, pues si bien no constituye una norma en si mismo, tampoco puede entenderse como un simple enunciado, parte de una técnica clasificatoria. La clasificación de los delitos conforme al bien jurídico tutelado es también importantísima para la comprensión de algunas figuras, pues el sentido de éstas varía fundamentalmente, aun empleando la ley las mismas palabras, según que éstas tiendan a la protección de uno u otro bien jurídico”*¹ Dependiendo de la acepción utilizada, cabe entonces verificar si efectivamente los delitos que se agrupan bajo ese título ofenden el bien jurídico que dicen proteger.

En el tema que nos ocupa no ha existido unanimidad ni en la doctrina ni en la legislación sobre la agrupación y denominación de estos delitos, algunas de las acepciones utilizadas han sido: Delitos contra la honestidad, Delitos contra el pudor, Delitos contra las buenas costumbres, Delitos contra la integridad y orden de la familia, Delitos contra la moralidad pública.

Para Soler “el Derecho necesita operar con conceptos claros y distintos, y de inmediato observa que la idea corriente del honor presenta acusada imprecisión y límites muy borrosos” El honor, dice, *“puede considerarse como un concepto subjetivo de autovaloración en el sentido de ser el sentimiento que cada uno tiene de la propia dignidad -y en este caso el delito de injuria se perfeccionaría aún cuando la injuria no llegue a conocimiento de nadie más que del injuriado- y además puede entenderse como concepto objetivo, de valoración social, en el sentido de la valoración que otros hacen de la persona.”*²

El maestro Carrara, en su programa de Derecho Criminal, plantea una interesante reflexión para la ubicación de los delitos sexuales que, si consideramos el tiempo en que lo hizo es una reflexión avanzada.

¹ Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo III pag. 12.

² Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo III pag. 12

Carrara los agrupa dentro de los “Delitos que ofenden a la persona sin quitarle la vida”, y aclara que *“para efectos de este título se debe mirar a la persona en su aspecto objetivo, incluyendo así las ofensas que lesionan los derechos que tiene la persona para la conservación integral de su propio cuerpo, pues de considerarla subjetivamente nos encontraríamos con que todos los delitos ofenden a la persona en alguno de sus derechos”*

Con esta aclaración, Carrara agrupa dentro de los “Delitos que ofenden a la persona sin quitarle la vida” los siguientes:

- De los delitos con se ofenden los derechos de la persona humana a los cuidados ajenos. (Exposición de niños y abandono de personas incapaces)
- Delitos con se ofende la integridad de la persona. (Lesiones personales)
- Delitos que ofenden al pudor individual.

Si bien el tratadista utiliza los términos de “pudor individual” con los que no coincido, me parece interesante rescatar de su análisis:

- El pudor es inherente al cuerpo y por ello estos delitos encajan dentro de esta clasificación. (Delitos que ofenden a la persona sin quitarle la vida)
- No es exacto incluir dentro de los delitos contra el orden familiar el estupro, la violencia carnal y el ultraje violento contra el pudor, pues la ofensa contra el derecho familiar es accidental, que en muchos casos no se da, como cuando la víctima es una mujer sola y libre; *“además la esencia de estos delitos está en el disentimiento del sujeto pasivo; si éste da su consentimiento, con tal que sea dado libremente, y suponiendo su capacidad para consentir, el delito desaparece, (...)si se castiga la deshonra de una mujer, no es porque ésta tenga padres o hermanos, sino por tener una personalidad que no debe ser ultrajada de ese modo”*

Del análisis del autor se deduce con claridad que para él, el bien jurídico tutelado por estos delitos es la Libertad Sexual aunque lo diga de manera acorde a los términos de su época utilizando la palabra “pudor” que actualmente nos llevaría a equívocos. Aunque pueda parecer intrascendente, su sugerencia de separar los delitos que ofenden al orden familiar, es ya un gran paso en la comprensión del verdadero bien jurídico.

Pero la tarea por identificar con claridad el bien jurídico tutelado de los Delitos que se relacionan con la sexualidad, no ha sido fácil y como intentamos demostrar en las líneas que siguen, es un trabajo aún inconcluso y que demanda un cambio en los comportamientos sociales para lograr un reconocimiento efectivo de la Sexualidad como un derecho inalienable de hombres y mujeres.

La mayoría de códigos occidentales que han tenido reformas en los últimos años optan por hacer mención a la libertad e integridad sexual y evitan incorporar conceptos como el honor o la honra, la moral, la familia que distorsionan y hasta contradicen el sentido del bien jurídico protegido, según la comprensión actual de los llamados Derechos Sexuales y por ende de los Delitos Sexuales.¹ En nuestro código el término honor es utilizado en el Título VII -De los Delitos contra el Honor- y tiene como único capítulo el de “La Injuria”, lo que demuestra la interpretación ambigua que podría hacerse de este concepto, que en el caso ecuatoriano por ejemplo, no está vinculado al tema de la sexualidad, ratificando lo expuesto por Soler.

El título VIII del Código Penal Ecuatoriano se llama, desafortunadamente a mi criterio, desde la reforma de 1998: “DE LA RUFIANERÍA Y CORRUPCIÓN DE MENORES”. La reforma cambió el nombre del Título, que hasta entonces era “DE LOS DELITOS SEXUALES”; y el nombre y contenido del capítulo III que habla exclusivamente del proxenetismo. Consideramos que la acepción utilizada no contribuye, siguiendo la recomendación de Soler, a determinar con claridad el bien jurídico tutelado; más parecería que se limita a una sola clase de delitos y sería preferible continuar con la acepción utilizada desde la expedición del Código en 1938 llamándolos simplemente DE LOS DELITOS SEXUALES, nombre que aún ahora, probablemente por el desacierto de la reforma, se sigue utilizando para referirse al grupo de Delitos que lo incluye, pues la denominación vigente a pesar de provenir de una reforma reciente (1998) no está acorde con los nuevos conceptos que en este tema se vienen utilizando en las legislaciones occidentales, el Código Argentino, por ejemplo los llama: Delitos contra la Integridad y Libertad Sexual.

¹ A nivel internacional y en el Ecuador, ha sido decisiva la influencia de las decisiones tomadas en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (Cairo 94) y la IV Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing 95) para un reconocimiento a nivel constitucional de los Derechos Sexuales y Reproductivos.

El Código de 1906 los llamó “CRIMINES Y DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS Y CONTRA LA MORALIDAD PUBLICA” denominación más o menos común en varias legislaciones de la época y que evidencia la confusión existente entre sexualidad, moralidad y familia y la indivisión entre los delitos que afectan a los derechos sexuales y los que actualmente nuestro código los agrupa en el Título IX llamado “ De los Delitos contra el Estado Civil” (Celebración de matrimonios ilegales y Delitos dirigidos a impedir o destruir la prueba del estado civil de un niño)

El cambio sustancial que han dado las legislaciones en la denominación de estos delitos significa un avance en el reconocimiento de la sexualidad como un derecho de la persona, sin importar que sea hombre o mujer y mucho más allá de consideraciones subjetivas como el honor. Sin embargo, por lo menos en el Ecuador, el cambio en la denominación dada en la reforma del 98 más parecería ser un error de apreciación y sería preferible mantener la denominación más abierta de los “Delitos Sexuales”, aunque ésta tampoco sea suficiente para dejar claro cuál es bien jurídico tutelado.

El Derecho es una construcción social y mediante éste reconocemos o establecemos¹ cuales son nuestras garantías, y al igual que en la mayoría de las ciencias hasta el momento, el gran actor ha sido el hombre y la gran ausente la mujer. En este sentido, la denominación, determinación y sanción de los Delitos Sexuales en el Ecuador ha reflejado la visión desde lo masculino recién se puede hablar de participación en estos niveles, de la mujer o representantes de otros grupos.

Para Alda Facio los Derechos Humanos son androcéntricos, sus reflexiones, sus orígenes nacen de las necesidades concretas, de hombres concretos. Al sostener esta afirmación la autora cita como ejemplo la “Declaración de los Derechos del Hombre

¹ Reconocemos o establecemos: es la diferencia entre los iusnaturalistas y los positivistas al plantear el origen de los Derechos Humanos, base de todos los derechos. Para los primeros, el derecho solo “reconoce” los derechos que son inherentes al ser humano por su sola condición de tal, es decir los derechos nacieron con el ser humano; por otro lado, los positivistas en cambio sostienen que los derechos nacen sólo una vez que han sido recogidos por una norma positiva. La intención de este trabajo no es tomar partido por una u otra posición, aún más, en el tema de los Derechos Humanos, en nuestro criterio, todo argumento es válido para buscar su efectivo respeto.

y el Ciudadano” producto de la Revolución Francesa que es la primera que los juristas reconocen como una Declaración “Universal” de derechos, sosteniendo que por primera vez se dejaba de lado conceptos como la educación o la propiedad. Lo que no consideran los juristas es que en esta Declaración “Universal” estaba ausente el 50% de la población humana: las mujeres. Y tan cierto es esto que Olimpia de Gouges, autora de la Declaración Francesa de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, fue guillotizada el 7 de noviembre de 1793 por el delito de haber “olvidado las virtudes de su sexo para mezclarse en los asuntos de la República” La pena de muerte fue pedida por Robespierre. *“Por supuesto que a los historiadores del patriarcado no les interesa que sepamos que hace dos siglos ya las mujeres pelearon por los derechos que aún hoy estamos tratando de alcanzar, porque entonces no podrían decir, cuando presentamos algún proyecto de ley que contiene alguna acción positiva para mejorar nuestra condición jurídica, que tengamos paciencia, que las cosas no se pueden cambiar de la noche a la mañana.”*¹

Concordamos con Facio cuando ella afirma que la “historia del pensamiento universal no es sino la historia del pensamiento de los hombres”, no de las mujeres, y que a nosotras se nos ha impedido contar y analizar nuestra propia historia. Las mujeres, y Olimpia de Gouges es un claro ejemplo, han llegado hasta nosotras casi siempre como mujeres anónimas; sus luchas y logros pocas veces han sido recogidos.

Este androcentrismo en la determinación de los derechos ha dado como resultado que *“(…)cuando un listado de derechos es concebido desde y para el varón, este es considerado válido para la especie humana toda. A lo sumo, cuando se ha tenido que tomar en cuenta a la mujer, en vez de re-conceptualizar el listado partiendo de las necesidades, intereses y sueños de ambos sexos, simplemente se establece que desde ese momento en adelante, la mujer gozará de los mismos derechos que fueron pensados desde la experiencia vivencial de los hombres, sin que importe que la mujer no haya participado en su definición, conceptualización y selección de esos derechos, y menos aún sin que importe que la experiencia de vida de las mujeres sea diferente y desigual a la de los hombres (…)* Si nuestra realidad y nuestras necesidades hubiesen sido tomadas en cuenta, ¿sería posible que el trabajo

¹ Facio, Alda. “Sexismo en los Derechos Humanos” Publicación de la Campaña Nacional: La violencia contra la Mujer Viola los Derechos Humanos. MBS; DINAMU; UNICEF. Quito. 1992.

doméstico no fuese considerado “trabajo”? ... *si nosotras hubiésemos definido lo que se debe entender por integridad física, ¿existiría acaso la maternidad forzada o las clitoridectomías?”*¹ Y siguiendo con los ejemplos, podríamos añadir, ¿habríamos nosotras calificado como delito el adulterio cometido sólo por la mujer? ó ¿se habría considerado la orientación sexual por el mismo sexo como un crimen? Si las mujeres hubiéramos definido los términos inseguridad o violencia, seguramente hubiéramos hablado de la inseguridad “puertas adentro”. Mientras para los hombres el término inseguridad se asocia a las calles, parques o carreteras, para muchas mujeres la inseguridad y la violencia inicia al llegar a sus propias casas y los agresores son su pareja, su padre, su hermano y hasta sus hijos.

Con esta reflexión queremos plantear que en muchos casos, no solo en el tema de los Delitos Sexuales (y en consecuencia los Derechos Sexuales), la visión de la mujer y de los otros grupos sociales como los niños-as, jóvenes o comunidad GLBTT, ha estado ausente en la construcción y determinación de los derechos y si bien es cierto los cambios dados significan un avance, todavía no se logra hacer esta re-conceptualización de la que habla Facio, tan necesaria para comprender e incluir otras vivencias. La última reforma incorporada en el Código Penal Ecuatoriano en el campo de los Delitos Sexuales, en junio del 2005, incluyó un capítulo específico sobre la Explotación Sexual, cambios que se consiguieron gracias a un trabajo constante de organizaciones de mujeres y niños-as que presionaron para que el Congreso apruebe las reformas que durante mucho tiempo habían sido relegadas seguramente por considerar que no era un tema de trascendencia, este es un claro ejemplo de lo expuesto por Facio: seguramente si las mujeres, niños y adolescentes hubiésemos participado de la definición de los Delitos Sexuales, habría existido menos posibilidad de “olvidar” verdaderas atrocidades en contra de niños-as especialmente. A pesar del amplio debate dado para la aprobación de estas reformas, solo un año más tarde, en el 2006, a propósito de la aprobación de la Ley de la Salud, en el capítulo de la Salud Sexual y Reproductiva, el Congreso volvería a demostrar que es el concepto de sexualidad el que no termina de entenderse como un Derecho, un Derecho Humano (es decir de todos y todas) y nuevamente los grupos

¹ Facio, Alda. “Sexismo en los Derechos Humanos” Publicación de la Campaña Nacional: La violencia contra la Mujer Viola los Derechos Humanos. MBS; DINAMU; UNICEF. Quito. 1992.

conservadores ejercerían su presión para frenar las aspiraciones de organizaciones de mujeres y jóvenes.

Así, a pesar de los cambios incorporados, buenos y significativos en algunos aspectos, no se puede afirmar aún que la sexualidad sea considerada en su verdadera dimensión e importancia. Para quienes creen que este es un tema superado y que sus repercusiones son más bien limitadas, solo basta con mirar o leer las noticias en donde todos los días podemos encontrar que el camino para lograr un reconocimiento “social efectivo” de la sexualidad como un derecho todavía tiene mucho por delante hasta conseguir sobre todo para las mujeres, sin ninguna discriminación, la posibilidad de vivir su sexualidad basada en el amor, el respeto mutuo y la equidad de los seres humanos, sin violencias ni amenazas y sin que se convierta en un medio más de humillación o maltrato. La violencia sexual es la peor de las violencias y se la ejerce todos los días sobre niños, niñas, mujeres y hombres en las más variadas circunstancias, pero lo más alarmante es que en el mayor porcentaje es ejercida por sus propios familiares, parejas, amigos-as. Un reciente estudio obtuvo como resultado que en el Ecuador 6 de cada 10 mujeres son o serán alguna vez víctimas de una forma de violación. Ser mujer en el Ecuador hoy, sigue siendo mucho más riesgoso que ser hombre.

El eslogan utilizado en una de las campañas que acompañaron las movilizaciones para propiciar la despenalización de la homosexualidad en el Ecuador, me parece un claro y simple llamado a la comprensión de la sexualidad como derecho, éste decía: “Los Derechos Humanos también son Sexuales, Los Derechos Sexuales también son Humanos” A propósito cito textualmente a Irene León, en la presentación del Texto “Derechos Sexuales y Reproductivos: Avances Constitucionales y Perspectivas en Ecuador”:

“Se dice que los derechos sexuales y reproductivos son los más humanos de todos los derechos, pues atañen al plano íntimo de las individualidades y opciones y tienen que ver con la creación de la humanidad, que en el contexto actual no puede depender de riesgos ni improvisaciones, sino de decisiones explícita y libremente tomadas(...)

(...)La sexualidad y la reproducción están al inicio de toda relación humana, sin embargo, hubo que esperar hasta finales del siglo XX para que los derechos y libertades inherentes a ellas empiecen a delinearse tanto en la comunidad internacional como a escala nacional.”

Castells en su obra la “La era de la Información” considera a la Revolución Sexual como la “Revolución de las Revoluciones”, pues incluyó por primera vez a la totalidad de una “minoría” tan grande como la mitad de la población humana logrando una “redefinición fundamental de las relaciones”. La década de los sesenta y las distintas manifestaciones que se produjeron alrededor del mundo en donde los jóvenes, principalmente, fueron los protagonistas de esta “ola de liberación” no solo, pero decisiva, en materia sexual, pusieron sobre el tapete de discusión un tema hasta antes reservado. Frases como “hagamos el amor y no la guerra” y “Prohibido Prohibir” lanzaron toda una propuesta progresista en la concepción de la sexualidad y no es coincidencial que paralelamente apareciera la píldora anticonceptiva que puso por primera vez en manos de las mujeres un método de control y planificación del embarazo, con todos los vacíos y análisis que sobre el tema se pueda dar. ¹

Los Derechos Sexuales y en consecuencia el replanteamiento en materia penal de los Delitos que los vulneran es un tema todavía “joven” en el Derecho y de trascendental importancia por su propia naturaleza.

“Durante siglos prevaleció la idea de que la sexualidad y la reproducción eran indivisibles y solo debían regirse por una versión estática y unilineal de la moral. Esta visión fue el cimiento de procedimientos, instituciones y preceptos autoritarios que condujeron a expropiar a los seres humanos, en particular a las mujeres, de las decisiones sobre su cuerpo y modos de vida. Estos criterios sirvieron ulteriormente, de base para el desarrollo de una versión demografista, basada exclusivamente en criterios económicos y de presunto interés colectivo. De ahí que el avance que registra la propuesta de DERECHOS devuelve a estos aspectos de la vida su calidad humana, y permite que sexualidad y reproducción

¹ Magdalena León, en su ensayo “Estado, Sociedad y Derechos Sexuales y Reproductivos en el Ecuador: Una aproximación” hace un interesante análisis en donde considera que el auge de los métodos de anticoncepción moderna responden a necesidades de control y política demográfica más que a una cultura de educación sexual o un cambio en los modelos sexuales en donde el derecho a escoger cuando o no optar por un embarazo se considere la voluntad de las mujeres, sobre todo en América Latina. La autora hace una comparación entre lo sucedido en Europa, en donde los índices de embarazos bajaron considerablemente mucho antes del desarrollo de los métodos de anticoncepción moderna de lo que se puede deducir una mayor capacidad de negociación de las mujeres con sus parejas para una práctica sexual con menos riesgos de embarazos, mientras que en América Latina, el control de la natalidad está altamente relacionado con los métodos anticonceptivos sin que se evidencie un cambio en el modelo sexual imperante que mas bien es altamente promotor de embarazos. La esterilización quirúrgica (ligadura) fue el método más utilizado en la década de los 80’ entre las mujeres que estaban regulando su fecundidad. Nosotros nos preguntamos ¿cuál es el porcentaje de hombres que opta por una vasectomía, considerada incluso mucho más efectiva que la ligadura en las mujeres?

*puedan enfocarse por separado, visualizando que su ejercicio no siempre tiene que ver con las mismas motivaciones.”*¹

La sexualidad y su ejercicio pleno, libre y responsable, es parte fundamental de la “democracia en la vida privada”. Anthony Giddens, famoso politólogo creador de la teoría de Tercera Vía, reconoce que el principal cambio que debe darse en la sociedad está en la redefinición de las “relaciones” superando posiciones discriminatorias y permitiendo ser lo que cada uno busque ser. Mientras la esfera privada siga reflejando condiciones de inequidad, ningún cambio en lo público podrá ser realmente efectivo. Las reflexiones de Giddens llaman más la atención por venir de un hombre, para quienes creen que este es un tema solo de las mujeres, sin darse cuenta que las consecuencias de las inequidades nos afectan a todos y todas², y por venir de un consultor y analista político europeo, obligándonos a reconocer que lo privado es determinante en la construcción de la sociedad.

2.2 Los delitos sexuales en el Código Penal Ecuatoriano: Evolución Histórica

El primer código penal de la República se expidió en 1837 bajo el gobierno de Vicente Rocafuerte y los posteriores se dieron en 1872 con García Moreno, 1889 con Antonio Flores Jijón y 1906 con Eloy Alfaro. El código actual data de 1938 y en él se han incorporado las reformas que paulatinamente se han realizado en varios temas.

A propósito, Reinaldo Chico Peñaherrera opina que *“el viejo cuerpo (refiriéndose al primer código de 1837) pervive a través de los retoques y de las enmiendas, como un ruinoso edificio al que se mantiene en pie gracias a las reparaciones que, de tiempo en tiempo, apresuradamente se le hacen, sin plan ni orientación definida.*

Y así, el viejo Código ha llegado hasta nosotros, disimulado, casi desconocido, ostentando sus diversas, dislocadas reformas. Para reformarlo, sin plan, ni orientación, se han tomado disposiciones de códigos de diversos países que responden a distintas tendencias, a distintos enfoques. Allí están disposiciones traídas del Código fascista italiano de 1930, del Código democrático uruguayo de 1933, del Código español, del actual código argentino. Retazos, remiendos. Y ahí le

¹León, Irene, Presentación del Texto “Derechos Sexuales y Reproductivos: Avances Constitucionales y Perspectivas en Ecuador”

²Un último estudio realizado en España demostró una vez más que las mujeres viven más porque los hombres son víctimas más frecuentes de enfermedades cardíacas, accidentes de tránsito, alcoholismo u otras drogodependencias; sin embargo, el mismo estudio demostró que la calidad de vida de las mujeres es peor que la de los hombres. Ellos viven menos, Ellas viven peor.

tenemos al código ecuatoriano, igual que una prenda de vestir de mendigo, con numerosos parches de todos los colores, tamaños y formas”¹

Con esta ubicación cronológica podemos comprender de mejor manera el contenido del Código, identificando el contexto de los años en los que fue propuesto. Indudablemente como lo afirma el Doctor Chico, “hay tantas cosas que quitar, poner, cambiar, coordinar, armonizar” que se hace indispensable que se acoja su sugerencia de elaborar un nuevo código, acorde a la realidad nacional y las corrientes criminalistas actuales.

En la materia que nos ocupa, al igual que muchas otras áreas como podrían ser las consideraciones para los delitos ambientales o los delitos informáticos, los cambios de las apreciaciones y las tendencias mundiales se han dado de manera relativamente rápida y drástica lo que evidencian aún más el anacronismo de ciertas normas y la urgencia de contar con un nuevo código que desde su parte dogmática responda a la situación actual. El Código vigente, con las últimas reformas incorporadas parece requerir para su comprensión de una habilidad especial para encontrar todas las normas, que regadas en los distintos títulos deben aplicarse en un caso concreto. Desordenado y contradictorio, el Código penal ecuatoriano es efectivamente, un conjunto de parches mal colocados.

Aceptando el criterio del Doctor Chico, que prácticamente del primer código al cuarto, el de 1906, no hay demasiados cambios y por la imposibilidad real de realizar un análisis desde los textos de los primeros códigos, arrancaremos nuestro estudio de los delitos que nos ocupan desde el código liberal hasta las últimas reformas de junio de 2005.

Para lograr un mejor y más rápido análisis de las reformas dadas creemos más didáctico presentar a través de tablas que permitan una lectura paralela de los artículos que importan de manera especial a nuestro estudio para en el capítulo siguiente, detenernos en un análisis de los delitos vigentes a partir de la última reforma y su bien jurídico tutelado.

¹ Chico, Reinaldo. Anteproyecto del Libro Primero del Código Penal Ecuatoriano. Estudios de Derecho Penal. Tomo 1. pag. 104

CODIGO de 1906	CODIGO de 1938	Reforma de 1978 Decreto Supremo 2636	Reforma de 1983	Otras Reformas de 1998 y 2001	Reforma de 2005
<p>Art. 24: Tampoco hay infracción alguna cuando uno de los esposos mata, hiere o golpea al otro, o al cómplice, en el instante de sorprenderlos en adulterio in fraganti, o cuando una mujer cometa los mismos actos, en defensa de su pudor, gravemente amenazado.</p> <p>Art. 30 Así mismo es excusable la infracción que cometa uno al sorprender en acto carnal a su hija, nieta, o hermana; ora mate, hiera o golpee a la delincuente ora al hombre que yace con</p>	<p>Art. 22: Tampoco hay infracción alguna cuando uno de los cónyuges mata, hiere o golpea al otro, o al correo, en el instante de sorprenderlos en flagrante adulterio, o cuando una mujer comete los mismos actos en defensa de su pudor, gravemente amenazado</p> <p>Art. 27 Así mismo es excusable la infracción que comete una persona al sorprender en acto carnal ilegítimo a su hija, nieta, hermana, ora mate, hiera o golpee a la culpable, ora al hombre que yace con ella.”</p>			<p>Declaración de inconstitucionalidad TGC 1989; Art. 27 Derogado del Código en 1998</p>	<p>Art. 22 “Tampoco hay infracción alguna cuando una persona mata o causa lesiones a otra en el momento de ser víctima de un delito de abuso sexual o violación”</p>

<p>ella.</p> <p>Art. 35 Son circunstancias agravantes todas las que aumentan la malicia del hecho, o la de sus autores, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, como en los casos siguientes, y en los demás que las leyes determinen:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cometer la infracción, 	<p>Art. 30: Son circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción (...)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ejecutar la infracción con alevosía, traición... por precio... o empleando la astucia, disfraz.... 2. Aprovecharse de incendio... 3. Llevarla a cabo con auxilio de gente armada o 				<p>Art. 29.1: Para los delitos de trata de personas y delitos sexuales, no se considerará circunstancias atenuantes, excepto las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La contemplada en el numeral 5 del Art. 29; y, 2. Que el sospechoso, imputado o acusado colabore eficazmente con las autoridades en la investigación del delito. <p>Art. 30 (inclúyase el numeral 6:)</p> <ol style="list-style-type: none"> 6. Ejecutar la infracción por motivos de discriminación, referente al lugar de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole
---	---	--	--	--	--

<p>embriagándose a propósito para ello; Ejecutar la infracción con alevosía, traición... por precio... o empleando la astucia, disfraz....</p> <p>2.Aprovecharse de incendio...</p> <p>3.Llevarla a cabo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren la impunidad...</p> <p>4.Ejecutar el hecho punible buscando de propósito el despoblado...</p>	<p>de personas que aseguren la impunidad...</p> <p>4.Ejecutar el hecho punible buscando de propósito el despoblado...</p> <p>5.Estar el autor perseguido o prófugo por un delito anterior...</p>				<p>Inclúyase: Art. (30.1): En el caso de delitos sexuales y de trata de personas, se considerarán como circunstancias agravantes, cuando no fueren constitutivas o modificatorias de la infracción y se aplicarán sin perjuicio de las circunstancias agravantes</p>
---	--	--	--	--	---

					<p>generales señaladas en el Art. anterior, las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si la víctima es una persona mayor de sesenta años o menos de dieciocho años, persona con discapacidad o de aquellas que el Código Civil considera incapaces; 2. Encontrarse la víctima, al momento de la comisión del delito, en establecimientos públicos o privados, tales como los de salud, educación, culto, investigación, asistencia o refugio, en centros de rehabilitación social o en recintos policiales o militares, u otros similares; 3. Aprovecharse de que la víctima atraviesa por una situación de vulnerabilidad, extrema necesidad económica o abandono; 4. Haber contagiado a la víctima con una enfermedad grave, incurable o mortal, o
--	--	--	--	--	--

					<p>haberle producido lesiones que causen incapacidad permanente, mutilaciones, pérdida o utilización de órganos, discapacidad física, perturbación emocional, trastorno psicológico o mental;</p> <p>5. Si la víctima estuviere o resultare embarazada, o si estuviere en puerperio, o si abortare como consecuencia de la comisión del delito;</p> <p>6. Si la víctima estuviere incapacitada física o mentalmente;</p> <p>7. Tener el infractor algún tipo de relación de poder y /o autoridad sobre la víctima, o si es adoptante, tutor, curador o si tiene bajo su cuidado por cualquier razón a la víctima;</p> <p>8. Compartir con la víctima el ámbito familiar;</p> <p>9. Conocer a la víctima con anterioridad a la comisión</p>
--	--	--	--	--	--

					<p>del delito;</p> <p>10. Si el delito sexual ha sido cometido como una forma de tortura o con fines de intimidación, degradación, humillación, discriminación, venganza o castigo.</p> <p>11. Si el delito ha sido cometido por funcionarios públicos, docentes o ministros de algún culto, que han abusado de su posición para cometerlo, por profesionales de la salud y personas responsables en la atención del cuidado del paciente; o cualquier otra clase de profesional o persona que hubiere abusado de su función o cargo para cometer el delito; y,</p> <p>12. Haber utilizado para cometer el delito, alguna sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima.</p>
--	--	--	--	--	---

<p>Art. 37 Se reputará como circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes de la infracción, el hecho de ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del ofensor.</p>	<p>Art. 31 Se reputará como circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes de la infracción, el hecho de ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del ofensor.</p>				<p>Art. 31 Se reputará como circunstancia agravante de la infracción el hecho de ser la víctima cónyuge, conviviente, pariente hasta el cuarto grado de consaguinidad y segundo de afinidad, o ser ascendiente o descendiente del ofensor.</p>
<p>Art. 44 No se impondrá pena de reclusión al mayor de sesenta años. El que en tal edad cometiere crimen castigado con reclusión, cumplirá el tiempo de la condena en un establecimiento destino a prisión correccional. Si, hallándose ya en reclusión, cumpliere los sesenta años, pasará a cumplir su condena en una casa de prisión, conforme al inciso anterior.</p>	<p>Art. 57: No se impondrá pena de reclusión al mayor de sesenta años. El que en tal edad cometiere un delito reprimido con reclusión, cumplirá el tiempo de la condena en un establecimiento destinado a prisión correccional. Si hallándose ya en reclusión, cumpliere los sesenta años, pasará a cumplir su condena en una casa de prisión, conforme al inciso anterior.</p>				<p>Art. 57: No se impondrá pena de reclusión al mayor de sesenta años, excepto en los delitos sexuales y de trata de personas, casos en que el sindicado tampoco podrá cumplir prisión preventiva domiciliaria. El que en tal edad cometiere un delito reprimido con reclusión, cumplirá el tiempo de la condena en un establecimiento destinado a prisión correccional.</p>

<p>LIBRO VIII DE LOS CRIMINES Y DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS Y CONTRA LA MORALIDAD PUBLICA</p> <p>CAPITULO I DEL ABORTO Art. 334-339</p> <p>CAPITULO II DE LA EXPOSICION Y ABANDONO DE NIÑOS.</p> <p>CAPITULO II DE LOS CRIMENES Y DELITOS QUE SE DIRIGEN A IMPEDIR O DESTRUIR LA PRUEBA DEL</p>	<p>TITULO VIII DE LOS DELITOS SEXUALES</p> <p>El aborto está contemplado en el Titulo VI del Libro Segundo, Capítulo I de los Delitos contra la Vida.</p> <p>El Abandono de Personas está recogido en el Capítulo III del mismo título de los Delitos contra la Vida, se denomina Del abandono de personas.</p> <p>En el titulo IX, De los Delitos Contra el Estado Civil, el capitulo II está destinado a los delitos que se dirigen a destruir o impedir la prueba del estado civil de un niño</p>			<p>TITULO VIII DE LA RUFIANERIA Y CORRUPCION DE MENORES</p>	
--	---	--	--	--	--

<p>ESTADO CIVIL DE UN NIÑO</p> <p>CAPITULO IX DE LA CELEBRACIÓN DE MATRIMONIOS ILEGALES</p> <p>CAPITULO VIII DEL ADULTERIO.</p> <p>Art. 378 La mujer convencida de adulterio será condenada a prisión de tres a cinco años. El marido puede suspender el efecto de esta condena, consintiendo en volver a tomar a su mujer.</p> <p>Art. 379 La pena señalada por el artículo precedente será aplicada al cómplice de la mujer adúltera.</p>	<p>En el título IX, De los Delitos Contra el Estado Civil, el capítulo I recoge los delitos de la Celebración de Matrimonios Ilegales.</p> <p>CAPITULO I DEL ADULTERIO</p> <p>Art. 503: Serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. la mujer que cometiere adulterio; 2. El correo de la mujer adúltera; 3. El marido cuando tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal; 4. La manceba del marido 		<p>Art. 503 y 504 DEROGADOS.</p>		
--	--	--	---	--	--

<p>Art. 380 La persecución o condenación del adulterio no podrá tener lugar sino a petición del marido, el cual no podrá hacerlo en los casos siguientes.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si ha consentido en el trato ilícito de su mujer con el adúltero; y, 2. Si voluntaria y arbitrariamente ha separado de su lado a su mujer o la ha abandonado. <p>CAPITULO V DEL ATENTADO CONTRA EL PUDOR Y DE LA VIOLACION</p> <p>Art. 357 Todo atentado contra el pudor, cometido sin</p>	<p>Art. 504: No podrá el marido proponer acción de adulterio contra su mujer, si ha consentido en el trato ilícito de ésta con el adúltero, o si, voluntaria y arbitrariamente, ha separado de su lado a su mujer, o la ha abandonado.</p> <p>CAPITULO II DEL ATENTADO CONTRA EL PUDOR, DE LA VIOLACION Y DEL ESTUPRO</p> <p>Art. 505: Se da el nombre de atentado contra el pudor a todo acto</p>				<p>CAPITULO II DEL ATENTADO CONTRA EL PUDOR, DE LA VIOLACION Y DEL ESTUPRO.</p> <p>Art. 504.1: Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, quien someta</p>
--	---	--	--	--	---

<p>violencias ni amenazas, en una persona de otro sexo, menor de catorce años, será castigado con prisión de uno a cinco años. La pena será de tres a seis años de reclusión menor, si el ofendido fuere menor de once años.</p> <p>Art. 358. El atentado contra el pudor cometido con violencias o amenazas, en persona de otro sexo, será castigado con reclusión menor de tres a seis años. Si el atentado ha sido cometido en una persona menor de catorce años, el culpado será condenado a reclusión mayor de cuatro a ocho años; y si fuere en una persona menor</p>	<p>impúdico que pueda ofender sin llegar a la cópula carnal, y se ejecute en la persona del otro, sea cual fuere su sexo.</p> <p>Art. 506: Todo atentado contra el pudor cometido sin violencias ni amenazas en otra persona menor de catorce, será reprimido con prisión de uno a cinco años. La pena será de tres a seis años de reclusión menor si el ofendido fuere menor de doce años.</p> <p>Art. 507: El atentado contra el pudor, cometido con violencias o amenazas en otra persona, será reprimido con reclusión</p>				<p>a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal.</p> <p>Art. 505, 506, 507 DEROGADOS.</p>
--	---	--	--	--	---

<p>de once años, con reclusión mayor de ocho a doce años.</p> <p>Art. 359 El atentado existe desde que hay principio de ejecución.</p> <p>Art. 361. Será castigado con la pena de tres meses a tres años de prisión, el que por seducción o halago violare a una mujer mayor de</p>	<p>menor de tres a seis años. Se asimila al atentado con violencia el cometido en una persona que, por cualquier causa, permanente o transitoria, se hallare privada de la razón.</p> <p>Si el atentado ha sido cometido en una persona menor de catorce años, el culpado será condenado a reclusión mayor de cuatro a ocho años; y si fuere una persona menor de doce años, con reclusión mayor de ocho a doce.</p> <p>Art. 508: El atentado existe desde que hay principio de ejecución.</p> <p>Art. 509: Llamase estupro a la cópula con una mujer honesta, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.</p>				<p>Art. 509: Llamase estupro a la cópula con una persona, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.</p>
---	--	--	--	--	--

<p>catorce años y menor de veintiuno. Si la menor violada por halagos o seducción fuere menor de catorce años, la pena será de de dos a cinco años de prisión; y si fuere menor de once años, el atentado se castigará con reclusión menor de tres a seis años.</p>	<p>Art. 510: El estupro se reprimirá con prisión de tres meses a tres años si la mujer fuera mayor de catorce y menor de dieciocho.</p> <p>Art. 511: Si la mujer fuere menor de catorce y mayor de doce, el estupro se reprimirá con prisión de dos a cinco años.</p>			<p>Art. 511. 1 El que solicitare favores de naturaleza sexual para si o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el</p>	<p>Art. 510: El estupro se reprimirá con prisión de tres meses a tres años si la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho.</p> <p>Art. 511 DEROGADO</p> <p>Art. 511.1 Quien solicitare favores de naturaleza sexual, para si o para un tercero, prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar, con el anuncio expreso o tácito de cuasar a la víctima, o a su familia, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena será reprimido quien, de conformidad con lo previsto en el inciso anterior, actúe</p>
---	--	--	--	---	---

<p>Art. 360 Será castigado con reclusión mayor de cuatro a ocho años, el que hubiere cometido el crimen de</p>	<p>Art. 512: Es violación el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos: 1. Cuando la víctima fuere menor de doce años;</p>	<p>Decreto supremo 2636 del 4 de julio de 1978; derogado el 1 de oct de 1979, restableciéndose los textos</p>		<p>ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con pena de prisión de seis meses a dos años.</p> <p>Art. 512: Violación es el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal, o</p>	<p>prevaliéndose del hecho de tener a su cargo trámites o resoluciones de cualquier índole. El que solicitare favores o realizare insinuaciones maliciosas de naturaleza sexual que atenten contra la integridad sexual de otra persona, y que no se hallare previsto en los incisos anteriores, será reprimido con pena de prisión de tres meses a un año. Las sanciones previstas en este artículo, incluyen necesariamente la prohibición permanente de realizar actividades que impliquen contacto con la víctima. Si el acoso sexual se cometiere en contra de personas menores de edad, será sancionado con prisión de dos a cuatro años. .</p> <p>Art. 512: Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; ó, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u</p>
--	--	--	--	---	---

<p>violación, sea por medio de violencias o amenazas graves, sea por ardid, sea abusando de una persona de otro sexo que, por efecto de una enfermedad, por la alteración de sus facultades, o por cualquiera otra causa accidental, hubiere perdido el uso de los sentidos, o sido privada de él por algún artificio. Si el crimen ha sido cometido en una persona menor de catorce años, el culpado será castigado con ocho a doce años de reclusión mayor; y si fuere en una persona menor de once años, con reclusión mayor extraordinaria.</p>	<p>2.cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir; y, 3.cuando se usare de fuerza o intimidación.</p>	<p>anteriores</p>		<p>bucal, con personas de uno u otro sexo, en los siguientes casos: 1.Cuando la víctima fuere menor de catorce años; 2.cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir; y, 3.cuando se usare de violencia, amenaza o intimidación.</p>	<p>órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: 1. Cuando la víctima fuere menor de catorce años; 2.cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir; y, 3.cuando se usare de violencia, amenaza o intimidación.</p>
--	--	--------------------------	--	---	---

	<p>Art. 513 El delito de violación será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años, en el caso primero del artículo anterior; y con reclusión mayor de cuatro a ocho años, en los casos</p>	<p>Art. 513. El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis años un día a veinte y cinco años, en el caso</p>		<p>Art. 512.1 Se aplicarán las mismas penas que el artículo anterior, en caso de agresión sexual consistente en la introducción de objetos distintos al miembro viril por vía vaginal o anal, realizado en las mismas circunstancias del artículo 512.</p> <p>Art. 512.1 Se aplicarán las mismas penas que en el artículo siguiente...(reforma de 2001)</p> <p>Art. 513 El delito de violación será reprimido con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en el número 1 del artículo anterior;</p>	<p>Art. 512.1 DEROGADO.</p> <p>Art. 513 El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, en el número 1 del artículo anterior; y con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en los</p>
--	---	---	--	---	---

<p>Art. 363 Si la violación ha causado la muerte de la persona en quien ha sido cometida, el</p>	<p>segundo y tercero</p> <p>Art. 514: Si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada, se aplicará el máximo de</p>	<p>primero del artículo anterior, y con reclusión mayor extraordinaria de doce años un día a dieciséis años en los casos segundo y tercero del mismo artículo.</p> <p>Si para la perpetración participaren dos o más personas, confabuladas o no, aun cuando alguna de ellas no tuviere acceso carnal con la víctima, serán sancionados con las mismas penas señaladas en el inciso anterior para cada caso.</p> <p>Art. 514 Si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona</p>		<p>y con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, en los números dos y tres del mismo artículo. (reforma del 2001)</p> <p>Art. 514 Si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona</p>	<p>números dos y tres del mismo artículo.</p> <p>Art. 514: Si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada, se aplicará la pena para los números 2 y 3 del artículo anterior; y si le</p>
---	--	--	--	---	---

<p>culpado será castigado con reclusión mayor extraordinaria.</p>	<p>las penas indicadas en el artículo anterior; y si le produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce años a dieciséis años.</p>	<p>violada, se aplicará el máximo de las penas indicadas en el artículo anterior; y si le produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis años un día a veinte y cinco años.</p>		<p>violada, se aplicará el máximo de las penas indicadas en el artículo anterior; y si le produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis veinticinco años. Igual pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, se impondrá a los responsables de violación si las víctimas son sus descendientes, ascendientes, hermanos o afines e línea recta; debiendo en su caso, ser condenados, además con la pérdida de la patria potestad. (reforma del 2001)</p>	<p>produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis veinticinco años. Igual pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, se impondrá a los responsables de violación si las víctimas son sus descendientes, ascendientes, hermanos o afines e línea recta; debiendo en su caso, ser condenados, además con la pérdida de la patria potestad.</p>
---	---	---	--	---	--

<p>Art. 362. El mínimo de las penas señaladas por los artículos precedentes, será aumentado con dos años:</p> <p>Si los culpados con los ascendientes de la persona en quien ha sido cometido el atentado;</p> <p>Si son de los que tienen autoridad sobre ella;</p> <p>Si son sus institutores, o sus sirvientes, o sirvientes de las personas arriba designadas;</p> <p>Si el atentado ha sido cometido, sea por funcionarios públicos o ministros del culto que han abusado de su posición para cometerlo; sea por médicos, cirujanos, comadrones o practicantes, en</p>	<p>Art. 515: El mínimo de las penas señaladas por los artículos precedentes será aumentado con dos años:</p> <p>Si los culpados son los ascendientes de la persona en quien ha sido cometido el atentado, o sus descendientes, hermanos o afines en línea recta, debiendo en su caso, ser condenados, además, con la pérdida de la patria potestad. Si son de los que tienen autoridad sobre ella.</p> <p>Si son institutores, o sus sirvientes, o sirvientes de las personas arriba designadas;</p> <p>Si el atentado ha sido cometido sea por funcionarios públicos, o ministros del culto, que han abusado de su posición para cometerlo; sea por médicos, cirujanos, comadrones o practicantes, en personas</p>			<p>Art. 515: El mínimo de las penas señaladas por los artículos precedentes será aumentado con cuatro años:</p> <p>(reforma de 1998)</p> <p>Si los responsables son de los tienen autoridad sobre la víctima. (Elimínese el inciso 2do y reforma del inciso tercero. Reforma de 2001)</p> <p>Si son institutores, o sus sirvientes, o sirvientes de las personas arriba designadas;</p> <p>Si el atentado ha sido cometido sea por funcionarios públicos, o ministros del culto, que han abusado de su posición para cometerlo; sea por profesionales de la</p>	
--	--	--	--	---	--

<p>personas confiadas a su cuidado; y Si en los casos de los artículos 358 y 360, el culpado, quien quiera que sea, ha sido auxiliado en la ejecución del crimen o delito por una o muchas personas.</p>	<p>confiadas a su cuidado; y Si en los casos de los artículos 507 y 512 el culpado, quienquiera que sea, ha sido auxiliado en la ejecución del delito por una o muchas personas.</p>			<p>salud y personal responsable de la atención y cuidado del paciente, (reforma de 1998) comadrones o practicantes, en personas confiadas a su cuidado; y Si en los casos de los artículos 507 y 512 el culpado, quienquiera que sea, ha sido auxiliado en la ejecución del delito por una o muchas personas. Nota: El art. 507 fue derogado en la reforma del 2005.</p>	
<p>Art. 364 En los casos de sodomía, los culpados serán condenados a reclusión mayor, de cuatro a ocho años, si no intervienen violencias o amenazas; y en caso</p>	<p>Art. 516 En el caso de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años. Cuando el homosexualismo se</p>			<p>DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD, TGC 27 NOV 1997. Primer inciso del Art. 516. Se mantienen los demás</p>	

<p>contrario, la pena de reclusión será de ocho a doce.</p> <p>Si la víctima fuere menor de catorce años, el crimen se castigará con reclusión mayor extraordinaria. Igual pena que los culpados, tendrán los que hubieren prestado consentimiento a favorecido el crimen o atentado de esta especie.</p> <p>Si el atentado ha sido cometido por los padres, el culpado será privado, además, de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona del hijo. Si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio o institutores, en las</p>	<p>cometiere por el padre u otro ascendiente en la persona del hijo u otro descendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y privación de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo.</p> <p>Si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio o instituciones, en las personas confiadas a su dirección y cuidado, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años.</p>			<p>incisos.</p> <p>Art. 516 Cuando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente en la persona del hijo u otro descendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y privación de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo.</p> <p>Si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio o instituciones, en las personas confiadas a su dirección y cuidado, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años.</p>	
---	---	--	--	--	--

<p>personas confiadas a su dirección y cuidado, la pena será de reclusión mayor extraordinaria.</p> <p>Art. 365 La bestialidad se castigará con reclusión mayor de cuatro a ocho años.</p> <p>Art. 366 Las personas que vivieren públicamente en concubinato actual, o noventa días de iniciarse la causa, serán castigadas con prisión de seis meses a dos años.</p> <p>Art. 367 Si el amancebado fuere hombre casado, será castigado con prisión de uno a cinco años. Si fuere mujer casada, será castigada con la</p>	<p>Art. 517: La bestialidad se reprimirá con reclusión mayor de cuatro a ocho años.</p> <p>Art. 518 Las personas que vivieron públicamente en concubinato actual, o noventa días antes de iniciarse la causa, serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años</p> <p>Art. 519 Si el concubinato público y escandaloso fuere entre parientes, dentro del cuarto grado civil de consaguinidad o segundo de afinidad, el mínimo de las penas</p>	<p>Art. 518-519-520 SUPRIMIDOS. Decreto Supremo 2636 4 julio de 1978. Reforma se mantiene.</p>			
---	--	---	--	--	--

<p>misma pena, sin perjuicio de la que hubiere de aplicársele, si el marido la acusare como adúltera.</p> <p>Art. 368 El mínimun de las penas señaladas en los dos artículos precedentes, se aumentará con dos años, si el amancebamiento, público y escandaloso, fuere entre parientes, dentro del cuarto grado civil de consaguinidad o segundo de afinidad.</p> <p>Art. 369 Los culpados de concubinato o amancebamiento no tendrán pena alguna, si se casaren o falleciere alguno de ellos antes de la sentencia.</p>	<p>señaladas en el artículo precedente aumentará en un año.</p> <p>Art. 520 Los culpados de concubinato no tendrán pena alguna si se casaren, o falleciere alguno de ellos antes de la sentencia.</p>				
---	--	--	--	--	--

<p style="text-align: center;">CAPITULO VI DE LA PROSTITUCIÓN O CORRUPCIÓN DE LA JUVENTUD Y DE LOS RUFIANES</p> <p>Art. 370 El que hubiere atentado contra las costumbres, excitando, facilitando, o favoreciendo habitualmente el libertinaje o corrupción de los menores, de uno u otro sexo, será castigado con prisión de dos a cinco años, si los menores tuvieren más de catorce años; y con tres a seis años de reclusión menor, si los menores no han cumplido dicha edad.</p> <p>Art. 371 El hecho expresado en el</p>	<p style="text-align: center;">CAPITULO III DE LA CORRUPCIÓN DE MENORES, DE LOS RUFIANES Y DE LOS ULTRAJES PÚBLICOS A LAS BUENAS COSTUMBRES</p> <p>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.</p> <p>Art. 522 El acto expresado en el artículo</p>			<p style="text-align: center;">CAPÍTULO III DE LOS DELITOS DE PROXENETISMO Y CORRUPCIÓN DE MENORES.</p> <p>Art. 521-528 DEROGADOS</p>	
--	--	--	--	---	--

<p>artículo precedente, será castigado con cuatro a ocho años de reclusión mayor, si el niño fuere menor de once años.</p> <p>Art. 372 El mínimo de las penas señaladas en los artículos precedentes será aumentado con dos años: Si los culpados son los ascendientes de la persona prostituida o corrompida; Si son los que tienen autoridad sobre ella; Si son sus institutores, sus sirvientes o sirvientes de las personas arriba mencionadas; y, Si son funcionarios públicos o ministros del culto.</p>	<p>precedente será reprimido con cuatro a ocho años de reclusión menor, si el menor no llegare a doce años de edad.</p> <p>Art. 523 El mínimo de las penas señaladas en los artículos precedentes será aumentado con dos años: Si los culpados son los ascendientes, hermanos o marido de la persona prostituida o corrompida, o si es el hombre que vive maritalmente con la mujer a la que prostituye. Si se tratare de los padres de la víctima, quedarán además, privados de la patria potestad; Si son los que tienen autoridad sobre ella; Si son sus institutores, sus sirvientes o sirvientes de las personas arriba mencionadas; y, Si son funcionarios</p>				
---	---	--	--	--	--

<p>Art. 373 En los casos previstos en este capítulo, los culpados serán condenados, además, a una multa de ciento a cuatrocientos sucres.</p> <p>Art. 374 El que recibiere mujeres en su casa para que allí abusen de su cuerpo, será castigado con prisión de tres a cinco años, si no fuere director de una casa de tolerancia establecida conforme a los reglamentos que la Policía expidiere para esta clase de casas.</p> <p>Art. 375 Los que se ocuparen habitualmente en la rufianería, salvo el</p>	<p>públicos o ministros del culto.</p> <p>Art. 524 En los casos previstos en este capítulo, los culpados serán condenados además, a una multa de ciento a quinientos sucres.</p> <p>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.</p> <p>Art. 526 Los que se ocuparen habitualmente en la rufianería, salvo el caso de la excepción</p>				
--	---	--	--	--	--

<p>caso de la excepción anterior, serán castigados con dos a cinco años de prisión y puestos bajo la vigilancia especial de la autoridad, por años a los menos y cinco a lo más.</p> <p>Se entenderá habitual esta ocupación, siempre que resulte probado por dos o más actos cometidos en distintas ocasiones y personas.</p> <p>Si el atentado ha sido cometido por el padre o la madre en las personas que se prostituyen, el culpado será, además, privado de los derechos y prerrogativas otorgados por el Código Civil sobre la persona y bienes del hijo.</p>	<p>anterior, serán reprimidos con dos a cinco años de prisión y puestos bajo la vigilancia especial de la autoridad, por años a los menos y cinco a lo más.</p> <p>Se entenderá habitual esta ocupación, siempre que resulte probado por dos o más actos cometidos en distintas ocasiones y personas.</p> <p>Si el atentado ha sido cometido por el padre o la madre en las personas que se prostituyen, el culpado será, además, privado de los derechos y prerrogativas otorgados por el Código Civil sobre la persona y bienes del hijo.</p>				
--	---	--	--	--	--

<p>Art. 376 El que hubiere expuesto, vendido o distribuido canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, figuras o estampas contrarias a las buenas costumbres, será condenado a prisión de uno a seis meses y multa de cuarenta a cuatrocientos sucres.</p>	<p>Art. 527 El que hubiere expuesto, vendido o distribuido canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, figuras o estampas contrarias a las buenas costumbres, será reprimido con prisión de uno a seis meses y multa de cuarenta a cuatrocientos sucres.</p>				
<p>Art. 377 En el caso previsto por el artículo precedente, el autor del escrito, de la figura o de la estampa, y el que los hubiere impreso o reproducido, por un procedimiento cualquiera, será castigado con prisión de tres meses a un año, multa de cuarenta a ochocientos sucres y comiso de la obra</p>	<p>Art. 528 En el caso previsto por el artículo precedente, el autor del escrito, de la figura o de la estampa, y el que los hubiere impreso o reproducido, por un procedimiento cualquiera, serán reprimidos con prisión de tres meses a un año, multa de cuarenta a ochocientos sucres y comiso de la obra deshonesta. No se entiende por</p>				

<p>deshonesta. No se entiende por estampas o figuras deshonestas y ofensivas a la moral pública las que representan las figuras al natural, si no expresan actos lúbricos o deshonestos, y con tal que no se expongan públicamente. Tampoco hay infracción en la impresión y venta de figuras y estampas destinadas al estudio de las ciencias, y en los escritos de igual naturaleza, aunque expresen ideas contrarias a la honestidad. No se comprende en estos escritos los de moral casuística, los examinatorios de conciencia y otros</p>	<p>estampas o figuras deshonestas y ofensivas a la moral pública las que representan las figuras al natural, si no expresan actos lúbricos o deshonestos, y con tal que no se expongan públicamente. Tampoco hay infracción en la impresión y venta de figuras y estampas destinadas al estudio de las ciencias, y en los escritos de igual naturaleza, aunque expresen ideas contrarias a la honestidad. No se comprende en estos escritos los de moral casuística, los examinatorios de conciencia y otros libros análogos, que no pueden traer utilidad científica.</p>				
---	--	--	--	--	--

<p>libros análogos, que no pueden traer utilidad científica</p>				<p>Art. 528. 1 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.</p> <p>Art. 528.2 La pena será de seis a nueve años de reclusión menor extraordinaria, sin que opere la eximente del artículo</p>	
---	--	--	--	--	--

				<p>anterior, cuando:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.la víctima fuese menor de catorce años; 2.Se empleare violencia, engaño, abuso de autoridad o cualquier otro medio coercitivo; 3.la víctima se encontrare por cualquier causa privada de la capacidad de prestar su consentimiento; 4.el autor es pariente dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor o curador o tiene bajo su cuidado por cualquier motivo a la persona prostituida; 5.La victima se encuentre en 	
--	--	--	--	---	--

				<p>situación de abandono o de extrema necesidad económica; y, 6.el autor ha hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida.</p> <p>Art. 528.3 Se impondrá pena de dos a cuatro años de prisión al que explotare la ganancia obtenida por una persona que ejerciere la prostitución. Si la víctima fuese menor de catorce años, o descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su conviviente estuviese bajo su cuidado, la pena será de tres a seis años de reclusión menor ordinaria.</p>	
--	--	--	--	--	--

				<p>Art. 528.4 Se reputará como proxenetismo la conducta del que mediante seducción o engaño sustrajere a una persona para entregarle a otro con el objeto de que tenga relaciones sexuales.</p> <p>Art. 528.5 Será sancionado con pena de dos a cuatro años el que promoviera o facilitare la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio de la República de personas para que ejerzan la prostitución. Si mediare alguna de las circunstancias agravantes previstas en los artículos anteriores la pena</p>	
--	--	--	--	--	--

				<p>será de tres a seis años de reclusión menor ordinaria.</p> <p>Art. 528. 6 Será sancionado con pena de uno a tres años de prisión:</p> <p>1.La exposición, venta o entrega a menores de catorce años de objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas obscenas, que puedan afectar gravemente el pudor o excitar o pervertir su instinto sexual; y,</p> <p>2.el que incitare a un menor de catorce años a la ebriedad o a la práctica de actos obscenos o le facilitare la entrada en los prostíbulos u otros centros de corrupción como cines o teatros que</p>	
--	--	--	--	--	--

				brinden espectáculos obscenos.	<p style="text-align: center;">CAPITULO... DE LOS DELITOS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL</p> <p>Art. (528.7) Quien produjere, publicare o comercializare imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato, u organizare espectáculos en vivo, con escenas pornográficas en que participen los mayores de catorce y menores de dieciocho años, será reprimido con a pena de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, la inhabilidad para el empleo, profesión u oficio. Con la misma pena incurrirá quien distribuyere imágenes pornográficas, cuyas características externas hicieren manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de mayores de doce y</p>
--	--	--	--	--------------------------------	---

					<p>menores de dieciocho años al momento de la creación de la imagen</p> <p>Con la misma pena será reprimido quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico en cuyas imágenes participen menores de edad.</p> <p>Cuando en estas infracciones, la víctima sea un menor de doce años o discapacitado, o persona que adolece enfermedad grave incurable, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, al pago de la indemnización, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, ala inhabilidad del empleo, profesión u oficio; y, en caso de reincidencia, la pena será de veinticinco años de reclusión mayor especial.</p> <p>Cuando el infractor de estos delitos sea el padre, la madre, los parientes hasta el cuarto grado de consaguinidad y segundo de afinidad, los tutores, los representantes legales, los</p>
--	--	--	--	--	--

					<p>curadores o cualquier persona del contorno íntimo de la familia, los ministros del culto, los maestros y profesores y, cualquier otra persona que por su profesión u oficio hayan abusado de la víctima, serán sancionados con la pena de dieciséis a veinticinco años de reclusión mayor extraordinaria, al pago de la indemnización, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, a la inhabilitación del empleo, profesión u oficio. Si la víctima fuere menor de doce años, se aplicará el máximo de la pena.</p> <p>Art. (528.8) Quien con violencia, amenaza, intimidación o engaño utilizare a personas mayores de edad, en espectáculos que impliquen la exhibición total o parcial de su cuerpo con fines sexuales, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años.</p> <p>Art. (528.9) Quien organice,</p>
--	--	--	--	--	--

					<p>ofrezca o promueva actividades turísticas que impliquen servicios de naturaleza sexual, será sancionado con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años y multa de diez mil a quince mil dólares de los Estados Unidos de América y la extinción de la persona jurídica o el cierre de la empresa, si pertenece a alguna persona natural.</p> <p>La pena será de reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años, si al víctima fuere una persona menor de dieciocho años de edad y multa de quince mil a veinte mil dólares de Estados Unidos de América.</p> <p>Se aplicará la pena de reclusión mayor extraordinaria de nueve a doce años, en los siguientes casos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando la víctima sea menor de doce 2. Cuando el ofensor se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o ésta se encontrare incapacitada para resistir, o se utilice violencia, amenaza o intimidación; 3. Cuando el ofensor sea cónyuge,
--	--	--	--	--	---

					<p>conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima; y,</p> <p>4.Si tiene el infractor algún tipo de relación de confianza o autoridad, o si es representante legal, padrastro o madrastra de la víctima o ministro de culto.</p> <p>Art. (528.10) El que, por cualquier medio, adquiriera o contrate actividades turísticas, conociendo que implican servicios de naturaleza sexual con personas menores de dieciocho años de edad, será sancionado con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años.</p> <p>Art. (528.11) El que promueva, induzca, participe, facilite o favorezca la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta con fines de explotación sexual, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años. Si la víctima</p>
--	--	--	--	--	---

					<p>fuere una persona menor de dieciocho años de edad, se aplicará el máximo de la pena.</p> <p>Se aplicará la pena de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, cuando concurren una o más de las siguientes circunstancias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.Si la víctima fuere una persona menor de doce años 2.si hay abuso de autoridad, o de una situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima; 3.Si el ofensor es cónyuge, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima; 4.si el infractor tiene algún tipo de relación de confianza, autoridad, si es representante legal, padrastro o madrastra de la víctima o ministro de culto; y, 5.Si la víctima, como consecuencia del delito, sufre una lesión física o daño psicológico permanente o contrae una enfermedad grave o mortal <p>Art. (528.12) En el caso de que</p>
--	--	--	--	--	--

					<p>por la comisión de cualquiera de los delitos de este Capítulo, se produjera la muerte de la víctima, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.</p> <p>Art. (528.13) El que induzca, promueva, favorezca, facilite la explotación sexual de menores de dieciocho años de edad, en de las que tienen discapacidad, a cambio de remuneración o cualquier otra retribución, o se apropie de todo o parte de estos valores, será sancionado con pena de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años y el comiso de los bienes adquiridos con los frutos del delito y al pago de la indemnización de daños y perjuicios.</p> <p>Si la víctima es menor de catorce años, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años. En caso de reincidencia, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.</p>
--	--	--	--	--	--

					<p>CAPITULO.... DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS SEXUALES Y DE TRATA DE PERSONAS</p> <p>Art. (528.14) En el caso de concurrencia de delitos sexuales y /o trta de personas, las penas se acumularán hasta un máximo de treinta y cinco años.</p> <p>Art. (528.15) En los delitos contemplados en el título VIII, del Libro II del código Penal, la acción penal prescribirá en el doble del tiempo de la pena máxima prevista para cada infracción, sin que el plazo pueda exceder de cincuenta años. La pena prescribirá en un tiempo igual al doble de la condena, pero el plazo de prescripción nunca será mayor de treinta y cinco años ni menor de cinco años.</p> <p>Art. (528.16) El comportamiento público o privado de la víctima, anterior a la comisión del delito sexual o de trata de personas, no</p>
--	--	--	--	--	--

					<p>será considerado dentro del proceso.</p> <p>Art. (528.17) En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad, será irrelevante. En los delitos de trata de personas, el consentimiento será irrelevante.</p> <p>Art. (528.18) Si el autor o responsables de la comisión de delitos sexuales o de trata de personas, al momento de cometerse la infracción, ejerce respecto de la víctima su patria potestad o representación legal será sancionado, además de la pena correspondiente, con la pérdida indefinida de éstas.</p> <p>Art. (528.19) Cuando los medios de comunicación hicieren apología de delitos sexuales y de trata de personas, los respectivos representantes legales serán sancionados con multas de hasta veinte mil dólares de los Estados Unidos de América, sin perjuicio</p>
--	--	--	--	--	---

					<p>de l comiso de los productos o medios empleados para su comisión.</p> <p>En caso de reincidencia, se procederá a la clausura y reversión de las frecuencias o autorizaciones para su funcionamiento.</p> <p>Art. (528.20) Lo relacionado con libertad condicional, reducción de penas, modificación de la pena, suspensión del cumplimiento de la pena, condena condicional y libertad condicional, previstas en el Libro I, Título IV, Capítulo II del Código Penal, no se considerarán ni aplicarán para el caso de los delitos contemplados en el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando hubieren sido cometidos en contra de personas menores de dieciocho años de edad.</p> <p>Art. (528.21) El que alterare la identidad de un niño; lo sustituyere por otro; suponga un embarazo o parto; entregue o consigne datos falsos o supuestos sobre un nacimiento; usurpare la legítima</p>
--	--	--	--	--	---

<p>CAPITULO IV DEL RAPTO</p> <p>Art. 353 Será castigado con prisión de uno a cinco años y multa de cuarenta a cien sucres el que, por medio de violencias, artificios o amenazas, hubiere arrebatado o hecho arrebatado a un menor de más de siete años de edad.</p> <p>Art. 354 Si la persona arrebatada es una niña menor de diez y seis años, la pena será de tres a seis años de reclusión menor.</p> <p>Art. 355 El que</p>	<p>CAPITULO IV DEL RAPTO</p> <p>Art. 529 Será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de cuarenta a cien sucres el que, con fines deshonestos, por medio de violencias, artificios o amenazas, hubiere arrebatado o hecho arrebatado a un menor de mas de siete años de edad.</p> <p>Art. 530 Si la persona arrebatada es una niña menor de dieciséis años, la pena será de tres a seis años de reclusión menor.</p> <p>Art. 531 El que hubiere arrebatado o hecho</p>				<p>paternidad o maternidad de un niño; o, declare falsamente el fallecimiento de un recién nacido, será sancionado con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años y multa de quince mil a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América.</p>
--	---	--	--	--	---

<p>hubiere arrebatado o hecho arrebatado a una joven mayor de diez y seis años, no emancipada, que hubiere consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor, será castigado con uno a cinco años de prisión.</p> <p>Art. 356 El raptor que se casare con la menor que hubiere arrebatado o hecho arrebatado, y los que hubieren tomado parte en el rapto, no podrán ser perseguidos sino después de haber sido definitivamente declarada la nulidad del matrimonio.</p>	<p>arrebatado a una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiere consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor, será reprimido con uno a cinco años de prisión.</p> <p>Art. 532 El raptor que se casare con la menor que hubiere arrebatado o hecho arrebatado, y los que hubieren tomado parte en el rapto, no podrán ser perseguidos sino después de haber sido definitivamente declarada la nulidad del matrimonio.</p>				
--	---	--	--	--	--

2.3 Análisis de algunos de los cambios más importantes:

2.3.1 La Despenalización del Adulterio:

El adulterio de la mujer fue penado hasta 1983, aunque para entonces la pena, que en el Código de 1906 era de prisión de tres a cinco años había disminuido a prisión de seis meses a dos años para la mujer adúltera y su correo haciéndose igualmente extensiva para el marido que tuviera “manceba” dentro o fuera de la casa conyugal y la manceba del marido. Aunque la figura del amancebamiento que en el código liberal no contemplaba es bastante distinta de lo entendido por adulterio, el código de 1938 incorporó por primera vez una sanción para el hombre, si bien por un hecho absolutamente diferente por el que se condenaba a la mujer, al respecto cabe citar textualmente al Doctor Reinaldo Chico Peñaherrera, quien en su obra “Algunas Reflexiones sobre los Delitos Sexuales en el Código Penal Ecuatoriano” explica con claridad:

“No hallamos razón ni justicia en la notoria diferencia que la ley establece entre el adulterio de la mujer y el adulterio del marido. La mujer, consume el adulterio con cada acto sexual extra-conyugal que realiza, es decir que son tantos delitos del adulterio cuantos son los actos sexuales extra-conyugales; pues el adulterio de la mujer constituye un delito instantáneo, que se perpetra y consume con cada uno de dichos actos. En cambio, para el marido el adulterio viene a ser uno de los excepcionales delitos permanentes. El marido comete adulterio no en relación a los actos sexuales que realice, sino en relación a su situación de amancebamiento, que es en lo que, con respecto a él, consiste el delito, y, por tanto su perpetración puede durar mucho tiempo, muchos años incluso. Para él, el delito de adulterio, uno solo, comienza con el amancebamiento y termina con el amancebamiento”¹

Y después de continuar con el análisis sobre esta “odiosa” diferenciación, sentencia: “o se elimina de una vez el adulterio del catálogo de los delitos, o se lo persigue en forma igual tanto en el hombre como en la mujer”

¹ CHICO, Reinaldo. “Algunas Reflexiones sobre los Delitos Sexuales en el Código Penal Ecuatoriano” Estudios de Derecho Penal. Tomo 1. pag. 44 El texto, según consta en la misma publicación, fue escrito por el Doctor Chico en 1965.

Los impedimentos del Art. 380 del código de 1906 para perseguir el adulterio, perduró intacto en el Art. 504 hasta el año de la derogación.

La penalización del adulterio se relaciona con los artículos 22 actualmente reformado y el 27 declarado inconstitucional, pese a su barbaridad, recién en 1989, seis años después de haberse despenalizado el adulterio. (Artículos 24 y 30 del código de 1906).

En el primero excusaba la infracción cometida por el cónyuge al encontrar al otro en flagrante adulterio o cuando una mujer actuaba en defensa de su pudor gravemente amenazado. La reforma del 2005, acorde a la despenalización del adulterio, lo dejó únicamente para cuando la persona actuara en el momento de ser víctima de abuso sexual o violación.

El segundo, es quizá uno de los artículos que mejor refleja la concepción desigual que se hizo del derecho a la libertad sexual entre hombres o mujeres. El código de 1906 decía:

Art. 30 “Así mismo es excusable la infracción que cometa uno al sorprender en acto carnal a su hija, nieta, o hermana; ora mate, hiera o golpee a la delincuente ora al hombre que yace con ella.”

Antes de la declaración de inconstitucionalidad en 1989, el artículo ya se había reformado para al menos evitar que la mujer pudiera ser matada por su padre al ser encontrada yaciendo con su propio marido y recibir el calificativo de delincuente por este hecho. El entonces Art. 27 decía: “Así mismo es excusable la infracción que comete una **persona** al sorprender en acto carnal **ilegítimo** a su hija, nieta, hermana, ora mate, hiera o golpee a la **culpable**, ora al hombre que yace con ella.”

Pero el asunto de fondo se mantenía: hubiera resultado hasta risible pensar que la abuela o la madre tengan el derecho sobre la vida sexual de su nieto o hijo a tal punto de poder matarlo por encontrarlo con su novia. Afortunadamente el artículo fue declarado inconstitucional el 14 de junio de 1989 (publicado en el RO 224 del 3 de julio del mismo año) y derogado definitivamente del código en julio de 1998.

Este cambio es producto del trabajo en las I Jornadas de Estudio sobre Reformas al Código Penal, convocadas por la Comisión de Asuntos de la Mujer, el Niño y la Familia del Congreso Nacional al que se dieron cita cerca de doscientas representantes de diversas organizaciones de mujeres del país, que tuvo como propósito cambiar 23 artículos del Código Penal para borrar los rasgos patriarcales.

En estas mismas jornadas se trataron temas como el aborto, la homosexualidad y el incremento de penas para la violación pero éstos fueron temas que como hemos visto quedaron pendientes y no fue posible resolverlos en ese momento.¹ A la homosexualidad le llegó su turno de abandonar el código en 1997 y el aborto sigue siendo uno de los temas más álgidos de discusión.

Para analizar algunas de las motivaciones que llevaron a la acertada despenalización del adulterio, seguiremos con las apreciaciones del Doctor Chico, quien se anticipó con dieciocho años a la reforma:

El Doctor Chico argumenta su posición a favor de la despenalización del adulterio desde dos aspectos: a) en relación al bien jurídico protegido por este delito y su materialidad; y b) en razón de la dificultad de la prueba para efectivamente llegar a sancionar el delito.

a) Sobre el bien jurídico protegido en el delito del adulterio:

El adulterio de la mujer ha sido penado con dureza a lo largo de la historia, ya lo comprobamos al observar como en el Derecho Romano se le llegó a imponer la pena capital. Pero ¿cuál es el bien jurídico protegido que se ofende con el adulterio? Para el Doctor Chico no puede ser otro que la “fe conyugal” pues, aunque no se lo diga expresamente en el contrato de matrimonio, los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad mutua, concepto que se apoya en el hecho que el adulterio constituye una causa para el divorcio. Con esta reflexión parecería suficiente para concluir que si el adulterio ofende uno de los principios del contrato de matrimonio, éste debe acarrear, como en efecto lo hace, las correspondientes consecuencias civiles, mas no penales.

Definido el bien jurídico protegido sigue la tarea de identificar con que actos éste puede ser vulnerado. ¿Sólo el ayuntamiento carnal viola la fe conyugal o todo acto de naturaleza sexual que se cometa con otra persona que no sea el cónyuge lo hace? En el gran espectro de posibilidades que esto significa, Carrara sostuvo la tesis extrema de considerar que se excluyen del adulterio todos los actos que no posean idoneidad

¹ Ayala Marín, Alexandra, “Ecuador con las leyes en las manos, pero...” Artículo publicado en la Revista Mujer/Fempres, No. 90, Abril de 1989 pag. 5-6 Recogido en la publicación: Pensamiento feminista y escritos de mujeres en el Ecuador: 1980-1990

para la procreación y Manfredine en el lado opuesto, bajo el criterio que el fin de las relaciones sexuales no es exclusivamente el de la procreación, sostuvo que debe *“incluirse en la objetividad material del adulterio cualquier contacto sexual, cualquier acto libidinoso que importe una satisfacción biológica del instinto(...) el bien tutelado por la ley, o sea la fidelidad conyugal se lesiona no solamente con el ayuntamiento (...)”*¹

El autor demuestra la dificultad para establecer la materialidad del delito, pero además, queda el dilema de la prueba.

b) Dificultad de la prueba para efectivamente llegar a sancionar el delito: En la época de la penalización del adulterio estaba vigente también el Código de Procedimiento Penal que establecía que en materia criminal era indispensable establecer el “cuerpo del delito” . ¿Cómo se puede probar el adulterio, cuando por su propia naturaleza es más bien un acto oculto, clandestino? El Doctor Chico, en el texto que seguimos hace una exposición completa en la que relata la “hipocresía del legislador” al catalogar como delito al adulterio y al mismo tiempo hacer imposible su persecución. Con todos los impedimentos para la persecución del adulterio que como no podía ser de otra manera era un delito de acción privada, el Doctor Chico encuentra como la más lógica conclusión lo que se lograría en 1983: la despenalización del adulterio, considerando además que tácitamente se encuentra derogado por la imposibilidad de perseguirlo.

Sumado a estos dos aspectos, el que ya habíamos mencionado respecto del trato desigual que hacía la ley en una evidente discriminación por sexo, el adulterio quedó restringido al Código Civil como una causal, la primera, para el divorcio, al igual que lo han hecho la mayoría de legislaciones occidentales. Lo curioso siempre será que el adulterio fue (y es en algunos países musulmanes) penado con rigurosidad para la mujer, y antes que llegar a pensar en darle el mismo trato al hombre, se llegó a la conclusión, acertada desde todo punto de vista, de despenalizarlo. Curioso dijo, porque si de verdad era “criminal” el acto que se sancionaba, tal vez lo lógico hubiera sido sancionarlo por igual para hombres y mujeres, con lo que queda claro que la vida sexual, en este caso, era medido con vara distinta.

¹ Chico Peñaherrera, Reinaldo, “Algunas Reflexiones sobre los Delitos Sexuales en el Código Penal Ecuatoriano” pag. 41.

2.3.2 La Despenalización del Concubinato:

La única reforma del Decreto Supremo 2636 del 4 de julio de 1978 que no fue derogada un año mas tarde con el regreso a la democracia, fue la acertada despenalización del concubinato realizada por la Dictadura Militar.

Al igual que con el adulterio la tarea principal es saber cual es bien jurídico tutelado por el delito de concubinato, más aun, cuando el propio código contemplada que la acción se extinguía si los convivientes llegaban a casarse o alguno de ellos falleciere antes de la sentencia.

¿Debemos entender que la ley quería impedir que las personas vivan juntas sin mediar la formalidad del matrimonio? ¿Qué derecho ajeno se vulnera con esta decisión? Otra vez las “buenas costumbres”, hacían incriminar un hecho que evidentemente estaba sujeto a conceptos “morales” bastante subjetivos. El concubinato se agravaba si era entre parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad lo que tampoco puede considerarse rezago de los impedimentos matrimoniales contemplados en el Derecho Romano porque como lo dijimos, el matrimonio “borraba” toda culpa y entonces el concubinato del que trataba nuestro código Penal era de uniones para las que no existía ningún impedimento para celebrar el matrimonio. Recordemos que el concubinato, al igual que la bestialidad y la homosexualidad se encuentran tipificados a partir del segundo Código Penal, el del gobierno de García Moreno y que el Título VIII del Código de 1906 se denominaba: “De los Crímenes y Delitos contra el orden de las Familias y contra la Moralidad Pública” lo que bien permitía incriminar dentro de este grupo a los actos que afectaban la institucionalidad de la familia.

Aparentemente entonces se buscaba sancionar las “uniones de hecho” hoy aceptadas y reguladas otorgándoles la misma calidad de un matrimonio según la ley de Uniones de Hecho (1982) incorporada al Código Civil en la codificación vigente (Art. 222-232), porque por más absurdo que pareciera, como nos hace notar el Doctor Chico, el Art. 515 del Código Penal castigaba precisamente a lo que hoy protege esta ley: a quienes vivían en **concubinato público**, es decir a las parejas que de manera “*franca y públicamente fundan un hogar, viven juntos, procrean juntos, trabajan para los*

dos, etc”¹ con lo que los argumentos de “moral y buena costumbre” eran contradictorios pues las relaciones “informales o clandestinas” no merecían ninguna pena.

La reglamentación de las uniones de hecho constituye una muestra de la necesidad que tiene la ley de adecuarse a la realidad. En nuestro país sobre todo en la poblaciones de Costa, pero cada vez más en todo el territorio y en todos los grupos sociales, existen parejas que optan por esta forma de convivencia y la ley debía acoplarse de manera que no se deje sin regular la solución de los conflictos que pueden suscitarse y de proteger, por ejemplo, a los hijos-as que nacen dentro de estas uniones.

La despenalización del concubinato fue el primer paso para un cambio total en la concepción de las uniones de hecho, hoy nos parecería ridículo pensar que el Estado obligue a la celebración de un contrato civil y que sancione penalmente a quienes deciden convivir sin hacerlo. Toda una argumentación sobre el valor de la palabra, los ritos propios y el amor podría resultar de una leve intromisión en la filosofía del “amor libre”.

Pero además, jurídicamente el Doctor Chico hace una observación adicional, el concubinato fue un delito de acción privada y como tal solo podía iniciarse el juicio con la presentación de la querrela por parte del agraviado: ¿Quién era el agraviado si ambos concubinos eran delincuentes?

1.3.3 La Despenalización de la Homosexualidad:

La declaración de inconstitucionalidad del primer inciso del Art. 516 constituye un hito en la historia de las conquistas de la Comunidad GLBTT a nivel internacional y por sobre todo para la comunidad ecuatoriana. Sobre este tema en específico nos ocuparemos en el quinto capítulo; sin embargo, bien vale, como lo hemos realizado en los dos casos anteriores, indagar aquí sobre el bien jurídico tutelado por la ley hasta 1997 al considerar un crimen el que una persona manifestara su preferencia sexual por otra del mismo sexo.

Más allá de consideraciones sociológicas el Doctor Chico nos da una visión sujeta al derecho, del absurdo de penalizar la homosexualidad, por más que como se colige de las expresiones que utiliza a él mismo le costara trabajo, por la época en que vivió y

¹ Chico Peñaherrera, Reinaldo. “Algunas Reflexiones sobre los Delitos Sexuales en el Código Penal Ecuatoriano” pag. 78

la formación que recibió, entender la homosexualidad no como desviación (cuyo concepto exige entender que existe algo “recto, normal o establecido” a lo que se contraponen) sino como simple opción sexual, diferente pero no por esto mala ni contra natura, como él mismo rescata al mencionar que es una realidad presente en la mayoría de especies animales.

Tres son los argumentos que emplea para defender la urgente despenalización de la Homosexualidad que solo se lograría treinta y dos años después y en la que seguramente las tesis de peso fueron más bien en relación a los derechos humanos y no a la formalidad de la norma penal como lo destacamos ahora para demostrar que efectivamente no es cuestión de presión social pero que indudablemente sin ella no se lograrían los cambios que ayuden a que las leyes reflejen la sociedad a la que sirven.

Por ser un tema del que nos ocuparemos también más adelante, vamos a recoger los argumentos del Doctor Chico de la manera más resumida, obviando mencionar las reflexiones que le llevan a las conclusiones que exponemos.

a) ¿Lesiona la homosexualidad un bien jurídico tutelado por la ley?

La homosexualidad libre y voluntariamente practicada entre adultos y en privado de manera que no puedan ofender la moral pública no afecta intereses ajenos ni públicos ni privados. No lesiona ni pone en peligro ningún derecho protegido por el Estado.

b) ¿Es imputable el homosexual por su conducta?

La homosexualidad, aunque aún hoy no se tenga una teoría única sobre sus orígenes, es una realidad observada en casi todas las especies animales. Es simplemente una forma de ser y por lo mismo *“no parece que haya un real fundamento para responsabilizar penalmente a los homosexuales por su conducta desviada. No se podría en rigor, hablar de imputabilidad penal, base inexcusable de la responsabilidad (...) no se puede, pues, decir con justeza, que concurra uno de los caracteres o elementos esenciales del delito, cual es la imputabilidad”*

c) ¿Proceden las sanciones penales contra el homosexual?

La pena no es un fin en sí mismo, se han superado los conceptos del “ius puniendi” y se ha pasado a un concepto utilitarista de la pena. *“En la actualidad, la pena tiene un claro sentido de terapia, de medida terapéutica social, con ella se busca reformar, reeducar, readaptar, curar en una palabra, al delincuente. Entonces al aplicar*

*sanciones penales al homosexual, debe suponerse que así se lo tornará heterosexual (...)*¹”

Citando a varios psicólogos que se pronuncian sobre las escasas posibilidades de “cura de la homosexualidad” y un informe realizado en los Estados Unidos que afirma que un 70% de los presos con condena de larga duración se vuelven homosexuales activos, concluye que para la homosexualidad no tiene ningún sentido la aplicación de sanciones penales.

En 1965 pudo haber sido un escándalo que un jurista cuencano afirmara que *“desde ningún punto de vista ni jurídico, ni ético, ni terapéutico hay fundamento razonable para continuar haciendo de la homosexualidad un delito”*²

Conclusiones:

La denominación utilizada por nuestro Código Penal para agrupar a los delitos sexuales nos parece inadecuada tanto por hacer referencia a uno de los capítulos del título y por lo mismo hacer referencia solo a una clase de delitos, cuanto por no evidenciar el verdadero bien jurídico protegido. Nos inclinamos más por lo considerado en el Código Argentina que habla de los Delitos contra la libertad e integridad sexual.

De la evolución histórica del Código se ve con claridad que las múltiples reformas lo han convertido en un cuerpo desorganizado, confuso y de difícil aplicación lo que nos hace apoyar la tesis de la necesidad urgente de un nuevo Código Penal acorde a la nueva realidad.

Entre los cambios más significativos dados en la materia están sin duda la despenalización del adulterio, concubinato y la homosexualidad, figuras penales que lejos de garantizar la libertad sexual lo que hacían era sancionar de manera discriminatoria. Los tres delitos encerraban conceptos moralistas, producto de los

¹ Chico Peñaherrera, Reinaldo. “Algunas Reflexiones sobre los Delitos Sexuales en el Código Penal Ecuatoriano” pag. 72

² Chico Peñaherrera, Reinaldo. “Algunas Reflexiones sobre los Delitos Sexuales en el Código Penal Ecuatoriano” pag. 73

orígenes cuando a los delitos sexuales se los confundía y mezclaba con los delitos que atentaban al orden de la familia. Al analizar más adelante los derechos sexuales comprobaremos que estas figuras lejos de garantizar los derechos los vulneran.

CAPITULO 3:
LA NORMATIVA VIGENTE: ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE
LA REFORMA DEL 1 DE JUNIO DE 2005.

Introducción:

En este capítulo buscamos de una manera general dar nuestra apreciación sobre la normativa vigente en torno a los Delitos Sexuales en el Código Penal, intentando hacer una valoración sobre lo bueno, lo malo y lo que falta para llegar a una verdadera protección jurídica de la integridad y libertad sexual, dejando claro que si bien el Código Penal es la norma fundamental para el tratamiento de los delitos, se deben también considerar para una apropiada reflexión las normas vigentes en otros Códigos y Leyes que fortalecen o complementan lo contenido en el Código Penal. La Ley contra la Violencia a la mujer y la Familia, el Código de la Niñez y la Adolescencia, la recientemente nacida Ley Orgánica de Salud que reemplaza al anterior Código de la Salud, entre otras, constituyen fuentes importantes de soporte que jueces y ciudadanos-as en general debemos considerar a la hora de analizar los delitos y por ende los derechos sexuales. Al ser el Código Penal el centro de nuestro trabajo, las referencias a las otras leyes serán más bien accesorias y no pretendemos agotar el tema con las líneas que siguen, sino únicamente aportar con nuestra visión en algo que consideramos de debate permanente.

3.1 La normativa vigente en torno a los Delitos Sexuales:

Para el Doctor Jaime Ochoa, Ministro Fiscal del Azuay, la reforma del 2005 confundió los tipos penales, eliminó el atentado al pudor, quitando con ello una figura que otorgaba seguridad sexual y si bien tiene aspectos positivos como la tipificación de nuevas figuras en defensa de los niños-as principalmente, en términos generales la reforma está hecha con poco criterio jurídico. La última reforma en el tema de los Delitos Sexuales, pero en conjunto los múltiples parches que tiene el Código han hecho que inclusive para un juez sea difícil conocer con precisión todas las normas vigentes que deben ser aplicadas en un mismo caso lo que le lleva a

coincidir con la recomendación del Doctor Chico-Peñaherrera de la necesidad urgente de contar con un nuevo Código Penal ordenado y actualizado¹

La reforma publicada en el Registro Oficial 45 del 23 de junio de 2005, recogió varias aspiraciones de organizaciones vinculadas a la protección de niños-as que a raíz de escandalosos hechos de pornografía infantil suscitados en las Islas Galápagos que quedaron en la impunidad por falta del tipo penal que los condenara, alertaron sobre la necesidad urgente de reformar el Código Penal otorgando mayor protección a los niños-as y adolescentes frente a delitos de explotación sexual. Pero la reforma no solo incluyó dos nuevos capítulos relacionados a la Trata de Personas y Explotación Sexual sino que además hizo otros “ajustes”, siendo el más criticado la eliminación de la figura del Atentado al Pudor, que hizo necesario que el Congreso expida una Ley Interpretativa publicada el 6 de septiembre de 2006 ante las insistentes alertas desde la propia función judicial y organizaciones de mujeres y niños-as.

De manera muy sucinta hagamos una revisión sobre la normativa vigente, incluyendo los artículos que a pesar de no pertenecer al Título VIII, fueron reformados o incluidos en el 2005 y que guardan estrecha relación con la materia de nuestro estudio:

LIBRO I, CAPITULO II: De las circunstancias de la Infracción:

Art. 22 “Tampoco hay infracción alguna cuando una persona mata o causa lesiones a **otra** en el momento de ser víctima de un delito de **abuso sexual** o violación”

El texto del artículo 22 acorde a la despenalización del adulterio, regula una circunstancia completamente distinta a la contemplada antes de la reforma. La situación recogida por el nuevo Art. 22 hace explícito lo que antes debía considerarse incluido en el Art. 25 que dice: “*Son excusables el homicidio, las heridas y los golpes, cuando son provocados por golpes, heridas u otros maltratamientos graves de obra, o fuertes ataques a la honra o dignidad, inferidos en el mismo acto al autor*”

¹ Extractos de una entrevista concedida por el Ministro Fiscal del Azuay como una de las fuentes de consulta para este trabajo de Tesis. Febrero 2007.

del hecho, o a su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o afines dentro del segundo grado”

En este caso, quedaba a criterio del juez determinar que se entiende por “fuertes ataques a la honra o dignidad”, por lo que vemos conveniente la redacción del nuevo artículo 22 que al utilizar términos más directos garantiza la legítima defensa en el caso de una agresión sexual, a pesar que en nuestro criterio hay dos términos que creemos podrían prestarse a confusión:

- a) “a otra”: ¿a cualquier otra? ¿al agresor o agresores? Si la ley debe procurar ser lo más precisa e inequívoca en su forma de redacción, probablemente habría sido conveniente que se diga “... mata o causa lesiones al agresor o agresores en el momento...”
- b) “abuso sexual”: en el Título VIII ninguno de los delitos tipificados está calificado como abuso sexual. ¿Debe entenderse que el Art. 22 hace referencia al sometimiento para realizar actos sexuales sin acceso carnal del que habla el artículo innumerado incluido a continuación del Art. 504 derogado, que pretende sustituir al atentado al pudor; ó al acoso sexual ó a ambos?

Art. (29.1): Para los delitos de trata de personas y delitos sexuales, no se considerará circunstancias atenuantes, excepto las siguientes:

1. La contemplada en el numeral 5 del Art. 29; y,
2. Que el sospechoso, imputado o acusado colabore eficazmente con las autoridades en la investigación del delito.

El artículo que se incluye refleja la intención que tuvo el legislador de ser menos flexible con los delitos sexuales y de trata de personas. Esta intención se comprueba con el incremento de las penas y la inclusión de circunstancias agravantes, entre otras reformas, aunque se contradice con el cambio dado a la figura del atentado al pudor. En nuestro criterio es acertada la limitación que establece este artículo para las circunstancias atenuantes del delito (el primer numeral que hace referencia al Art. 29, número 5, se refiere a la entrega voluntaria ante las autoridades); aunque siempre existe la posibilidad que personas inocentes sean inculpados de una infracción y con este artículo se verían imposibilitados de obtener una condena menor por sus antecedentes, por ejemplo; sin embargo lamentablemente en el caso de los delitos sexuales se ha comprobado que personas muy destacadas y equilibradas en su vida

profesional, observan algún tipo de perversión sexual y los convierte en verdaderos criminales más aún cuando se ocultan tras de su ganada fama de personas honestas lo que hace que las declaraciones de la víctima tengan menos credibilidad. Aún hoy es común escuchar, incluso de boca de propios familiares de la víctima, que “ella tuvo la culpa de ser violada” y hasta antes de la reforma el delincuente se acogía al Art. 29 numeral 1 que establece como atenuante las “provocaciones” del acometido. Parecería hasta risible pero no lo es, en el imaginario colectivo ecuatoriano la mujer tiene la culpa de ser agredida física, psicológica y sexualmente y las causas pasan desde por la ropa que usa hasta por el lugar en donde se encontraba, no faltan quienes afirman que las niñas, sus hijastras en gran parte de los casos, son quienes las provocan.

Art. 30: Son circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción...

6. Ejecutar la infracción por motivos de discriminación, referente al lugar de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole

La inclusión del numeral 6 como una circunstancia agravante del delito es, a nuestro parecer, un acierto que pretende frenar y sancionar los crímenes por homofobia o xenofobia, por citar los casos más comunes que han causado escándalo; es una herramienta más para hacer valer en materia penal el principio constitucional de la no discriminación. En el caso de la comunidad GLBTT, la inclusión de este numeral significa otro avance significativo en protección jurídica, aunque aún quede mucho en la práctica: Los homosexuales siguen siendo agredidos, física y psicológicamente, por el solo hecho de ser tales y más aún las personas transgéneros o travestistas.

Art. 30.1: En el caso de delitos sexuales y de trata de personas, se considerarán como circunstancias agravantes, cuando no fueren constitutivas o modificatorias de la infracción y se aplicarán sin perjuicio de las circunstancias agravantes generales señaladas en el Art. anterior, las siguientes:

1. Si la víctima es una persona mayor de sesenta años o menor de dieciocho años, persona con discapacidad o de aquellas que el Código Civil considera incapaces;
2. Encontrarse la víctima, al momento de la comisión del delito, en establecimientos públicos o privados, tales como los de salud, educación,

- culto, investigación, asistencia o refugio, en centros de rehabilitación social o en recintos policiales o militares, u otros similares;
3. Aprovecharse de que la víctima atraviesa por una situación de vulnerabilidad, extrema necesidad económica o abandono;
 4. Haber contagiado a la víctima con una enfermedad grave, incurable o mortal, o haberle producido lesiones que causen incapacidad permanente, mutilaciones, pérdida o utilización de órganos, discapacidad física, perturbación emocional, trastorno psicológico o mental;
 5. Si la víctima estuviere o resultare embarazada, o si estuviere en puerperio, o si abortare como consecuencia de la comisión del delito;
 6. Si la víctima estuviere incapacitada física o mentalmente;
 7. Tener el infractor algún tipo de relación de poder y /o autoridad sobre la víctima, o si es adoptante, tutor, curador o si tiene bajo su cuidado por cualquier razón a la víctima;
 8. Compartir con la víctima el ámbito familiar;
 9. Conocer a la víctima con anterioridad a la comisión del delito;
 10. Si el delito sexual ha sido cometido como una forma de tortura o con fines de intimidación, degradación, humillación, discriminación, venganza o castigo.
 11. Si el delito ha sido cometido por funcionarios públicos, docentes o ministros de algún culto, que han abusado de su posición para cometerlo, por profesionales de la salud y personas responsables en la atención del cuidado del paciente; o cualquier otra clase de profesional o persona que hubiere abusado de su función o cargo para cometer el delito; y,
 12. Haber utilizado para cometer el delito, alguna sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima.

Nuevamente se refleja la mayor severidad con que el legislador quiso sancionar a los delitos sexuales y de trata de personas. La reforma del 2005 es producto, como lo hemos dicho, de la presión de varias organizaciones sociales que denunciaron la poca protección que en estos campos existía y la bondad con que la ley penal sancionaba a los culpables. La inclusión de este artículo, aun cuando algunos de sus numerales están contemplados como figuras agravadas en el propio Título VIII, refuerza estos conceptos y permite suplir cualquier omisión que se hubiere hecho en la especificación de cada delito.

Consideramos que los numerales 5, 6, 7, 11, deberían ser circunstancias agravantes de los delitos en general; así como la segunda circunstancia del numeral 4 que dice: "...o haberle producido lesiones que causen incapacidad permanente, mutilaciones, pérdida o inutilización de órganos, discapacidad física, perturbación emocional, trastorno psicológico o mental".

Las circunstancias agravantes generales contempladas hasta hoy merecen una profunda revisión pues en ellas no se contemplan nuevas opciones por la utilización de medios tecnológicos, por ejemplo; esto sin pretender que el Código recoja todas

las posibilidades, pues no puede sino como hasta hoy, dar ejemplos de los medios agravantes.¹

Art. 31 Se reputará como **circunstancia agravante** de la infracción el hecho de ser la víctima cónyuge, conviviente, pariente hasta el cuarto grado de consaguinidad y segundo de afinidad, o ser ascendiente o descendiente del ofensor.

Hasta antes de la reforma el artículo 31 decía: “*Se reputará como circunstancia atenuante o agravante según la naturaleza y accidentes de la infracción...*” En nuestro criterio la reforma es absolutamente plausible. ¿Qué naturaleza y accidentes debía tener la infracción para que fuera considerado un atenuante el hecho de tener por víctima al padre o hermana, por ejemplo? En el caso concreto de los delitos sexuales está comprobado que en la mayoría de los casos el agresor es parte del círculo familiar de la víctima y esta fue la razón de la necesidad de incorporar como circunstancias agravantes las contempladas en los numerales 7, 8 y 9 del artículo anterior incluido en la reforma.

Art. 57: No se impondrá pena de reclusión al mayor de sesenta años, **excepto en los delitos sexuales y de trata de personas, casos en que el sindicado tampoco podrá cumplir prisión preventiva domiciliaria.** El que en tal edad cometiere un delito reprimido con reclusión, cumplirá el tiempo de la condena en un establecimiento destinado a prisión correccional.

La consideración que hace la ley en razón de la edad del culpable, encuentra hoy un limitante en el caso de los delitos sexuales y de trata de personas; aún cuando es una resolución que da lugar a varias reflexiones a favor y en contra, nos parece que, lamentablemente, no solo en estos delitos, la persona mala y con intención de dañar a la sociedad a veces se excusa o esconde tras su edad para cometer las infracciones, utilizando su apariencia física como un herramienta para lograr sus objetivos. Insistimos en que quienes defienden a los adultos mayores, seguramente verán en esta reforma un atropello a sus derechos, sin embargo nos inclinamos a favor de ella, sin dejar de exponer nuestra total inconformidad con el sistema carcelario en general que no es digno de seres humanos de cualquier edad y condición. Los “centros de rehabilitación social” del Ecuador son cualquier cosa, menos lo que su nombre dice.

¹ El Doctor Hernán Coello García siempre que recalca la limitación de la ley que no puede sino ejemplificar casos por lo ilógico que resultaría enumerar todas circunstancias posibles, recuerda la frase del maestro Luis Jiménez de Asúa cuando dice “la multiforme realidad de la vida”

Las cárceles son escuelas delincuenciales y las condiciones en que sobreviven los-as detenidos son realmente alarmantes.

LIBRO II, TITULO VIII: De las circunstancias de la Infracción:

Art. 504.1: Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de **cuatro a ocho** años, quien **someta** a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para **obligarla** a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal.

Art. 505, 506, 507 DEROGADOS.

De toda la reforma del año 2005 sin duda el punto más polémico ha sido la derogación de los artículos correspondientes al atentado al pudor y la inclusión de una nueva figura, distinta a la contemplada anteriormente.

El derogado artículo 505 decía: *“Se da el nombre de atentado contra el 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.”*

El delito era castigado con prisión de uno a cinco años cuando la víctima fuera menor de catorce años y de tres a seis años si fuera menor de doce, siempre que no existieran violencias o amenazas. (Art. 506 derogado)

En caso de existir violencias o amenazas, ó, en caso que la víctima se encontrara por cualquier motivo privada de la razón de manera transitoria o permanente, la pena era de reclusión menor de tres a seis años. Si el atentado al pudor con violencias o amenazas era cometido sobre un menor de catorce la condena era de reclusión mayor de cuatro a ocho años y si fuera menor de doce, con reclusión mayor de ocho a doce años. (Art. 507 derogado)

El atentado al pudor sin violencias o amenazas no existía en caso que la víctima fuera mayor de catorce, este es el vacío que dejaban los artículos citados y que aparentemente fue la causa para buscar una reforma, si volvemos sobre el artículo actualmente vigente vemos que la víctima puede ser cualquier persona menor de dieciocho años; sin embargo el nuevo tipo penal por los términos que utiliza traza una diferencia sustancial con la figura anterior lo que a la larga a provocado mayor indefensión:

Los términos: “someta” y “obligarla” hacen que el nuevo tipo penal se acerque en todo caso al atentado al pudor con violencias y amenazas pero no recoge la intención

del atentado simple en donde para la configuración del delito era suficiente la existencia de cualquier acto impúdico sin llegar a la cópula carnal.

El nuevo tipo penal castiga con reclusión mayor de cuatro a ocho años y la víctima puede ser cualquier persona menor de dieciocho ó con discapacidad. No contempla una pena más dura en caso de menores de catorce años y también eliminó la posibilidad que la víctima fuera mayor de edad pero en estado de inconciencia transitoria o permanente por cualquier causa.

Frente al vacío que dejó el nuevo artículo por la utilización de los términos mencionados y ante la insistencia de varias organizaciones de mujeres y niños-as y desde la propia Función Judicial, el Congreso se vio en la necesidad de dictar una Ley Interpretativa que dice lo siguiente:

Art. 1 Interpretase el artículo innumerado incorporado por el artículo 9 de la Ley reformativa al Código Penal que tipifica los delitos de explotación sexual de los menores de edad, publicada en el Registro Oficial 45 del 23 de junio de 2005, en el sentido que: “Los elementos constitutivos de las conductas que estuvieron tipificadas hasta el 22 de junio de 2005, en los artículos 505, 506 y 507 del Código Penal, que sancionaban los actos ejecutados en contra de la integridad sexual de las personas menores de edad, pero sin acceso carnal, consideradas como atentado al pudor, no se han eliminado, están subsumidas en el artículo que se interpreta, desde que éste se encuentra en vigencia. Las palabras “someta”; y, “obligarla”, que contiene este artículo, se entenderán como actos momentáneos o permanentes para doblegar la voluntad de la víctima y/o como la realización de acciones con las que se pretende conseguir o se consiga, mediante violencia física, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño dirigida a una persona menor de dieciocho años de edad o discapacitada, acepte u obedezca y realice los actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal, sea en el propio cuerpo de la víctima, en el cuerpo de un tercero o en el cuerpo del sujeto activo.”

A pesar de la aclaración de la Ley Interpretativa, varios juristas se inclinan por considerar que el atentado al pudor ha sido eliminado y que no podría ser juzgado. Además de ser una interpretación forzada es también contradictoria: en un primer momento afirma que los elementos constitutivos del atentado al pudor se encuentran “subsumidos” en el nuevo artículo. Si el artículo concluyera ahí, a pesar de ser forzado, podría considerarse, por el poder de la interpretación del Legislativo, que efectivamente el atentado al pudor se encuentra incluido, tal cual se configuraba antes de la reforma, en el nuevo artículo; sin embargo más adelante hace la explicación de cómo debe entenderse a las palabras “someta y obligarla” con lo que prácticamente anula la primera consideración. Con la explicación lo único que se

gana, en nuestro criterio, es que no queda duda que el sometimiento puede ser entendido por todo acto que doblegue la voluntad de la víctima y que los actos pueden ser cometidos en el propio cuerpo, en el cuerpo del sujeto activo o en el cuerpo de un tercero.

Aún con la Ley Interpretativa, el nuevo artículo 504 nos deja varias interrogantes sobre la existencia o no del tipo penal en situaciones como las que siguen:

- Caricias: Una niña de siete años es “acariciada” por su padrastro. No existe sometimiento ni obligación. Para la niña es un juego.

- Estimulación oral o manipulación de los órganos genitales: Un adolescente de 14 años comete estos actos en el cuerpo de su primo de 9 y le “pide” que haga lo mismo en el suyo. Tampoco existe sometimiento ni obligación, puede inclusive ser un acto “voluntario” del niño que ve en su primo a un semi héroe.

¿Pueden los actores de estos ejemplos ser sancionados con sujeción al 504?

En nuestro criterio la redacción del artículo 504 tiene al menos un error sustancial: Por buscar “ampliar la protección” hacia todas las personas menores de dieciocho o con discapacidad, la redacción del texto hizo desaparecer el atentado simple y prácticamente, como lo dijimos líneas arriba, se aproxima a la figura del atentado al pudor con violencias y amenazas, dejando en total indefensión a niños-niñas y adolescentes que por su inmadurez sexual pueden ser fácilmente persuadidos de realizar o dejarse realizar en su propio cuerpo, acciones cuya significación sexual pueden desconocerla, no están psicológica ni físicamente preparados y no pueden ni oponer resistencia ni prestar su consentimiento libre y voluntario. Los ejemplos propuestos son, lamentablemente, situaciones diarias que ocurren sin que en la gran mayoría de los casos puedan ser ni siquiera atendidos, únicamente cuando estos “abusos” alteran el comportamiento de los chicos-as de una manera evidente, algunos, los que cuentan con posibilidades económicas y un nivel de formación mayor, acuden a psicólogos que son los que en sus terapias logran descubrir estos “secretos” que el niño-a guarda.

Definitivamente creemos que la reforma cometió un significativo error al haber eliminado la figura del atentado al pudor, a pesar de reconocer que los términos “impúdico”, “violencias y amenazas” y la expresión “sin llegar a la cópula carnal” no eran los adecuados para describir las diversas circunstancias y formas de presión que se ejercían sobre las víctimas. Tal vez, incluso concordando con el artículo 22

reformado, el delito debería ser llamada “Abuso sexual” e incluir en ella todas las posibilidades de agresión sexual sin llegar al “acceso carnal”.

De la deficiente redacción del nuevo artículo 504 rescatamos, sin embargo, el haber cambiado la expresión “sin llegar a la cópula” por la de “sin que exista acceso carnal”, pues como afirma el Doctor Chico Peñaherrera, el término cópula está reservada a la penetración normal, perfecta y acabada, mientras que por acceso carnal se entiende toda penetración sexual normal o anormal; además por sutil que parezca el “sin llegar a” hacía parecer que la intención del agresor-a era llegar a la cópula y todos sus actos se conducían a ello, pero no llega a realizarse, se frustra; mientras que la expresión “sin que exista” deja más clara que la intención del agresor se completa con los actos realizados y su fin ya fue conseguido. El Doctor Chico hace una clara exposición sobre la confusión que acarreaba esta frase, pues como él lo indica, el “sin llegar a” equivale a “sin alcanzar”, “sin conseguirlo” lo que significaba que la verdadera intención del agresor era llegar a la cópula y al no conseguirlo se entraba en el confuso terreno de la tentativa de violación, situación que hoy con el cambio de expresión está más clara; el Art. 504 no configura la tentativa de violación, porque la intención del agresor no es llegar al acceso carnal. Es indispensable entender las diferentes motivaciones que tiene el delincuente, pues para que se configure la nueva figura planteada en el Art. 504, al igual que lo fuera para el atentado al pudor (pero que por la expresión utilizada podía prestarse a confusión), es indispensable que el agresor no se haya propuesto realizar el acceso carnal y los actos realizados constituyan fin en si mismo y no medio.

Art. 509: Llamase estupro a la cópula con una **persona**, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.

El cambio en el sujeto pasivo en el delito del estupro es realmente significativo. Hasta antes de la reforma, el delito sólo se configuraba si la víctima era una “mujer honesta”.

¿Que entendía la ley por mujer honesta? ¿A que hombre se le exige probar su honestidad para poder ser considerado “víctima” de un delito? ¿Qué derecho se está protegiendo al incorporar en una norma un concepto absolutamente extra-jurídico? No cabe abundar en explicaciones sobre lo acertado del cambio, que eliminó una discriminación normada, que atentaba al principio de igual ante la ley, sólo nos

permitimos citar a Verónica Montúfar para confirmar lo inapropiado y hasta discriminatorio que puede resultar el término “honesta”:

“Dentro de esta concepción, el honor de una mujer se manifestaba en su posición social, sus cualidades físicas (la belleza está más cerca de la honorabilidad), su conducta sexual, su posibilidad de poseer un hombre y en definitiva su capacidad de mostrarse superior al resto. Para las mujeres de los sectores populares, la lucha por la honra está muy alejada de sus valores prácticos. (...) Son zambas, negras, grajienteas, llagüentas, sucias, (...) brujas, borrachas, ignorantes, (...) pícaras, ladronas...”¹

Algunos juristas, entre los que está el Dr. Jaime Andrade, Ministro Fiscal del Azuay, opinan que el término honesta debía ser entendido en sentido restrictivo, ajustándolo únicamente a la conducta sexual de la persona; así, se decía que la mujer era honesta, si en su vida sexual no realizaba actos fuera de lo “normal”; casi podría decirse que era la mujer que veía en la sexualidad únicamente su finalidad reproductiva. ¿Entendida así la honestidad, cuales eran los medios de prueba que debían utilizarse para demostrar la condición de honesta de la mujer?

Para el Doctor Reinaldo Chico, el espíritu del delito de estupro era proteger la ingenuidad en materia sexual de la mujer y en varias legislaciones se configuró este delito sólo en relación a la mujer virgen, lo que para el jurista cuencano es un error pues la virginidad no es una condición puramente física reducida a la existencia o no de la membrana himinal y al reducir el delito de estupro únicamente a la desfloración se confunde la verdadera intención de la ley que busca proteger a la mujer *“que por su corta edad y por sus condiciones de inexperiencia, candor, inocencia, ingenuidad, no se halla en situación de administrar con entera libertad y con plena conciencia su vida sexual, ni puede tener una idea cabal de la naturaleza, importancia y efecto de ciertos actos”*². El término “honesta” debía entonces ser entendido de manera restrictiva y con una buena valoración del juez aplicarlo a las mujeres que no han tenido experiencia en materia sexual. Asimilando honestidad a experiencia o conocimientos sexuales, una mujer divorciada o una mujer madre, por ejemplo, no

¹ Montúfar, Verónica, “Acerca de Putas, Brujas, Grajientes y muchas más” en la obra *Y el amor lo era Todo*, pag. 171

² Chico Peñaherrera Reinaldo, *Algunas reflexiones sobre los Delitos Sexuales en el Ecuador*, pag, 57

podían ser víctimas de estupro, pues al no ser ingenuas sexualmente no cabía el “engaño”.

En ambos casos, es evidente la confusión e imprecisión del término “honesta” y está clara la flagrante violación al derecho de igual ante la ley; el delito de estupro antes de la reforma era una de las muestras “más perfectas” de la discriminación en materia de los derechos sexuales: soy víctima solo si soy “honesta”, no importa el hecho ni la condición del delincuente, importa mi calidad moral que debe ser establecida por el “sano criterio” del juez, en una sui generis tarea de subjetividad absoluta.

Lo que la ley penal sanciona es el engaño con el que se consigue la relación sexual; es el consentimiento el que está viciado, vulnerando el derecho a una relación sexual libre, deseada y voluntaria, aún sin existir la fuerza. El anterior delito de estupro imponía que para gozar de esta protección la mujer tenía que adjudicarse el calificativo de “honesta” lo que contradice completamente el sentido del bien jurídico protegido. Por ventaja, a más del cambio expreso del artículo, actualmente la conducta sexual anterior de la víctima ya no debe ser valorada, así lo establece uno de los artículos innumerados introducidos en el Capítulo de las disposiciones comunes a los delitos sexuales y de trata de personas que dice: *“El comportamiento público o privado de la víctima, anterior a la comisión del delito sexual o de trata de personas, no será considerado dentro del proceso”* lo que exige que en estricto sentido lo que debe probarse no es la condición moral de la víctima sino la existencia del engaño como medio para conseguir la relación sexual, en la que además, la reforma enfatiza que no tendrá valor alguno el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años.

Hasta antes de la reforma del 2005, el estupro cabía solo si víctima era mujer, por esta suposición que acepta que los hombres no pueden ser “ingenuos” sexualmente; la reforma introducida da la posibilidad que también un hombre pueda ser víctima de este delito, que si bien no serán la mayoría de los casos, la reforma no deja en la indefensión a los hombres, pocos o muchos, que pudieran ser víctimas de este delito. Al igual que en el caso anterior concordamos con el Doctor Chico en el sentido en que ley debería utilizar la expresión acceso carnal en lugar de cópula.

Más allá de esto, y siendo que como hemos visto el estupro era la figura penal en que la discriminación era explícita, la propuesta de las organizaciones de mujeres y

niños-as se basaba en la eliminación de la figura del Código, por considerarlo además, la puerta abierta por donde fugaban verdaderos culpables del delito de violación. Con hábiles argumentos, siempre que la víctima fuera mayor de catorce años, no son pocos los casos en que los abogados-as han conseguido que sus defendidos fueran sancionados por una figura bastante diferente y obtuvieran una rebaja considerable en la pena; mientras que actualmente la violación en persona mayor de catorce puede ser sancionada hasta con dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria, el estupro, como lo indica el artículo que sigue apenas impone una sanción de tres meses a tres años. Los argumentos sostenidos por quienes piden la eliminación de la figura tiene sustento en la realidad, las víctimas de violación mayores de catorce años en donde no existen pruebas de fuerza física, muy difícilmente podrían conseguir que el culpable sea sancionado como violador; bajo estas argumentaciones creemos que, o se elimina la figura, ó se considera una pena mucho más dura que al menos guarde relación con la pena contemplada actualmente para el delito de violación.

Art. 510: El estupro se reprimirá con prisión de tres meses a tres años si la **víctima** fuere mayor de catorce años y menor de dieciocho años.

La otra consideración para la configuración del delito es la edad de la víctima, descartada la condición de “honestidad” la víctima debe ser una persona de entre catorce y dieciocho años que haya consentido en la relación sexual por el engaño o seducción del sujeto activo. Algunas legislaciones han bajado el límite de la edad a los dieciséis años, considerando que las relaciones actuales, la educación sexual y la propia dinámica de la sociedad hacen que no se pueda aducir ingenuidad en este campo más allá de esa edad. Concordamos con este criterio y estaría de acuerdo con una reducción en el límite de edad, sin embargo creemos que en el Ecuador la educación sexual está muy poco o nada institucionalizada y no se puede, por ejemplo afirmar que los chicos-as reciban educación adecuada que les permita conocer su propio desarrollo sexual y la del otro género sino que por el contrario la información que reciben proviene en su mayoría de los propios amigos-as o de la búsqueda individual que puedan hacer. No me atrevería a decir que una chica de un área rural, de dieciséis años que migra a la ciudad en busca de trabajo está plenamente informada y madura como para no ser víctima de estupro en manos del hijo de la

dueña de casa en donde se emplea en el servicio doméstico, por ello pese a concordar con que efectivamente la ingenuidad en temas sexuales es cada vez menor tanto en hombres como en mujeres, me inclino porque se mantenga el límite de edad actualmente contemplado cuando menos hasta que esté garantizada en el país el acceso a educación sexual libre, responsable y suficiente para todos los-as jóvenes, en la zona urbana y rural. Con respecto a la pena impuesta, como lo dijimos al analizar el artículo anterior, nos parece completamente irrisoria y debería, en caso de mantenerse la figura, buscar un incremento sustancial.

Art. 511 DEROGADO

El artículo 511 que imponía la pena para el estupro cuando la víctima tuviere entre doce y catorce se derogó tácitamente cuando en el año 1998 se reformó el delito de violación considerando como tal a toda relación sexual con una persona menor de catorce años. La reforma del 2005 lo derogó expresamente para evitar confusiones y armonizar con el artículo 512 que tipifica la violación.

Art. 511.1 Quien solicitare favores de naturaleza sexual, para si o para un tercero, prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, **religiosa** o similar, con el anuncio expreso o tácito de cuasar a la víctima, **o a su familia**, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena será reprimido quien, de conformidad con lo previsto en el inciso anterior, actúe prevaliéndose del hecho de tener a su cargo trámites o resoluciones de cualquier índole.

El que solicitare favores o realizare insinuaciones maliciosas de naturaleza sexual que atenten contra la integridad sexual de otra persona, y que no se hallare previsto en los incisos anteriores, será reprimido con pena de prisión de tres meses a un año.

Las sanciones previstas en este artículo, incluyen necesariamente la prohibición permanente de realizar actividades que impliquen contacto con la víctima.

Si el acoso sexual se cometiere en contra de personas menores de edad, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

El artículo 511.1 reformado recoge nuevas situaciones que evitan, que debido a la interpretación restrictiva que se obliga en materia penal, queden en la indefensión. El tercer inciso al incluir las insinuaciones maliciosas protege contra el hostigamiento y la persecución, sin embargo no especifica las formas en que estas insinuaciones pueden darse. ¿Cabría, por ejemplo, iniciar una acción en contra de una persona que acosa sexualmente a otra a través de los mensajes de datos transmitidos por celular, o

a través de los correos electrónicos o programas de mensajería instantánea como los “chats”?

Para el Ministro Fiscal del Azuay este es uno de los delitos “informáticos” que aún no ha sido recogido y que seguramente el vacío es todavía común en varias legislaciones. En Italia una de las últimas propuestas impulsadas por las mujeres fue la incluir los mensajes de datos vía celular como medio de acoso sexual y aumentar la sanción para este delito que incluso para ciertos casos se reducía a penas pecuniarias.

Art. 512: Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; **ó, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril**, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

1. Cuando la víctima fuere menor de catorce años;
2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir; y,
3. Cuando se usare de violencia, amenaza o intimidación.

Art. 512.1 DEROGADO.

La reforma del año 2005 incluyó dentro del mismo artículo 512 que tipifica la violación lo que en la reforma del año 98 se había denominado agresión sexual y colocado por separado (Art. 512.1) y además tuvo el acierto de hacer explícita que además del miembro viril, era violación la introducción de dedos u otros órganos.

En definitiva el cambio produce que se considere como violación no solo el acceso carnal sino además la introducción de objetos u órganos distintos al miembro viril. El Doctor Jaime Ochoa no concuerda con la reforma arguyendo que la intención del violador es obtener una satisfacción sexual y que por lo mismo la persona que, a pesar de introducir otros objetos u órganos, no realiza la penetración carnal, no puede ser calificada como violador, aunque merezca ser sancionado con la misma pena, como efectivamente se lo hacía antes de la reforma.

No coincidimos con la apreciación del Ministro Fiscal del Azuay por creer que los móviles del violador, a más de la satisfacción sexual, pueden ser otros como la humillación y maltrato a la víctima. El violador “típico” por llamarlo de alguna manera, evidentemente es una persona con algún desorden o perversión sexual y su

fin último es saciar su instinto; sin embargo no se puede afirmar que la satisfacción sexual sea el único móvil para el delito de violación, en el caso de los violadores “familiares” o de personas que tienen alguna relación anterior con la víctima, parece evidente que no en pocos casos, al realizar el delito más que una satisfacción sexual buscan humillar, denigrar y expresar “dominio o poder” sobre la víctima, de ahí que la violencia en el acto sexual hiriéndola o utilizando objetos que puedan dañar a la víctima es parte de una conducta que a más de una satisfacción sexual parece indiscutible que lo que busca es dañar, agredir, herir a la víctima, aunque no lleguen a saciar su instinto sexual a través de la penetración carnal.

Más allá de una apreciación sobre la psicología del delincuente y sus móviles, creemos que el haber homologado la agresión sexual con la violación responde más a dar una sanción social más fuerte: definitivamente no es lo mismo ser calificado de violador, que de agresor sexual, aunque sea condenado con la misma pena; el agresor puede haber sido tan o más perverso que el violador. Adicionalmente nos parece que es excepcional el caso en que únicamente se produzca la agresión sexual a través de la introducción de otros objetos o partes del cuerpo y no se realice antes o después, el acceso carnal que califica de violación; excepción hecha en el caso que la agresora y la víctima sean mujeres en donde obviamente no cabe sino la introducción de dedos u otros objetos.

Del delito de violación algo que nos genera todavía interrogante en el caso del numeral tres del Art. 512, es si las circunstancias de violencia, amenaza o intimidación deben existir al momento de doblegar la voluntad de la víctima ó también cabe cuando a pesar que el consentimiento haya sido dado libremente, en el momento de la relación sexual se cometen actos que lastiman, denigran o presionan a la víctima; estas situaciones se presentan en mayor porcentaje en las relaciones entre cónyuges, convivientes o parejas en general en donde no es el consentimiento el que está viciado pero existe algún tipo de violencia sexual. ¿Estos casos constituyen violación? O ¿es una conducta diferente, que debe ampararse en la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, que en su Art. 4, literal c define a la violencia sexual como *“Sin perjuicio de los casos de violación y otros delitos contra la libertad sexual, se considera violencia sexual todo maltrato que constituya imposición en el ejercicio de la sexualidad de una persona, y que la obligue a tener*

relaciones u otras prácticas sexuales con el agresor o con terceros, mediante el uso de la fuerza física, intimidación, amenazas o cualquier otro medio coercitivo.”?

Art. 513 El delito de violación será reprimido con reclusión **mayor especial de dieciséis a veinticinco años**, en el número 1 del artículo anterior; y con reclusión **mayor extraordinaria de doce a dieciséis años**, en los números dos y tres del mismo artículo.

Art. 514: Si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada, se aplicará **la pena para los números 2 y 3 del artículo anterior; y si le produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis veinticinco años.**

Igual pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, se impondrá a los responsables de violación si las víctimas son sus descendientes, ascendientes, hermanos o afines en línea recta; debiendo en su caso, ser condenados, además con la pérdida de la patria potestad.

Art. 515: El mínimo de las penas señaladas por los artículos precedentes será aumentado con **cuatro** años:

Si los responsables son de los tienen autoridad sobre la víctima.

Si son institutores, o sus sirvientes, o sirvientes de las personas arriba designadas;

Si el atentado ha sido cometido sea por funcionarios públicos, o ministros del culto, que han abusado de su posición para cometerlo; **sea por profesionales de la salud y personal responsable de la atención y cuidado del paciente**, comadrones o practicantes, en personas confiadas a su cuidado; y

Si en los casos de los artículos **507** y **512** el culpado, quienquiera que sea, ha sido auxiliado en la ejecución del delito por una o muchas personas.

Para considerar la aplicación de la pena obviamente el juez está obligado a observar las circunstancias agravantes y atenuantes, que como lo vimos anteriormente en el caso de los delitos sexuales la reforma dio consideraciones especiales.

Prácticamente entre el artículo 513 que enuncia las penas de manera general y el Art. 514 que cita circunstancias agravadas, vemos que los rangos de las penas no cambian siendo que la reforma dio a la violación las penas más altas contempladas en el código, nos parece que habría sido más apropiado que en el Art. 514 indicara que en esos casos se aplicará la pena máxima posible, es decir 16 y 25 años si es que efectivamente se quería sancionar con severidad las circunstancias agravadas que cita. Adicionalmente el Art. 515 que ha sufrido reformas en el 98 y en el 2001 pero que no fue reformado en el 2005, señala también circunstancias agravadas e indica que la pena mínima será aumentada en cuatro años; de este artículo que con la

inclusión del Art. 30.1 y la reforma del 514 es reiterativo en todos sus casos, rescatamos su último inciso que expresamente señala como agravante el que el delincuente haya sido auxiliado por una o muchas personas para cometer la infracción. Creemos que el Art. 515 debería ser reducido únicamente a su último inciso para evitar confusiones y además, concordando con la eliminación del Art. 507, debería referirse al Art. 504 que reemplaza al atentado al pudor.

El incremento de las penas en el delito de violación fue una de las banderas de promoción de la reforma del 2005. De todos los delitos sexuales la violación es el delito “emblemático” en donde más claramente los ciudadanos-as reconocen que se ataca el bien jurídico protegido: la libertad y la integridad sexual. Adicionalmente, pocos delitos convulsionan más a la sociedad que aquellos que se cometen contra la integridad de los niños-as para los que muchos incluso llegan a pedir la pena capital, de ahí que el haber incrementado la pena para la violación garantiza que, junto con las nuevas circunstancias agravantes y la extrema limitación para las circunstancias atenuantes, el culpable reciba una sanción al menos “tranquilizadora” para la sociedad.

Lamentablemente, y frente a ello nada puede hacer la ley, un alarmante porcentaje de delitos sexuales, entre ellos la violación, quedan en la impunidad por la falta de denuncia, a pesar de lo contemplado en la Ley contra la violencia a la mujer y la familia, que en su Art. 9 faculta a que toda persona natural o jurídica en conocimiento de los hechos de violencia intrafamiliar pueda proponer las acciones que otorga dicha ley y su Art. 10 obliga a los agentes de la Policía Nacional, al Ministerio Público y a los profesionales de salud, bajo pena de encubrimiento, a denunciar en un plazo máximo de 48 horas los casos de violencia intrafamiliar que tuvieren conocimiento, casos en los que por supuesto están las agresiones sexuales.

Otro impedimento para hacer realidad la sanción a los delitos sexuales y el de violación específicamente es el trámite al que obliga el Código de Procedimiento Penal; prácticamente para obtener la prueba material del que habla el Art. 69, la víctima sufre una nueva violación por parte del perito médico legista que cuando menos en la actualidad, debe ser una persona del mismo sexo. Hoy, gran número de casos de violación en donde se han utilizado drogas o sustancias adormecedoras, son imposibles de denunciar, la víctima incluso puede no llegar a ver al agresor pues

es dormida en el primer momento del ataque y en su cuerpo no queda huella alguna de maltrato o violencia.

El Dr. Jaime Ochoa plantea la necesidad que para el caso de los delitos sexuales se dé mayor valor a la declaración de la víctima, la prueba material en muchos de los casos no es posible obtenerla y la única prueba posible que queda es el propio testimonio de la víctima.

Art. 516. Cuando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente en la persona del hijo u otro descendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y la privación de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo.

Si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio o institutores, en las personas confiadas a su dirección o cuidado, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años.

El actual artículo 516 no fue tocado en la reforma del 2005 y esta omisión la consideramos un error. Probablemente al ser un artículo que incrimina de manera exclusiva la homosexualidad y siendo que este tema en lo que respecta a la libertad de orientación sexual fue superado en el año 97, lo pasaron por alto sin reparar en que actualmente una de las circunstancias agravantes más recaladas en los delitos sexuales ha sido el que el agresor sea ascendiente de la víctima o persona que tenga algún tipo de autoridad sobre ella, así el Art. 514, por ejemplo, al tratarse del delito de violación lo condena con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años. La duda que nos provoca la lectura de este artículo es que se condena específicamente el homosexualismo cometido por ascendientes en descendientes; el tipo penal no exige ni fuerza, ni violencia, ni intimidación, ni condición especial alguna de la víctima (edad, estado); es el acto homosexual, de un ascendiente contra un descendiente por sí solo el que configura el delito. ¿Esta misma apreciación no debería ser considerada de manera más general y no solo para el caso de homosexualismo? Es decir, ¿no debería este artículo incriminar toda agresión y acceso carnal que se realice por parte de los padres o ascendientes contra la persona del hijo-a o descendiente? De la lectura de los artículos anteriores no encontramos un caso en que específicamente se condene a toda agresión realizada por el padre o madre. Por ejemplo, para que se configure una violación, la víctima debe ser menor de catorce, o hallarse privada de la razón, impedida de defenderse o debe existir uso de violencia, intimidación o amenaza. Si un padre, sin que se incurra en ninguna de

las circunstancias del Art. 512, tiene una relación sexual con su hija de quince años, a este caso habría que aplicar el delito de estupro con la agravante de ser cometido por el padre y si la hija es mayor de edad simplemente el hecho no es incriminado; pero si en lugar de ser hija es hijo, se aplica el Art. 516, aún cuando el hijo fuera mayor de edad. ¿Cuál es la razón para incriminar la homosexualidad de manera específica? ¿El Art. 516 al decir homosexualismo está siendo entendido también para el caso de relaciones lesbianas? En nuestro criterio, ó el Art. 516 se elimina considerando que todos los casos podrían incluirse dentro de los delitos contemplados ya que actualmente el estupro puede tener por víctima a un hombre y que siempre será un tipo agravado por la relación de parentesco o autoridad; ó se lo reforma, dejando claro que lo que sanciona la ley en el Art. 516 es la agresión hecha por un ascendiente, padre o madre adoptivo, valiéndose de esta condición, sin importar el género tanto del delincuente como de la víctima y se ajustan las penas que manera que coincidan con el criterio vigente para los demás delitos.

Art. 517. La bestialidad se reprimirá con reclusión mayor de cuatro a ocho años.

Este delito, en la práctica derogado, se mantiene en el código como un rezago de los actos moralistas que junto con el adulterio y el homosexualismo se ha eliminado de gran parte de las legislaciones. Como dice el Doctor Chico Peñaherrera en el texto que hemos citado reiteradamente, refiriéndose a la incriminación de la bestialidad, afirma: *“esta preocupación del Estado parece un tanto disparatada y ridícula”* y es que no se encuentra cual puede ser el bien jurídico tutelado por este delito si es que es realizado de manera voluntaria y en privado. La bestialidad puede causar aversión, pero quitar la libertad a una persona por ello no parece razonable; en todo caso, si alguien sigue defendiendo la incriminación de este acto seguramente lo harán desde la defensa a los animales que en otras legislaciones tiene alcances muy diferentes a la nuestra e indudablemente de ser esa la motivación no se lo catalogaría dentro de los delitos sexuales pues el bien jurídico protegido y la víctima obligan a que el delito se lo incluya a continuación del Art. 414 del Código Penal o como una más de las contravenciones de primer grado.

CAPITULO III DE LOS DELITOS DE PROXENETISMO Y CORRUPCIÓN DE MENORES:

Art. 528. 1 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.

El artículo citado no penaliza la prostitución voluntaria, la sanción es para el proxeneta. Sin embargo, el Art. 77 del Código de Salud establece que la prostitución es tolerada en lugares cerrados y prohíbe la prostitución clandestina, entendida ésta como la que se ejerce en las calles, lugares no autorizados o la practicada por personas sin cumplir con los requisitos de control sanitario impuestos (carnet, exámenes profilácticos, etc) Aplicando las dos normas resulta que en el Ecuador, la prostitución voluntaria en si mismo no constituye delito siempre que se la ejerza conforme a la reglamentación existente; es delito el proxenetismo salvo que sea realizado en una casa de tolerancia autorizada.

Art. 528.2 La pena será de seis a nueve años de reclusión menor extraordinaria, sin que opere la eximente del artículo anterior, cuando:

1. La víctima fuese menor de catorce años;
2. Se empleare violencia, engaño, abuso de autoridad o cualquier otro medio coercitivo;
3. La víctima se encontrare por cualquier causa privada de la capacidad de prestar su consentimiento;
4. El autor es pariente dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor o curador o tiene bajo su cuidado por cualquier motivo a la persona prostituida;
5. La víctima se encuentre en situación de abandono o de extrema necesidad económica; y,
6. El autor ha hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida.

Art. 528.3 Se impondrá pena de dos a cuatro años de prisión al que explotare la ganancia obtenida por una persona que ejerciere la prostitución.

Si la víctima fuese menor de catorce años, o descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su conviviente o estuviese bajo su cuidado, la pena será de tres a seis años de reclusión menor ordinaria.

Art. 528.4 Se reputará como proxenetismo la conducta del que mediante seducción o engaño sustrajere a una persona para entregarle a otro con el objeto de que tenga relaciones sexuales.

Art. 528.5 Será sancionado con pena de dos a cuatro años el que promoviera o facilitare la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio de la República de personas para que ejerzan la prostitución.

Si mediare alguna de las circunstancias agravantes previstas en los artículos anteriores la pena será de tres a seis años de reclusión menor ordinaria.

Bajo la misma lógica de sancionar y de limitar al proxeneta la ley castiga con más severidad a quien promueve la prostitución, aún teniendo el local autorizado para ello, en los casos que se enumeran en el Art. 528.2; sin embargo, especialmente el numeral cinco, constituye letra muerta.

En Latinoamérica la prostitución está fuertemente ligada a la necesidad económica de la prostituta. En los días en los que se redacta este trabajo, el congreso español debate el tema de la protección social para las prostitutas y la confrontación nace desde la consideración de la actividad: el Partido Popular (PP) sostiene que la prostitución no puede ser considerada como trabajo y en consecuencia no cabe la protección social, la prostitución dicen, es una opción para la satisfacción de la vida sexual, es una decisión voluntaria. En el Ecuador, aún los partidos más conservadores se cuidarían de hacer una afirmación como esta, no se puede decir que en el Ecuador la prostitución sea una “opción voluntaria para satisfacer instintos sexuales”, me atrevería a decir que más de un 80% de personas que se dedican a esta actividad lo hacen forzadas ante la imposibilidad de contar con los recursos económicos suficientes para mantener a su familia y para ello basta comparar los ingresos que percibe por ejemplo una lavandera o una empleada del servicio doméstico frente a los que se puede alcanzar una mujer al prostituirse.

“En nuestra era la explotación del cuerpo de la mujer tiene características transnacionales: cadenas de revistas porno, shows de todo tipo, burdeles... sofisticados sistemas de servicios sexuales de todo tipo, pasando por el “arriendo de esposas por un día” para ejecutivos que viajan solos y que seguramente suspiran con el estereotipo de esposa ideal inalcanzable. En el tercer mundo la prostitución tiene otras características (...) es una opción de una amplia población marginada por la miseria en donde el ejemplo más dramático puede ser la entrega que hacen los propios padres de sus hijas (...) la prostitución ilustra la dominación del hombre sobre la mujer, y del rico sobre el pobre. Pone en venta el cuerpo humano, lo inscribe en el mercado del trabajo (...) rebela las tendencias patológicas, la incoherencia moral, la falta de respeto humano y la hipocresía de sociedades donde

aún persisten rezagos de la época victoriana, sociedades sexófobas para las cuales la sexualidad es un pecado más por reprimir... o utilizar”¹

La prostitución es un drama social con varias implicaciones, es un nicho para la violación a los derechos humanos y aunque el Código Penal, el Código de la Salud y el Código de la Niñez y la Adolescencia, garantizarían que la prostitución sea realizada sin ningún tipo de presión, por personas mayores de edad y en condiciones en que sus derechos humanos no sean vulnerados, en la práctica no se cumple. Los lugares autorizados y las condiciones en las que trabajan las prostitutas distan mucho del “deber ser jurídico”. La explotación sexual por parte de los dueños-as de los prostíbulos es una realidad de todos los días, las propias garantías constitucionales son vulneradas a diario por parte de los agentes de policía, es una actividad rodeada de problemas y que por tratarse de violaciones a los derechos de personas a las que la sociedad rechaza no existe una sanción moral por parte de la ciudadanía hacia quienes atentan contra sus garantías. A las trabajadoras sexuales, como ellas se autodefinen, su actividad las obliga a luchar todos los días por el cumplimiento del principio constitucional de no discriminación: su trabajo no las hace personas con menos derechos.

En todos los artículos que tratamos sobre la prostitución ninguno de ellos sanciona al cliente y tampoco dentro de la regulación de salud existe alguna obligación para ellos; ante esto concordamos con Gladis Moscoso, citada líneas arriba cuando afirma que existe una “doble moral” frente a la prostitución. Sancionar solo la oferta y no la demanda impide una protección eficaz, que para evitar la prostitución de menores de edad, debería ser un elemento indispensable a tomar en cuenta. En el Ecuador se observa a diario a niños-as y adolescentes dispuestas en las calles a la “espera de clientes” sobre todo en ciudades de la costa en donde estadísticamente existe mayor número de personas mayores y menores de edad, dedicadas a esta actividad. La única forma de evitar en algo estas desgarradoras imágenes es generando programas integrales de reinserción escolar, ubicación en actividades laborales acorde a sus edades, protección de violencia intrafamiliar y por supuesto sancionando a los clientes que los buscan. La policía y los agentes de seguridad no deberían únicamente “correr” a las prostitutas apostadas en las calles, debería también existir la posibilidad de detener por intento de violación (cuando la persona es menor de

¹ Moscoso, Gladis, “Prostitución: víctimas y victimarios” en Guía de la mujer Ecuatoriana, recogido en “Pensamiento feminista y escritos de mujeres en el Ecuador”.

catorce años) o de estupro a los clientes en el momento en que “suben al carro” a menores de edad; la reforma del 2005 lamentablemente en la parte de la explotación sexual es la más deficiente en su redacción, no lo vincula a la prostitución como si ésta fuera una actividad aparte y no sanciona ni en este ni el capítulo continuo a quienes “demandan” los “servicios sexuales” o los bienes pornográficos, por ejemplo.

Art. 528. 6 Será sancionado con pena de uno a tres años de prisión:

1. La exposición, venta o entrega a menores de catorce años de objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas obscenas, que puedan afectar gravemente el pudor o excitar o pervertir su instinto sexual; y,
2. El que incitare a un menor de catorce años a la ebriedad o a la práctica de actos obscenos o le facilitare la entrada en los prostíbulos u otros centros de corrupción como cines o teatros que brinden espectáculos obscenos.

Este artículo que sanciona la corrupción a los menores, nos parece debería tener más precisiones para su eficaz cumplimiento y mayor concordancia con lo que establece al respecto el Código de la Niñez y la Adolescencia vigente desde el 2002; sin que esto signifique asimilar las edades pues el Código de la Niñez considera adolescentes a todas personas menores de dieciocho años y la protección que brinda se entiende hasta edad; cabría analizar si el delito se configuraría no sólo si el sujeto pasivo es menor de catorce años como lo señala la norma penal o si además debería dar protección, dependiendo de las circunstancias, a todas las personas hasta cumplir los dieciocho años.

Por otro lado, nos parece que de acuerdo a las nuevas tecnologías valdría la pena precisar que las imágenes, escritos, etc. pueden constar en cualquier tipo de soporte o formato digital o impreso.

Debería obligarse que los objetos cuenten en su etiqueta con una leyenda que indique que su venta es prohibida a personas menores de catorce años y que los establecimientos comerciales cuenten con la señalización de “venta prohibida a...”. Es importante destacar que estas consideraciones no deben entenderse como medidas moralistas, al contrario, insistiendo en la necesidad de una adecuada y oportuna educación sexual, sirven para proteger a los niños-as y adolescentes de un acercamiento equivocado hacia la sexualidad ligada al morbo y el tabú.

Actualmente la guerra mundial contra el tabaco ha sacado a la luz varias campañas que han obligado a las empresas productoras a advertir de los problemas de salud que

causa el consumo del tabaco y se han incrementado los controles para evitar la venta a menores de edad, lo mismo debería ocurrir con los licores, más en sociedades como la ecuatoriana en donde el alcoholismo es un problema de salud pública, consideraciones que valdrían la pena incorporarlas en el Código Penal para respaldar las disposiciones existentes al respecto en el Código de la Salud y otras leyes.

CAPITULO... DE LOS DELITOS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

El código de la Niñez y la Adolescencia define como explotación sexual a la pornografía infantil y a la prostitución, incluyendo de esta forma los delitos que en el Código Penal hoy se encuentran en capítulos distintos dentro del mismo Título de los Delitos de Rufianería y Corrupción de menores. La reforma del 2005 al incluir el capítulo específico de la explotación sexual tipificó delitos que hasta ese entonces no estaban incriminados y, a pesar de las diferencias que anotaremos, se recogió aspectos que ya sancionaba el Código de la Niñez y la Adolescencia desde el año 2002 y que necesitaban su correspondencia con el Código Penal.

Después de la una lectura rápida de estos delitos, la primera objeción que se presenta es la deficiente forma en que están redactados, que sin duda no favorece a la rápida y fácil comprensión y enseguida se teme la confusión de figuras. Artículos grandes y de varios incisos que bien pudieron ser colocados por separado, mejorar su orden y concordancia con los delitos establecidos en el capítulo anterior, sobre todo en los casos en que la explotación sexual es una derivación del proxenetismo.

Art. (...) Quien **produjere, publicare o comercializare imágenes pornográficas**, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato, u organizare espectáculos en vivo, con escenas pornográficas en que **participen los mayores de catorce y menores de dieciocho años**, será reprimido con **pena de seis a nueve años** de reclusión menor ordinaria, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, la inhabilidad para el empleo, profesión u oficio.

Con la misma pena incurrirá quien distribuyere imágenes pornográficas, cuyas características externas hicieren manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de **mayores de doce y menores de dieciocho años** al momento de la creación de la imagen.

Con la misma pena será reprimido quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico en cuyas imágenes participen **menores de edad**.

Cuando en estas infracciones, la víctima sea un **menor de doce años o discapacitado, o persona que adolece enfermedad grave incurable**, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de **doce a dieciséis años**, al pago de la indemnización, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, o la inhabilidad del empleo, profesión u oficio; y, en caso de reincidencia, la pena será de veinticinco años de reclusión mayor especial.

Cuando el **infractor de estos delitos sea el padre, la madre, los parientes hasta el cuarto grado de consaguinidad y segundo de afinidad, los tutores, los representantes legales, los curadores o cualquier persona del contorno íntimo de la familia, los ministros del culto, los maestros y profesores y, cualquier otra persona que por su profesión u oficio hayan abusado de la víctima**, serán sancionados con la pena de **dieciséis a veinticinco años** de reclusión mayor extraordinaria, al pago de la indemnización, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, a la inhabilidad del empleo, profesión u oficio.

Si la víctima fuere **menor de doce años, se aplicará el máximo de la pena.**

El artículo que antecede carece en su redacción de la más mínima técnica jurídica. No hay razón para incluir en un solo artículo cinco situaciones diferentes que lo único que hace es impedir la fácil comprensión. Intentaremos analizarlo por partes, advirtiendo de la enorme posibilidad, por la deficiente redacción, de confundirnos o mal entenderlo.

En los diferentes incisos del artículo se menciona en unos a menores entre catorce y dieciocho años; en otros a menores entre doce y dieciocho años y en otro dice simplemente menores de edad. El Art. 69 del Código de la Niñez y la Adolescencia dice: *“Constituyen explotación sexual la prostitución y la pornografía infantil. Prostitución infantil es la utilización de un niño, niña o adolescente en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución. Pornografía infantil es toda representación, por cualquier medio de un niño, niña y adolescente en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas; o de sus órganos genitales, con la finalidad de promover, sugerir o evocar la actividad sexual.”* Y en el artículo 4 se establece que se entiende por adolescente a la persona entre los doce¹ y los dieciocho años, con lo que el Código Penal para armonizar con el Código de la Niñez debía incriminar todo acto en que participen menores de dieciocho y endurecer la pena en caso que fueran menores de catorce años, siguiendo la lógica de lo

¹ No concordamos con la visión del Código de la Niñez que contradiciendo lo demostrado por la psicología evolutiva, equipara en doce años la edad para considerar adolescente; nos parece más conveniente la diferencia que mantiene el Código Civil y que señala doce años para las mujeres y catorce para los hombres.

establecido por ejemplo para el delito de violación. El artículo tal como está redactado deja la duda de la pena que correspondería si en el primer inciso la víctima es una persona entre los 12 y 14 años, pues se establece con claridad que el sujeto pasivo debe tener 14 y 18 años y después en el cuarto inciso se establece el agravante cuando la víctima es menor de doce.

El primer inciso parece sancionar a quien PRODUCE material de cualquier tipo u ORGANIZA eventos, en los que participen personas entre los catorce y dieciocho años.

El segundo inciso sanciona a quien DISTRIBUYE imágenes pornográficas de personas entre doce y dieciocho años.

El tercer inciso sanciona a quien FACILITA el acceso a espectáculos pornográficos o SUMINISTRA (¿repite el acto del inciso anterior?) material pornográfico de personas menores de edad.

Para estos tres primeros incisos la pena es de seis a nueve años y solo se refiere a quien ofrece los materiales, no a quien los demanda. En todo el capítulo solo en un caso se sanciona al “cliente” (el que ha contratado un paquete turístico conociendo que se incluyen actividades sexuales con menores de edad) y como lo dijimos al revisar los artículos referentes al proxenetismo, para lograr la protección que la ley busca dar a los menores de edad y que no sean sometidos a ninguna forma de pornografía ni de explotación sexual incluida la prostitución, debería sancionarse también a los consumidores. Atacar solo la oferta y no la demanda, igual que lo que sucede con el tema de las drogas es un error, todo esfuerzo realizado desde un solo lado no alcanzará los objetivos buscados: mientras siga existiendo demanda, la oferta buscará la forma de llegar hacia a ella, mientras más aumentan los riesgos de la producción más caro se vuelve el producto y más canales ilegales se crean; y para ejemplo, la mafia de la droga da muestras de su creatividad todos los días.

Los dos siguientes incisos hablan de situaciones agravadas, el primero cuando la víctima sea una persona menor de doce años o con alguna discapacidad y el siguiente cuando el/la agresor es pariente en el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Un artículo tan grande como confuso. La ley debe ser redactada de la manera más clara posible más todavía en materia penal en que la interpretación es restrictiva.

Art. (...) Quien con violencia, amenaza, intimidación o engaño utilizare a personas mayores de edad, en espectáculos que impliquen la exhibición total o parcial de su cuerpo con fines sexuales, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años.

Igualmente se trata de un tipo penal no reconocido hasta antes de la reforma. En este caso la víctima es una persona mayor de edad pero que participa en los espectáculos con su consentimiento viciado. Siempre será difícil lograr que la víctima por el propio temor que le infunde su agresor, lo denuncie, sin embargo, el haber incorporado el delito es una garantía para al menos no dejar en la indefensión a quienes lo hacen. Es importante anotar la necesidad de crear mecanismos de protección eficaces para las víctimas de violencia familiar y delitos sexuales, pues muchas veces sus agresores/as mantienen la posibilidad de contacto con ellas y el temor a las “represalias” les impide denunciarlos. En otros países de la región como Argentina, por ejemplo, existen alberges y casas de acogida para las víctimas de violencia familiar de manera que sean ellas quienes puedan huir del lugar compartido con el agresor y encontrar un lugar seguro con asistencia legal y psicológica hasta resolver el trámite judicial.

La Asociación de Trabajadoras Sexuales Flor de Azalea de la ciudad de Machala ha denunciando constantemente como los dueños de los prostíbulos en donde ellas arriendan los cuartos, las obligan a “hacer barra o salón”¹ y beber con los clientes, obligándolos a consumir licores de expendio en el prostíbulo como condición previa a permitirles arrendar el cuarto; sin embargo para ellas ha sido difícil demostrar que efectivamente son “obligadas” a realizar estas actividades y que al igual que cualquier otra persona tienen derecho a la protección e incriminar en esta caso a los dueños de burdeles y prostíbulos con los que ellas solo mantienen una relación de “arriendo de cuarto” y no de “servicios” dentro del local.²

¹ Hacer barra o salón: expresión utilizada para describir el baile en la barra del bar o paseándose por el local. El baile generalmente incluye “streptease” lo que hace que se coloque dentro del tipo penal que describe este artículo.

² Tomado de la exposición de la Lcda. Rosa Bravo, Presidenta de la Asociación de Trabajadoras Sexuales Flor de Azalea, en el taller organizado por el Movimiento de Mujeres del Oro para debatir propuestas para la Asamblea Constituyente. (Machala, marzo 2007)

Art. (...) Quien organice, ofrezca o promueva actividades turísticas que impliquen servicios de naturaleza sexual, será sancionado con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años y multa de diez mil a quince mil dólares de los Estados Unidos de América y la extinción de la persona jurídica o el cierre de la empresa, si pertenece a alguna persona natural.

La pena será de reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años, si la víctima fuere una persona menor de dieciocho años de edad y multa de quince mil a veinte mil dólares de Estados Unidos de América.

Se aplicará la pena de reclusión mayor extraordinaria de nueve a doce años, en los siguientes casos:

1. Cuando la víctima sea menor de doce
2. Cuando el ofensor se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o ésta se encuentre incapacitada para resistir, o se utilice violencia, amenaza o intimidación;
3. Cuando el ofensor sea cónyuge, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima; y,
4. Si tiene el infractor algún tipo de relación de confianza o autoridad, o si es representante legal, padrastro o madrastra de la víctima o ministro de culto.

Este artículo que obligó a que se reforme también la Ley de Turismo, prohíbe expresamente cualquier tipo de turismo sexual en el Ecuador. Ninguna actividad de naturaleza sexual, aún con la participación de mayores de edad, está permitida y la pena es drástica: reclusión, multa y cierre del negocio.

La pena se agrava si la víctima es menor de dieciocho años y además si existe alguna de las circunstancias que detalla; nos ratificamos en lo expuesto al analizar las agravantes del delito de proxenetismo pues en este caso también es un agravante si el agresor se aprovecha de la “vulnerabilidad de la víctima”, entendemos que la vulnerabilidad puede ser dada por una difícil situación económica o emocional que obligan a la persona a acceder al desempeño de estas tareas que no existiendo estas circunstancias no lo haría.

Art. (...) El que, por cualquier medio, adquiera o contrate actividades turísticas, conociendo que implican servicios de naturaleza sexual con personas menores de dieciocho años de edad, será sancionado con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años.

Este artículo que tiene el mérito de ser el único que sanciona al demandante del servicio, es más permisivo en relación al artículo anterior: en el Ecuador está prohibido todo tipo de turismo sexual, aún con mayores de edad, sin embargo la sanción al cliente cabe solo si en el servicio que contrata participan menores de dieciocho años.

La pregunta que nos hemos hecho a lo largo de este capítulo es si la sanción debería ser sólo para actividades turísticas, o debería sancionarse a toda persona que contrata con un menor de dieciocho cualquier servicio de naturaleza sexual. Lo que todos vemos es que los niños-as “voluntariamente trabajan” prostituyéndose y mientras el delito no sea flagrante la policía no puede actuar, no cabe duda que la persona que sube a su carro a uno de estos niños.-a/adolescentes que se encuentra en las calles en un 90% de los casos es para mantener relaciones sexuales o alguna actividad de naturaleza sexual. En principio, si son menores de catorce se configuraría una violación, si son mayores de catorce y no existe ninguna de las circunstancias que configuren violación o estupro el acto no es incriminado. Pero como es una actividad voluntaria de la víctima no hay denuncia, la policía no puede actuar y la prostitución infantil y de adolescentes es una dolorosa realidad. Insistimos en la necesidad de sancionar severamente a toda persona que contrate por cualquier medio (no solo paquetes turísticos) actividades de naturaleza sexual con menores de dieciocho años.

Art. (...) El que promueva, induzca, participe, facilite o favorezca la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta con fines de explotación sexual, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años. Si la víctima fuere una persona menor de dieciocho años de edad, se aplicará el máximo de la pena. Se aplicará la pena de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, cuando concurren una o más de las siguientes circunstancias:

1. Si la víctima fuere una persona menor de doce años
2. Si hay abuso de autoridad, o de una situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima;
3. Si el ofensor es cónyuge, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima;
4. si el infractor tiene algún tipo de relación de confianza, autoridad, si es representante legal, padrastro o madrastra de la víctima o ministro de culto; y,
5. Si la víctima, como consecuencia del delito, sufre una lesión física o daño psicológico permanente o contrae una enfermedad grave o mortal

Art. (...) En el caso de que por la comisión de cualquiera de los delitos de este Capítulo, se produjera la muerte de la víctima, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Art. (...) El que induzca, promueva, favorezca, facilite la explotación sexual de menores de dieciocho años de edad, o de las que tienen discapacidad, a cambio de remuneración o cualquier otra retribución, o se apropie de todo o parte de estos valores, será sancionado con pena de reclusión menor ordinaria de **seis a nueve años** y el comiso de los bienes adquiridos con los frutos del delito y al pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Si la víctima es menor de catorce años, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años. En caso de reincidencia, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Confusión, repetición y contradicción. Los tipos penales son bastante coincidentes con los constantes en el capítulo del proxenetismo, pero la pena es más dura y mientras en los otros se habla específicamente de prostitución o de mantener relaciones sexuales, en éstos el término utilizado es Explotación Sexual. ¿Es lo mismo? Para el Código de la Niñez y la Adolescencia como lo mencionamos, la Explotación Sexual implica: pornografía y prostitución. Se trata de una relación de género-especie, pero en el Código Penal actualmente contamos con un Capítulo de Proxenetismo y Corrupción de menores, que si toca tipos agravados por tratarse de personas menores de dieciocho años, y otro capítulo incluido en el 2005 que trata la Pornografía, tipo antes inexistente, y lo que define en los artículos que anteceden estas líneas como explotación sexual, pero que aparentemente se refiere a la prostitución.

Nuestro criterio es que los tipos incluidos por la reforma del 2005 debieron colocarse dentro de un mismo capítulo, armonizando más con el Código de la Niñez y la Adolescencia en donde se regule todo lo referente a la Explotación Sexual: Proxenetismo de mayores y menores de edad con todas las circunstancias agravantes; pornografía de mayores y menores de edad con todas sus circunstancias y la referencia de las actividades turísticas.

La deficiente redacción, la repetición o ampliación de tipos penales en dos capítulos distintos hacen que si bien la reforma recoge nuevos delitos que antes estaban en la indefensión, también se generen dudas sobre las normas aplicables en los casos de prostitución o explotación sexual de menores de edad. Si en materia penal el principio básico es in dubio pro reo, esta confusión de tipos hace que el objetivo de la reforma de sancionar con mayor severidad no se cumpla. El gran vacío, lo reiteramos, es la falta de sanción a la demanda de servicios.

CAPITULO.... DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS SEXUALES Y DE TRATA DE PERSONAS

Art. (...) En el caso de concurrencia de delitos sexuales y /o trata de personas, las penas se acumularán hasta un máximo de treinta y cinco años.

Art. (...) En los delitos contemplados en el título VIII, del Libro II del código Penal, la acción penal prescribirá en el doble del tiempo de la pena máxima prevista para

cada infracción, sin que el plazo pueda exceder de cincuenta años. La pena prescribirá en un tiempo igual al doble de la condena, pero el plazo de prescripción nunca será mayor de treinta y cinco años ni menor de cinco años.

Art. (...) El comportamiento público o privado de la víctima, anterior a la comisión del delito sexual o de trata de personas, no será considerado dentro del proceso.

Art. (...) En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad, será irrelevante. En los delitos de trata de personas, el consentimiento será irrelevante.

Art. (...) Si el autor o responsables de la comisión de delitos sexuales o de trata de personas, al momento de cometerse la infracción, ejerce respecto de la víctima su patria potestad o representación legal será sancionado, además de la pena correspondiente, con la pérdida indefinida de éstas.

Art. (...) Cuando los medios de comunicación hicieren apología de delitos sexuales y de trata de personas, los respectivos representantes legales serán sancionados con multas de hasta veinte mil dólares de los Estados Unidos de América, sin perjuicio del comiso de los productos o medios empleados para su comisión. En caso de reincidencia, se procederá a la clausura y reversión de las frecuencias o autorizaciones para su funcionamiento.

Art. (...) Lo relacionado con libertad condicional, reducción de penas, modificación de la pena, suspensión del cumplimiento de la pena, condena condicional y libertad condicional, previstas en el Libro I, Título IV, Capítulo II del Código Penal, no se considerarán ni aplicarán para el caso de los delitos contemplados en el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando hubieren sido cometidos en contra de personas menores de dieciocho años de edad.

La trata de personas fue otro de los capítulos incluidos en la reforma de junio del 2005 y se incorporó dentro del Título II De las Delitos contra las garantías constitucionales y la igualdad racial con el nombre de “Del Delito relativo a la Trata de Personas”, cuyo primer artículo dice: *“Constituye delito de trata de personas, aunque medie el consentimiento de la víctima, el promover, inducir, participar, facilitar o favorecer la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta, con fines de explotación ilícita, con o sin fines de lucro.*

Para efectos de esta infracción, se considera explotación toda forma de trabajos o servicios forzados, esclavitud laboral, venta y/o utilización de personas para mendicidad, conflictos armados o reclutamiento para fines delictuosos”

Ante la posibilidad real de delitos de trata de personas con fines de explotación sexual, la reforma incluyó estas disposiciones comunes que confirman la intención del legislador de castigar con severidad estos casos. El tercer artículo incluido en este capítulo es la garantía para que no se valore la conducta anterior o posterior de la víctima, lo que principalmente para el caso de personas GLBTT y Trabajadoras Sexuales constituye una conquista superando concepciones moralistas y discriminatorias que las hacían más indefensas para acceder a la justicia en los delitos sexuales y de trata de personas. Además, se elimina al menos formalmente, el terrible requisito de probar, que a más de ser víctima del delito se tiene una vida “honrada y digna”, que no provocó la agresión y que por lo mismo se “merece” la protección de sus derechos; con la introducción de este artículo esperamos que ya no se le imputen a la propia víctima parte de las consecuencias del delito. (La víctima, en interrogatorios en que la convertían prácticamente en el delincuente, tenía que dar explicaciones sobre el porqué del lugar, la hora y hasta la ropa que utilizaba al momento de ser agredida sexualmente, como si la ley garantizaría la protección solo a las mujeres que van de pantalón y no de falda, o sólo hasta tal hora o en tales lugares)

Art. (...) El que alterare la identidad de un niño; lo sustituyere por otro; suponga un embarazo o parto; entregue o consigne datos falsos o supuestos sobre un nacimiento; usurpare la legítima paternidad o maternidad de un niño; o, declare falsamente el fallecimiento de un recién nacido, será sancionado con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años y multa de quince mil a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América.

Aparentemente este artículo se encuentra mal ubicado, en nuestro criterio debería estar dentro del Título IX que trata de los Delitos contra el Estado Civil.

CAPITULO IV DEL RAPTO

Art. 529 Será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de cuarenta a cien sucres el que, **con fines deshonestos**, por medio de violencias, artificios o amenazas, hubiere arrebatado o hecho arrebatado a un menor de mas de siete años de edad.

Art. 530 Si la persona arrebatada es una niña menor de dieciséis años, la pena será de tres a seis años de reclusión menor.

Art. 531 El que hubiere arrebatado o hecho arrebatar a una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiere consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor, será reprimido con uno a cinco años de prisión.

Art. 532 El raptor que se casare con la menor que hubiere arrebatado o hecho arrebatar, y los que hubieren tomado parte en el rapto, no podrán ser perseguidos sino después de haber sido definitivamente declarada la nulidad del matrimonio.

¿Es el rapto un delito sexual, o un delito contra la libertad?

¿Cuál es el bien jurídico tutelado por la figura del rapto tal como está tipificada en nuestro código? El tipo penal exige, y eso principalmente lo que le diferencia del plagio¹, que los fines sean “deshonestos”, lo que equivale en nuestro criterio a “fines de naturaleza sexual” que podría ser la forma de expresarse para no caer en lo que hemos criticado más de una vez a lo largo de este trabajo por la utilización de conceptos subjetivos y más bien relacionados a lo moral que a lo legal.

El rapto, responde a nuestro parecer, a circunstancias que hoy han variado profundamente en la sociedad. En épocas pasadas en donde los matrimonios arreglados eran el común denominador y las parejas se juntaban por voluntad de sus padres, mas no por su propia voluntad y en los casos más patéticos aún sin conocerse, el rapto era la opción del valiente enamorado que se atrevía a “llevarse ilegalmente” a la doncella para impedir su unión con otro y prácticamente al suponerse la existencia de unión carnal entre los enamorados no quedaba más remedio que los padres accedieran a permitir el matrimonio de los “delincuentes”. Esto justifica la existencia de los artículos 531 y 532; el hecho que la voluntad de la “víctima” no sea considerada en absoluto y que mientras dure el vínculo matrimonial no sea posible perseguir el delito, deja claro que lo que se protege no es la libertad e integridad sexual y ni siquiera la libertad de la persona raptada, más cercano parece ser que el bien jurídico tutelado sea la voluntad de los padres de la víctima o la institucionalidad familiar.

Los fines caen dentro del terreno de los delitos sexuales, porque implican una violación a la libertad e integridad sexual, más el hecho mismo del rapto, aunque no lleguen a concretarse los fines, implica la privación de otro bien jurídico: la libertad.

¹ Plagio: Art. 188 del Código Penal: “El delito del plagio se comete apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño, sea para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otra, o para obtener cualquier utilidad, o para obligarla a pagar el rescate o entregar una cosa mueble, o extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos, o para obligarla a que haga u omite hacer algo, o para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados tendiente a la liberación del plagiado.”

Varias legislaciones actualmente incorporan al rapto dentro de los delitos contra la libertad individual considerando la variable de los fines de naturaleza sexual como un agravante del tipo.

Como lo decíamos en el primer capítulo al analizar los delitos en la antigua Roma, es claro que la redacción de estos artículos encierran una discriminación de género mal fundada: ¿por qué ha de agravarse la pena solo si la víctima es una niña menor de dieciséis?, ¿no es igual de grave que la víctima sea un niño?

La figura del rapto con matrimonio nos parece que no hace falta especificarla, pues en el Título De los Delitos contra el Estado Civil se tipifica el caso del matrimonio que ha sido celebrado con el consentimiento viciado de uno de los contrayentes por engaño, fuerza...etc. y por el contrario, el mantenerlo como figura independiente afirma nuestra sospecha sobre el bien jurídico tutelado pues en este caso, el delito no puede perseguirse mientras no se declare la nulidad del matrimonio, lo que en otras palabras significa que el matrimonio borra el delito. El rapto tal como está concebido es para nosotros un rezago de las normas proteccionistas sobre las mujeres que en un disfrazado “cuidado” de la sociedad, nos colocaba como personas incapaces de decidir por nosotras mismas.

Nos inclinamos por considerar al rapto como un delito contra la libertad, que podría incorporarse a continuación del plagio, especificando que en este caso son los fines de naturaleza sexual los que configuran el tipo. Además nos parece importante recordar que la ley no tipifica el rapto de personas mayores de edad y nada mencionada respecto del tiempo que dure el rapto y el trato que la víctima ha recibido.¿Debería la ley considerar elementos agravantes para el rapto, como el tiempo y las condiciones en que es mantenida la víctima? ¿Debería incluirse el rapto para mayores de edad, siendo que los fines de naturaleza sexual pueden seguir siendo el móvil y por lo mismo no encasillar totalmente en el plagio u en otro tipo contemplado actualmente? ¹

¹ Mientras desarrollo el presente trabajo hace noticia la historia de una mujer francesa, raptada a los ocho años de edad y mantenida encerrada en una habitación sin luz ni ventilación durante 10 años, tiempo el que su raptor fue la única persona con la que tuvo contacto y con quien hizo vida común. En las declaraciones de la víctima el raptor fue hasta “tierno” con ella. Al contar con acceso a internet y televisión conoció las historias de mujeres violentadas en Ciudad Juárez en México y al lograr escapar tras diez años de “rapto” ofreció vender su historia a cambio que los dineros recaudados fueran utilizados en la protección de las mujeres en Ciudad Juárez.

Conclusiones:

En términos generales la normativa vigente a raíz de la reforma del año 2005 tiene como logro el haber incorporado nuevos tipos penales que antes dejaban en la impunidad a delitos graves como la pornografía infantil. Otro de los aspectos positivos es el haber endurecido las penas, el haber incorporado nuevas circunstancias agravantes y restringido las atenuantes. Sin embargo la forma, la redacción y organización de los textos, es bastante deficiente y genera confusiones; principalmente el capítulo referente a la Explotación Sexual aparentemente fue redactado sin considerar los tipos ya existentes en el Código en el capítulo inmediato anterior sobre el Proxenetismo y sin armonizar con lo que contempla el Código de la Niñez y la Adolescencia, todo ello ha generado una confusión de normas, de tipos y de penas.

En cuanto a las sanciones nos parece que una de las debilidades mayores de la reforma es el haber mantenido el criterio de sanción sólo frente a la oferta y no contra la demanda, que el caso de los delitos de prostitución y pornografía infantil, creemos es la única forma de dar una protección efectiva.

El cambio del artículo 504 y la eliminación de los artículos referidos al atentado al pudor es el punto más crítico de la reforma. La nueva figura no recoge lo que antes protegía el atentado al pudor, a pesar de la forzada Ley Interpretativa del Congreso. El nuevo tipo penal cuando mas se acerca al anterior atentado con violencias y amenazas pero no recoge la situación del atentado simple.

En nuestro criterio existen algunos temas pendientes que se escaparon a la reforma: creemos que la bestialidad debe ser sacada del catálogo de los delitos para darle la necesaria derogación formal aún cuando en la práctica ya esté derogada; el artículo referente al homosexualismo debería ser eliminado e incluirse como un tipo independiente cualquier agresión sexual de ascendientes contra descendientes, sin importar el sexo ni la edad de la víctima. El rapto es una figura que nos provoca más de una interrogante, creemos más conveniente incluirlo dentro de los delitos contra la libertad, manteniendo los fines de naturaleza sexual para la configuración del delito, que además debería incluir la posibilidad de rapto a mayores de dieciocho años.

CAPITULO 4: LA SEXUALIDAD Y LA DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO EN EL ECUADOR.

Introducción:

A lo largo de los tres capítulos que anteceden, hemos intentando recalcar que al hablar de delitos sexuales es indispensable hablar de sus derechos correlativos, y, como no puede ser de otra manera, hablar de derechos implica analizar su plena y efectiva vigencia en la comunidad; las posibilidades de exigibilidad que tienen los ciudadanos-as y las condiciones que amenazan o impiden que estos derechos sean ejercidos plenamente sin discriminación. Por esta razón y una vez que hemos revisado la normativa jurídica existente en materia penal sobre los delitos sexuales, pretendemos en los dos capítulos que siguen confrontarlos con la vigencia de los derechos que dicen garantizar; entender la sexualidad en su real dimensión, objetivo principal de este trabajo, y que junto con el género, constituyen temas fundamentales para plantear los conceptos de discriminación en razón de la preferencia sexual y de la condición de hombre o mujer.

En este cuarto capítulo nos enfocaremos en un inicio a plantear el problema de la discriminación y la discriminación positiva para llegar a establecer las características de la discriminación en razón del género en el Ecuador. Plantearemos el análisis de los derechos sexuales y reproductivos frente a los delitos analizados, amparados principalmente por los resultados de la Conferencia Internacional de El Cairo que se constituye en el punto de referencia en el reconocimiento explícito de los Derechos Sexuales y Reproductivos.

4.1 Discriminación: Concepto

Para plantear el concepto de discriminación es primordial partir de la idea de IGUALDAD, entendida ésta como principio y valor jurídico. Sólo comprendiendo el derecho a la igualdad se puede entender cuando estamos frente a un caso de discriminación y, cuando, como lo veremos más adelante, se debe partir de una

discriminación para llegar a la igualdad; lo que llamamos discriminación necesaria, positiva, ó acción afirmativa, como se la reconoce internacionalmente.

El derecho a la igualdad ante la ley constituye la base del sistema de los derechos humanos reconocido y privilegiado en varios tratados y convenciones, lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Declaración Americana de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en convenciones específicas contra la discriminación como la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial de 1965, Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer de 1979, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, los Convenios 100 y 111 de la OIT sobre las igualdad de Remuneración y la Discriminación de Empleo y Ocupación, entre otros.

A pesar de ello vale aclarar que, por ejemplo, la discriminación en razón de orientación sexual así como en razón de edad o por la existencia de discapacidades o deficiencias físicas no son explícitas en muchos de estos de instrumentos, pero que sin embargo no debería ser un impedimento por el amparo que brinda la expresión abierta que se coloca al final de cualquier enumeración en que se expresa la prohibición de discriminación por cualquier otra causa o condición social.

El derecho a la igualdad, sustentado en la prohibición de la discriminación, es entendido tanto como principio de interpretación de toda norma así como un derecho en si mismo y lo vamos a encontrar siempre de la mano del concepto de discriminación.

Pero resolver el problema de la igualdad ha sido una de las tareas en la que varias ciencias, y no solo el Derecho, han dedicado su interés. La Filosofía, la Sociología, la Economía, la Política, entre otras, han intentando resolver el problema de lo que Bobbio llama la “equiparación”, es decir resolver el problema de la “igualdad entre quienes” y la “igualdad en que”, que ha decir del autor italiano, es el conflicto en que nos encontramos cuando se trata *“de asignar ventajas o desventajas, beneficios o gravámenes, en términos jurídicos, derechos o deberes, a una pluralidad de individuos pertenecientes a una determinada categoría”*.¹

¹ Bobbio, Norberto “Igualdad y Libertad”, pag. 69

En el ámbito jurídico el concepto igualdad está relacionado de manera inseparable con el concepto de justicia; como bien explica Bobbio, *“el que dos cosas sean iguales entre sí no es ni justo ni injusto, es decir no tiene por sí mismo ni social ni políticamente valor alguno. Mientras que la justicia es un ideal, la igualdad es un hecho”*. *“Esa es precisamente la diferencia de la igualdad entre cosas y de la igualdad entre seres humanos, que en el un caso se presenta como un hecho, mientras que en el otro la igualdad se presenta como un valor y como un derecho inherente a nuestra condición humana. Al ser un valor, el problema de la igualdad es la percepción de lo que creemos como personas y como sociedad que es, y debe ser, precisamente igual”*¹

Si bien el análisis que hace Bobbio en su texto, busca establecer que los principios de igualdad y libertad constituyen el pilar fundamental en donde se sustentan las diferencias entre las corrientes políticas de Izquierda y de Derecha, el autor hace una exposición bastante clara sobre las características de estos principios-derechos que son, o deberían ser, inherentes a la condición de seres humanos, sin ninguna discriminación más que las provenientes de tratos desiguales para lograr mayor justicia y aplicación de los principios. Para Bobbio, la diferencia entre Izquierda y Derecha como corrientes políticas, está en que mientras la primera privilegia la Igualdad sobre la Libertad, la segunda lo hace a la inversa; adicionalmente el autor, de tendencia izquierdista, considera que la Igualdad que busca la Derecha se limita a la igualdad ante la ley mientras que la Izquierda, basada en la igualdad ante la ley, lucha por la igualdad de oportunidades que es precisamente la base teórica que sustenta la necesidad de trato desigual para personas desiguales, que no quiere decir discriminación, sino que por el contrario pretende garantizar que todas las personas con sus particularidades, tengan igualdad ante la ley.

La igualdad entonces, es el principio rector que obliga a la no discriminación. Si pensamos únicamente en la igualdad ante la ley nos quedaríamos en que toda persona deberá ser tratada de la misma manera, sin ninguna prerrogativa o discriminación en razón de su condición económica, género, orientación sexual, raza, origen, discapacidad, filiación política, creencia religiosa, idioma, etc.² Sin embargo, como

¹ Falconí, Diego, El final está cerca. La adopción en el Ecuador para parejas GLBTT, pag. 82

² La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación racial define a la discriminación como: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en

los seres humanos no nacemos iguales, es necesario generar las condiciones de igualdad y el Estado a través de su ordenamiento jurídico está obligado a garantizar el efectivo cumplimiento de este derecho; en este sentido se ha reconocido que la discriminación puede ser de iure o de facto. De iure cuando es la norma misma la que establece una condición discriminatoria y de facto, cuando sin ser la norma discriminatoria, si lo es su interpretación o aplicación; ambas situaciones están prohibidas en el sistema internacional de derechos humanos, según se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de la ONU. ¹

4.2 Discriminaciones permitidas: Acción Afirmativa y Trato Diferente

Como lo mencionamos líneas arriba, los seres humanos no nacemos en igualdad de condiciones y esto obliga a que se consideren “discriminaciones permitidas” para lograr la igualdad. Diego Falconí en su trabajo de tesis “El final está cerca” sobre la adopción para parejas GLBTT en el Ecuador, hace una exposición resumida y con buenas fuentes sobre las dos clases de discriminaciones permitidas: acción positiva y trato desigual; utilizaremos la información que nos brinda este autor como fuente principal de este apartado.

Acción Afirmativa: La acción afirmativa, conocida también como discriminación positiva, parte del principio de “desigualar para igualar” sosteniendo que el “trato igual no necesariamente significa trato no discriminatorio”. Se entiende por acción afirmativa las *“medidas que suponen la creación de mecanismos o la utilización de políticas de carácter diferenciado para favorecer a personas o colectivos que están o han estado discriminados, o que se encuentran en una situación de desventaja”*.² La acción afirmativa busca generar circunstancias de verdadera igualdad para garantizar que las personas se encuentren en las mismas condiciones frente a una determinada circunstancia. A manera de ilustración, pensemos en una competencia atlética, una

determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por **objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales** en razón de su raza)” (la negrilla es nuestra)

¹ C.I.D.H. “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. parr. 85

² García Añón, José. “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”. Universidad de Valencia, citado por Diego Falconí en su tesis “El final está cerca” pag. 86

maratón. En ella todos los participantes se encuentran perfectamente bien ubicados en la línea de partida, más al observar a los-as competidores, vemos que sus circunstancias son diferentes: uno de ellos aparenta una fisonomía completamente atlética, otra en cambio está en una silla de ruedas; otro es un niño de bastante menos edad y estatura que los demás competidores...; así, aunque todos están en igualdad, pues competirán bajo las mismas reglas y recorrerán la misma distancia, con los mismo obstáculos; las condiciones en las que llegan a la “partida” ya los coloca a unos en situación de desventaja en relación a los otros. Tratarlos de igual manera a todos, sería un acto discriminatorio.

Falconí recoge en su tesis los extractos de sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos, que constituyen jurisprudencia y anteceden al origen de la acción positiva como término; una de ellas es la dictada en el caso “Brown vs. Board of Education” que, argumentando las dificultades psicológicas por las que atravesaban los estudiantes negros al sentirse inferiores por ser enviados a “escuelas especiales” para ellos, calificó como una situación de discriminación la segregación racial dada en las escuelas públicas forzando la unificación del sistema educativo. Pero el *“término acción afirmativa nació con la Orden Ejecutiva 11246 del presidente Lyndon Johnson's 1965 que ordenaba a los contratistas del gobierno “tomar acciones afirmativas a favor de los empleados que sean parte de minorías en todos los aspectos de contratación y empleo. Los contratistas deben tomar acciones específicas para asegurar la igualdad en contratación y deberán documentar estos esfuerzos”*.¹

Sin embargo, la acción afirmativa no puede convertirse en una “discriminación a la inversa” y por ello se hizo indispensable establecer los límites para que no se abuse de este recurso y termine menoscabando derechos de las mayorías en aras de otorgar derechos a las minorías. En la doctrina y la jurisprudencia internacional se han establecido como límites a la acción afirmativa el respeto al principio de igualdad y no discriminación, en el sentido de lo dicho al iniciar el párrafo, “no caer en una discriminación a la inversa”; y además el carácter temporal de la medida impuesta por la acción afirmativa, esto es, que su permanencia se mantiene mientras existan las inequidades de facto en la sociedad, buscando eliminar la discriminación en un

¹ “Affirmative Action”. S.N S.A, citado por Diego Falconí, en su tesis “El final está cerca”, pag. 86

tiempo menor del que se eliminaría de no existir la acción afirmativa; así lo expresa del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la Observación General 18:

“En un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.”¹

En el Ecuador la acción afirmativa era un término no común hasta algunos años. Con la Constitución del 98 que definió al Estado como “Estado Social de Derecho” y que además reconoció en su parte dogmática derechos especiales para mujeres; comunidades indígenas y afroecuatorianas; niños-as, el término y la utilización de la acción afirmativa como recurso cobra mayor importancia.

Un ejemplo de una acción afirmativa para neutralizar situaciones discriminatorias, es el caso de la famosa Ley de Cuotas en la conformación de listas para cargos de elección popular que busca promover y garantizar la participación de la mujer en la vida pública.

Trato diferente o diferenciación no discriminatoria: *“Según los órganos internacionales para la protección de los derechos humanos, no todo trato diferente constituye discriminación, aun cuando la distinción se funde en uno de los criterios enumerados en las disposiciones de los instrumentos internacionales sobre discriminación”²*; siempre que con ello no se anule o menoscabe ningún derecho. El trato diferente o la diferenciación no discriminatoria se encuentra íntimamente ligado al concepto de acción afirmativa que acabamos de revisar, pues efectivamente el tratamiento diferente para una categoría de personas podría traducirse en una medida impuesta por una acción afirmativa, en busca de eliminar las condiciones de desventaja en que se encuentran.

No puede considerarse discriminación las exigencias que se establecen para la calificación a un empleo, por ejemplo, siempre que éstas respondan de manera

¹ Comité de Derechos Humanos. Observación general 18. Sobre la no discriminación. Del 11 de octubre de 1989. Párrafo 10.

² O Donell, Daniel. Protección Internacional de los derechos humanos. Citado por Falconí, Diego en “El final está cerca”..

exclusiva a la cualificación de la persona, en este sentido, si se establecen condiciones de instrucción formal, destrezas o habilidades necesarias para el ejercicio del cargo no constituye bajo ningún concepto una forma de discriminación; pero si, por el contrario, se consideran situaciones que no varían en nada la capacidad de la persona, como su filiación política, su orientación sexual o su género, entonces si estamos frente a una actitud discriminatoria. Este principio está reconocido en el Art. 1.2 del Convenio No 111 sobre la Discriminación en materia de Empleo y Discriminación que dice: *“Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminatorias”*

En nuestra constitución vigente, en el Art. 47 que inicia la sección de los “Grupos Vulnerables”¹ se contempla una situación de trato diferente al establecer que *“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.”* Este derecho a recibir atención preferente es, en efecto, un trato desigual establecido como principio constitucional, que sin embargo y por razones que sobran explicarlas, no constituye un trato discriminatorio y que por el contrario busca garantizar un trato digno a las personas que se encuentran, por alguna de las causas señaladas, en situaciones “diferentes” que ameritan atención especial; un ejemplo de trato diferente pueden ser las Comisarías de la Mujer y la Familia que responde a la dramática situación de violencia doméstica que existe en contra de las mujeres y los niños-as.

Revisemos algunas interpretaciones dadas al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que recoge Falconí en su trabajo, para diferenciar el trato desigual del trato discriminatorio:

¹ Rechazamos el calificativo de grupos vulnerables por considerar que no son las personas que están en este segmento vulnerables en si mismo sino que es la sociedad la que nos hace vulnerables por sus leyes y sus prácticas. En el caso del Ecuador, al revisar el artículo transcrito, resulta que casi toda la población del país es vulnerable, prácticamente solo se “salvan” los hombres mestizos, adultos, sanos y heterosexuales.

“El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.”¹

“... por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana (...) Existen, en efecto, ciertas desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. No habrá pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón, o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de trato del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresan de modo proporcionado una fundamental conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que en alguna manera repugnan a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.”²

“... sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que eso contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.”³

“De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos una distinción de trato por parte del Estado no será discriminatoria, siempre y cuando los objetivos de la norma y la medida que establece el tratamiento diferenciado sean lícitos; la distinción se base en desigualdades reales y objetivas entre las personas; y se observe el principio de proporcionalidad entre medios empleados y fin perseguido.”⁴

¹ C. I.D.H. “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18. párr. 84

² C.I.D.H.; Opinión Consultiva OC 4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización.

³ C.I.D.H. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17. Párr 46.

⁴ Sistema Internacional ONU. “Venezuela en cuanto a discriminación a mujeres”.

De las opiniones consultivas emitidas con la CIDH se desprenden algunas de las características que debe cumplir el trato diferente y acción afirmativa para no convertirse en un acto discriminatorio, éstas según el autor que seguimos serían:

1. Se admite siempre que sea una discriminación positiva del Estado a un grupo vulnerado, débil o que requiera protección especial
2. Debe ser razonable y objetivo.
3. No debe causar detrimento en los derechos humanos de ninguna persona
4. No puede irse en contra de la dignidad humana
5. No puede contrariar la justicia ni la naturaleza de las cosas
6. La distinción se base en desigualdades reales y objetivas entre las personas.
7. Debe existir proporcionalidad entre medios empleados y fin perseguido.

4.3 Discriminación por género

4.3.1: Género: Concepto

Hasta aquí hemos planteado el tema de la discriminación de forma general y hemos hecho una exposición breve sobre las llamadas discriminaciones permitidas (acción afirmativa y trato diferente) a fin de sentar las bases para el análisis enfocado en torno a la discriminación por género en el Ecuador y de manera especial en lo tocante a los derechos sexuales y reproductivos.

Antes de responder la interrogante planteada sobre si existe o no discriminación por género en el Ecuador, nos ha parecido pertinente detenernos en la comprensión del término género, que aunque en la actualidad es una de las expresiones de “moda” y evocada con frecuencia, no siempre es entendida plenamente ni aún por quienes la utilizan indiscriminadamente.

Es indispensable partir de la comprensión del “Género” como categoría sociológica y de análisis de las ciencias sociales y no solo como categoría gramatical de clasificación literaria como fuera entendida hasta hace algunas décadas y en la que se han quedado algunos distinguidos lingüistas que siguen creyendo innecesario que el lenguaje incorpore una “visión de género” y consideran los desdoblamientos del

lenguaje (el decir por ejemplo: ciudadanos y ciudadanas) una absurda consecuencia de la “moda feminista” que ha acabado con la economía del lenguaje afirmando que a la discriminación hay que ganarla en los tribunales y no en detalles lingüísticos¹.

Citemos textualmente la explicación que realiza Marcia Moya, respecto del término “género” que por tratarse además de una publicación pedagógica, es bastante clara y sencilla:

“El término género es utilizado en las ciencias sociales desde la década de los ’50. John Money (1955) usó “el papel del género” para describir el conjunto de conductas atribuidas a hombres y mujeres; por lo tanto la sociedad determina que es lo propio de las mujeres y lo propio de los hombres. El concepto de género captado y aplicado con agudeza por Simona de Beauvoir que afirma en su libro “El segundo Sexo” (1949) que ser hombre o ser mujer es una construcción social y que por lo mismo una mujer no nace, se hace, son formulaciones con las que Simona distingue sexo de género y sugiere que el género es un aspecto de identidad que se adquiere gradualmente.

Esta distinción entre sexo y género ha sido crucial para el largo esfuerzo feminista de derrotar la afirmación de que la anatomía es destino; el sexo debe entenderse como una invariable, el género remite a la forma y el significado cultural que adquiere el cuerpo, los modos, las variables de la aculturación del cuerpo. Ser hembra y ser mujer son dos formas diferentes de ser. (...)

Teresa de Lauretis señala que el género como la sexualidad, no es una propiedad de los cuerpos ni algo existente desde el origen de los seres humanos, sino que es un conjunto de efectos producidos sobre los cuerpos, los comportamientos y las relaciones sociales; al mismo tiempo que constituye una construcción socio cultural, es un aparato semiótico, esto es un sistema de representaciones que asigna significado a los individuos dentro de la sociedad.”²

Moya destaca, y coincidimos con ella, que el concepto de género es un método de análisis en la construcción de las relaciones entre personas y sus papeles en la sociedad y especialmente en el modo de utilizar el poder en la naturaleza, en la economía, política, trabajo, religión, sexualidad, etnia, cultura.

¹ “Creo yo, por el contrario, que el sexismo sí está en las palabras; está presente en los hechos, en las realidades cotidianas, en los derechos de los individuos y en las leyes, pero también en el lenguaje, también en las palabras. Y negarlo no va a contribuir a desterrarlo de nuestra sociedad. Otros profesionales deberán luchar contra el sexismo en otros ámbitos; los lingüistas y demás profesionales de la palabra deberemos también denunciar el sexismo lingüístico, y contribuir a corregir los fallos en estos espacios. Tarea nuestra será matizar en qué recursos radica, y cómo evitarlo por procedimientos razonables y no estúpidos, sensatos y eficaces.” Soledad de Andrés Castellanos, en su ponencia: El sexismo en el lenguaje, el estado de la cuestión: reflejos de la prensa” presentado en I Simposio Internacional de Análisis del Discurso en la Universidad Complutense de Madrid, abril 1998. Publicado en el sitio web de la Universidad Complutense de Madrid.

² Moya, Marcia. Transmitiendo el cuerpo del conocimiento, pag. 9-10

*“Es en 1968 cuando Robert Stoller establece la diferencia conceptual entre sexo y género, el primero como un hecho biológico y el segundo como los significados que cada sociedad le atribuye a ese hecho (...) En los setenta varias autoras feministas profundizan la reflexión respecto de la diferencia entre sexo y género, insistiendo en que el género es el resultado de las construcciones sociales, de acuerdo a cada época y lugar que dan significado a la diferencia sexual. Un aporte fundamental de este momento fue el quitarle el calificativo de natural y por lo mismo inmutable al ser mujer y ser hombre. Si el género es construido socialmente, es sin duda, susceptible de ser transformado”*¹

Esto que parecería una diferenciación sencilla de lograr y asimilar constituye un verdadero hito en la historia de la lucha feminista que ha buscado desligar una condición exclusivamente biológica que justificaba la subordinación de la mujer frente al hombre. Las diferencias físicas-genitales no podían ser el sustento de la discriminación, y la comprensión del género como categoría *“permite desarmar la naturalización de la opresión basada en hechos biológicos que son proyectados en desigualdades sociales”*²

De ahí que, al lograr plena conciencia de nuestro ser mujer o ser hombre, el concepto de género nos acompaña en todas las acciones de nuestra vida cotidiana, rechazando toda forma de discriminación y haciéndola evidente en el comportamiento que adoptamos frente a nosotras mismas y frente a los demás. *“El género se define como una red de creencias, rasgos de personalidad, actitudes, valores y conductas que diferencian a mujeres y hombres”*³; más allá de su sexo, el género y los roles asignados son una construcción social y es ahí precisamente en donde se han colado las actitudes discriminatorias.

Los roles asignados a hombres y mujeres han respondido a una lógica discriminatoria, que nos han hecho creer que las tareas asignadas a los hombres son de mayor valor que las tareas asignadas a la mujeres. ¿A quien, en su sano juicio, puede ocurrírsele que el cuidado y crianza de los hijos-as es un papel de “menor rango” que el de cualquier trabajo, en el nivel jerárquico que fuera, pero que se realice fuere del hogar? Pues es así como nos han enseñado a ser hombres y ser mujeres. Lo privado, la casa, ha sido el reino de las mujeres (“ama de casa”) y ha

¹ Salgado, Judith, “Género y Derechos Humanos” Ensayo incorporado como material de estudio dentro del Curso Derechos Humanos de las Mujeres, UASB; PADH; UNIFEM; CLADEM; Cordinadora Política Juvenil por la Equidad de Género. Quito, 2006. pag. 1-2

² Salgado, Judith, “Género y Derechos Humanos” Ensayo incorporado como material de estudio dentro del Curso Derechos Humanos de las Mujeres... pag. 2

³ Moya, Marcia. Transmitiendo el cuerpo del conocimiento, pag. 13

sido colocado como espacio de menor “categoría” frente a lo público que ha sido el reino de los hombres; pero aún en lo privado, el ejercicio del poder real, “el voto dirimente” ha sido potestad del hombre porque ha sido él quien ha tenido el poder económico.

“La inequidad de género se sustenta en el privilegio de los referentes masculinos, convirtiéndolos en un paradigma social. Es así como se asocia lo racional, lo científico, lo lógico, lo planificado y lo concreto con identidades masculinas, y lo intuitivo, lo estético y lo sensible con identidades femeninas”¹

María Paula Romo, joven abogada y feminista ecuatoriana, en una conferencia dada sobre “Liderazgo Femenino” en la Universidad del Azuay, hizo una exposición partiendo de la lectura de los sinónimos de “Femenino” y “Masculino” constantes en el Diccionario de Sinónimos de la Lengua Española, estos dicen: (la negrita es nuestra)

Masculino: **Varonil, viril.**

Viril: fuerte, varón, varonil, firme, masculino, decidido, valeroso, recio, macho, resuelto.

Femenino: Afeminado, fino, **blando, delicado, débil,** mujeril, femenil, **suave.**

Bajo la definición de estos términos, la expositora empezó por cuestionar desde el título que se le había otorgado a la conferencia, las palabras “Liderazgo” y “Femenino” tienen, por su significación gramatical evidente contradicción. ¿Cabe un Liderazgo blando, delicado, débil? De ahí que, no es accidental la asociación natural que se hace de la figura de un líder con la de un hombre. En el imaginario colectivo cuando una persona menciona “líder”, la representación generalizada será la de un hombre; salvo que específicamente se refiera a “una mujer líder” (el término liderazgo, utilizado por algunas personas para feminizar la palabra líder, todavía no está reconocido por la Real Academia de la Lengua)

La exposición de María Paula se concentró en un primer momento en demostrar a su auditorio que los roles asignados-enseñados a las mujeres han ido marcando las diferencias y las inequidades fundadas en mitos, pues por el contrario, la ciencia ha sido incapaz de demostrar que existan diferencias que hagan a las mujeres “inferiores

¹ Introducción al segmento de Comunicación y Medios en el documento del Primer Plan para la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres 2001-2004. I. Municipalidad de Cuenca; Cabildo por las Mujeres, Cuenca, 2002

intelectualmente” a los hombres, citó el dato anecdótico respecto del tamaño del cerebro de Einstein, donado a la ciencia tras su muerte y que es uno de los cerebros más pequeños registrados hasta la fecha; hasta entonces, varios científicos afirmaban que las mujeres tienen el cerebro más pequeño que los hombres y que eso era la muestra de su intelectualidad inferior. Otro de los datos curiosos citado por la expositora fue el referente a un análisis que se hizo a un estudio publicado por Freud que concluía que las mujeres no llegan a la madurez plena. Al analizarse el estudio, la psicóloga que lo revisó, evidenció que las características que Freud asignaba a la “madurez” no coincidían con el comportamiento de las mujeres, así, por ejemplo, entre los factores utilizados para medir el grado de madurez se consideraba la capacidad de tomar decisiones sola, sin considerar las opiniones de los demás y la independencia económica alcanzada. Efectivamente, si hoy se vuelve a realizar un estudio similar en donde se establezcan los mismos parámetros el resultado probablemente no variaría demasiado.

¿Pero cuáles son los roles “discriminatorios” y como nos los han enseñado?

*“Buenos días mi señoría, mata tiru tiru la,
Que desea su señoría, mata tiru tiru la,
Yo deseo una de sus hijas, mata tiru tiru la,
A cuál de ellas la desea, mata tiru tiru la...”*

*“Arroz con leche, me quiero casar, con una señorita de San Nicolás,
Que sepa coser, que sepa planchar, que sepa abrir la puerta para ir a jugar”*

Las canciones coreadas por los asistentes nos trasladaron a los años de las rondas infantiles. Los juegos, la música, los juguetes, han sido las herramientas con que “los roles de cada género” fueron enseñados a cada uno de nosotros. Mientras las niñas aprendemos a ser “mamás” con las muñecas y las cocinitas, los niños aprenden a explorar el mundo con los carros, los aviones, los legos... No faltó a quien le pareció, bajo los razonamientos que anotamos más adelante, que esos eran temas superados, que los niños-as hoy no cantan esas canciones y sus juegos son distintos a los de las generaciones pasadas.

Sin embargo, a pesar el tiempo transcurrido y de los cambios en la educación, me atrevo a afirmar que si hacemos una encuesta simple entre un grupo de “mujeres jóvenes” preguntándoles el regalo que comprarían para una niña y el que comprarían

para un niño, de la misma edad, veremos que las primeras respuestas serían: un bebé, una muñeca, para el primer caso y un carro, fichas para el segundo... A las mujeres se nos dijo (y se nos sigue diciendo, con alguna variación) que nuestro mundo es la casa, lo privado (bebés, cocinitas) a los hombres se les dijo que su mundo era lo público.

Los colores, las formas de relacionarse, están cargados de mensajes que transmiten comportamientos sociales esperados. Por otro lado, a los niños se les enseña a no llorar, a controlar sus emociones, a ser “valientes” a proteger y cuidar de sus hermanas y primas, asignándoles desde edades tempranas responsabilidades sobre sus pares mujeres; el hermanito, aunque menor en edad, es el que “debe cuidar” a su hermana, mayor que él, pero más necesitada de protección, por el solo hecho de ser mujer, cuando están fuera de casa. (aunque parezca paradójico los roles se invierten dentro de la casa, en lo privado en cambio es la mujer, aunque menor, la responsable de cuidar por los hombres, reemplazando o asumiendo el rol de madre, de ahí que inclusive es responsable del “cuidado” (alimentación, vestuario) del padre) Con esto no solo se subordina a la mujer con relación al hombre, también se limita la capacidad afectiva de ellos, obligándolos a reprimir sentimientos y a asumir la responsabilidad del cuidado de las personas a su cargo que mas tarde se traduce en la manutención económica de la familia. Todavía hoy muchos papás y mamás enseñan a sus hijos a “no llorar”, “no tener miedo” porque eso es ser “hombrecitos”. Las niñas por otro lado son “adiestradas” en las tareas domésticas desde edades tempranas en donde asumen el papel de mamás de sus hermanos-as menores; todavía se ve como un “mérito excepcional” el que un niño, un joven o un adulto, sea colaborador en las tareas domésticas, cuando esto debería ser absolutamente normal. En nuestra sociedad el no ser machista es una cualidad para destacar, quienes así se consideran se jactan de ello, cuando, si fuéramos una sociedad más equitativa, nadie tendría que presumir su actitud “avanzada”, simplemente se reprocharía con mayor dureza a quienes desde las formas más sutiles del lenguaje evidencian una actitud discriminatoria hacia las mujeres.

La debilidad física y emocional asociada a las mujeres la convierte en un ser que necesita protección (María Paula nos sugería recordar las historias de los cuentos infantiles, en donde la “princesa” es protegida y rescatada por el valiente caballero) y esta “inocente” concepción por la que todavía algunos esperan que demos las gracias, se han deducido regulaciones que hasta hace poco asimilaban a las mujeres como

incapaces relativos, colocándonos en la misma situación de protección que a los niños-as. El padre y luego el marido, eran los hombres que debían “responder” por la mujer. Esta incapacidad, hoy superada expresamente en gran parte de los países occidentales en varias normas y además protegida por el principio de no discriminación en razón de género de los tratados internacionales y del derecho constitucional, todavía persiste disfrazada en algunas regulaciones que imponen una cierta “tutela” para la mujer; para Romo¹, la penalización del aborto es uno de los ejemplos en que todavía a la mujer se la trata como un incapaz relativo, colocando normas que regulan su cuerpo, bajo un supuesto que anula la ética y la moralidad de las mujeres, pues quienes defienden la penalización del aborto lo hacen bajo el argumento que al despenalizarlo las mujeres nos dedicaríamos a su práctica como un método anticonceptivo. La penalización del aborto consentido por la mujer, como lo vimos en el primer capítulo de esta tesis, es un tema al que no puede dársele una respuesta categórica, ratificamos lo dicho en esas páginas al afirmar la injusta carga que se coloca exclusivamente sobre las mujeres, consideradas las únicas “culpables” de la interrupción del embarazo. El aborto constituye una de las primeras causas de ocupación hospitalaria de la mujeres en América Latina y la tercera causa de muerte de las mujeres a nivel mundial, las situaciones en las que se practica, los abortos provocados por las propias mujeres, las lesiones físicas y toda la carga psicológica que envuelven al hecho lo convierten en un tema que debería considerarse como problema de salud pública prioritario y en el que efectivamente creemos en la necesidad de una revisión profunda, que insistimos, parte de una eficiente, oportuna y científica educación sexual a hombres y principalmente a mujeres, para evitar los embarazos no deseados, que precisamente es uno de los puntos más importantes en el debate de los derechos sexuales.

Así, en una exposición más bien lúdica, María Paula intentaba demostrar lo que habíamos afirmado líneas arriba al mencionar que el “género” es una construcción social y que como tal responde a las creencias y las formas (la ética y la estética) que la sociedad impone. Redescubrir los verdaderos roles de los géneros, en donde se nos eduque bajo conceptos de equidad, de respeto y valoración a las capacidades del otro-a es lo que nos corresponde ahora. La charla concluyó con una imagen de la Caperucita Roja enfrentando al “Lobo Feroz”, con la propuesta de re-escribir las

¹ Los criterios emitidos frente al tema del aborto no fueron abordados en la conferencia “Liderazgo Femenino” sino en otros espacios de diálogo sobre derechos de las mujeres.

historias desde una nueva concepción de lo que significa ser hombre y ser mujer, en donde las mujeres dejemos el rol de víctimas, nos despojemos del “paternalismo” que nos ha colocado como personas débiles necesitadas de protección (recordemos el significado de femenino) y asumamos una postura de verdadero liderazgo. En esta tarea el trabajo de los medios de comunicación como educadores es fundamental, sobre todo en lo que significa dar la suficiente visibilidad a los diversos y significativos aportes que hacemos las mujeres en la sociedad.

4.3.2 ¿Existe discriminación por género en el Ecuador?

A manera de provocación he colocado entre interrogantes el título de este apartado y lo he hecho por recordar algunas expresiones de hombres y mujeres de toda edad que afirman, por ejemplo, que el machismo es un tema superado y que hoy las mujeres ya estamos en igualdad de condiciones frente a los hombres; seguir hablando de discriminación en razón de género es, a decir de ellos-as, un tema reservado para las feministas que son exactamente la contraposición a los machistas; que en la actualidad las mujeres ocupan cargos de la más diversa naturaleza y su posición en la sociedad no es distinta de la de los hombres.

Quien ha leído este trabajo hasta estas líneas, sabrá que nuestra posición no coincide en nada con la apreciación antes mencionada y en este segmento lo que buscamos es exponer que efectivamente en el Ecuador y quizá en todo el mundo en mayor o menor escala, sobreviven actitudes machistas que se traducen en un trato discriminatorio hacia las mujeres tanto en lo público como en lo privado; que efectivamente por lo menos en los países occidentales, la discriminación “de iure” está bastante superada, aunque no completamente, pero que la de “facto” todavía nos da muestras a diario.

En la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) se define en su Art. 1 a la discriminación contra la mujer como *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*

A la luz de este concepto, revisemos alguna información sobre la situación de la mujer en el Ecuador:

El desempleo en las mujeres alcanza un 15% frente a un 9.1% en los hombres a lo que además hay que considerar que las mujeres entre las edades de población económicamente activa participan en menos porcentaje (30% menos) dentro del mercado laboral con relación a la participación de los hombres. En cuanto a los salarios, las mujeres ganan, dependiendo de la actividad, desde un 25% hasta un 50% menos que los hombres que realizan el mismo trabajo y el porcentaje de las que acceden a cargos directivos o de toma de decisiones dentro de las empresas o instituciones sigue siendo mínimo con relación a los hombres.

El trabajo doméstico continúa como responsabilidad casi exclusiva de las mujeres, haciendo una valoración de las horas semanales dedicadas a las tareas de la casa y cuidado de los hijos-as, las mujeres asumen el 70% del trabajo del hogar. En las niñas, entre las principales causas para interrumpir sus estudios, a más de las económicas que son comunes tanto para hombres como para mujeres, están: la necesidad de ayudar en tareas domésticas; el que la familia no le permite estudiar y por embarazo.

La responsabilidad sobre la planificación familiar, vista desde los métodos de anticoncepción está en las mujeres, los métodos de control del embarazo más utilizados son aquellos que tiene que ver con intervenciones en las mujeres: 35,5% con ligaduras; 20% con píldoras que toman las mujeres; 16% el DIU (dispositivos implantados en las Mujeres); 5% de inyección a mujeres. Solo el 0.2% de vasectomías (en el área rural no se registran casos) y el 2.5% de uso de condón; si a estos datos le añadimos que del total de mujeres embarazadas entre los 12 y 49 años, el 16% son adolescentes entre los 12 y 19 años, vemos que efectivamente la deficiencia en la educación sexual en el Ecuador es notoria y las condiciones de vida y de desarrollo personal de las mujeres cambia sustancialmente con el embarazo, (uno de sus reflejos es el abandono de los estudios, como lo dijimos líneas arriba)

En cuanto al analfabetismo, las diferencias entre adolescentes mujeres y hombres son ventajosamente mínimas, no así entre las personas mayores, de 40 a 65 años, en donde se observa una brecha grande acentuada aún más en el área rural.¹

¹ Todos los datos estadísticos han sido obtenidos de la página web del CONAMU, que a su vez se basa en las estadísticas publicadas por el INEC en diversas encuestas aplicadas hasta el año 2003.

En otras circunstancias aún cuando no existan mediciones estadísticas, un simple vistazo a la realidad nos demuestra que por ejemplo, las víctimas de violencia intrafamiliar y de delitos sexuales son en un 80% mujeres (*“Aún con el consabido subregistro, los datos son alarmantes: en la Comisaría de la Mujer y la Familia en Quito, el 42% de denuncias de violencia contra niños y niñas son agresiones sexuales, 8 de cada 10 son niñas; en tanto que en sectores populares urbanos de la costa [la violación forma parte de la vida social de sus barrios]”*)¹ En cuanto a la alimentación, la atención de salud, el acceso a crédito y la representación política es evidente que también las mujeres se encuentran en situación de desventaja.

En el caso concreto de Cuenca, el proceso que desembocó en la formulación del Plan de Igualdad de Oportunidades (PIO) para el período 2001-2004, se justificó en datos como:

La mortalidad infantil en el área rural del cantón es de 76.6 por mil, mientras que el área urbana llega a 38 por mil, *“este indicador muestra además la poca atención a las madres durante el embarazo y en el parto, así como a los niños y niñas durante el primer año de vida. Si a esto sumamos los altos niveles de desnutrición crónica (64.7%) que sufren los niños-as menores de cinco años en el campo y en la ciudad (41.5%), se puede tener una idea más clara de la gravedad de la situación de la salud, siendo siempre la más afectada la población rural y dentro de ésta los niños-as y mujeres”*

En educación, las mujeres que han terminado la educación secundaria en el medio rural, va entre el 1% en Quingeo, hasta el 7.2% en Baños. En la educación superior, solo el 11.8% de mujeres que ingresan a la universidad pueden terminarla, frente a un 32.7% de los hombres. Además, las profesiones a las que ingresan preferentemente las mujeres siguen siendo aquellas vinculadas a servicios y/o dependencia.

En cuanto a representación política, *“hasta ahora el 79% de los puestos de poder (Alcalde, Concejalías, Juntas Parroquiales) está en manos de los hombres, frente a un 21% de presencia femenina. En las organizaciones entre el 70% y el 90% de sus directivos son hombres, a pesar de la importante presencia y aporte de las mujeres a*

¹León, Magdalena, “Estado, Sociedad y Derechos Sexuales y Reproductivos en Ecuador. Una aproximación.” Publicado en Derechos Sexuales y Reproductivos, Avances Constitucionales y Perspectivas en el Ecuador”.

las mismas, mucho más en un contexto signado por la creciente migración, primordialmente masculina”

Las mujeres cuencanas en edad de trabajar representan el 54.2% frente al 45.8% de hombres, sin embargo solo una tercera parte están empleadas fuera del hogar.

El impacto de la migración en la sociedad, cae con especial peso sobre las mujeres que se quedan y que asumen el reto de ser cabeza de familia sin que la sociedad y el estado reconozcan y valoren las implicaciones que trae.

En Seguridad Ciudadana, el documento del PIO, dice *“De acuerdo con datos proporcionados por la Comisaría de la Mujer y la Familia de Cuenca, en lo que va del año 2001 se han receptado 1073 denuncias de agresiones cometidas por miembros de la familia de las denunciadas, mujeres en el 99% de los casos”*.

Frente a estos datos, parece imposible negar que en el Ecuador el tema de género tiene todavía mucho por recorrer; que es indudable los avances que se han marcado y que las proyecciones nos alientan a creer que las brechas van acortándose satisfactoriamente; sin embargo sigue siendo inconcebible que perduren ciertas actitudes (lo que hemos reconocido como discriminaciones de facto) que sin duda son las más difíciles de superar y frente a las que solo cabe un proceso de educación en derechos para hombres y mujeres en el que se nos de la oportunidad de conocernos y reconocernos en nuestras capacidades y limitaciones. Las mujeres hemos dado el salto de lo privado a lo público, es cierto, el acceso a la educación nos permite que hoy ocupemos efectivamente espacios que antes estaban vedados, pero que sin embargo todavía no estamos en los espacios de toma de decisiones en paridad con nuestros compañeros y ni siquiera en porcentajes que nos permitan incidir con nuestro punto de vista; la situación en lo familiar, la redistribución de las tareas domésticas, por ejemplo, sigue reflejando que la mujer solo logró nuevas tareas fuera de casa sin lograr compartir responsabilidades con su pareja dentro del hogar, y lo que es peor, la persona encargada del servicio doméstico sigue siendo mujer en una situación laboral que amerita un estudio aparte. Lamentablemente hoy, todavía en muchas, si no todas las escuelas, se sigue impartiendo una educación discriminatoria y machista afianzando los “roles de género tradicionales” comentados en el apartado anterior; en la televisión nacional gran parte de las comiquitas y los programas para niños-as siguen siendo los mismos con los que creció mi generación, los programas de producción nacional son todavía el reflejo de

la violencia y la intolerancia con un lenguaje sexista y ofensivo hacia las personas con alguna discapacidad o diferente orientación sexual¹; los cuentos de “hadas” siguen transmitiendo los mismos mensajes y el reggatón es la expresión del machismo moderno, en donde la mujer ha creído liberarse y asume actitudes mucho más “lanzadas” en cuanto a la sexualidad pero en donde fatalmente es cosificada y reducida a objeto sexual en la peor expresión de dominación del hombre sobre la mujer. El lenguaje sexista y las relaciones de poder entre los-as jóvenes siguen evidenciando actitudes de incomprensión entre los géneros, en donde la violencia física, sexual y psicológica sobre las mujeres no ha cambiado, a pesar que muchas de ellas hoy crean que el discurso de “derechos de las mujeres” ya no les compete y que su situación en relación a sus compañeros hombres es de paridad. La realidad, en nuestro criterio, refleja lo contrario. El lenguaje utilizado sigue siendo violento, intolerante y machista en buena parte de la población; los roles y trabajos asignados a las mujeres se siguen considerando de menor rango que los realizados por los hombres; en materia laboral a más de la remuneración menor por igual trabajo existen situaciones que las estadísticas no reflejan pero que efectivamente existen: no son pocos los conceptos de discriminación laboral que se aplican de manera sistemática en gran parte de las empresas, la edad, la apariencia física, el estado civil, la preferencia sexual y sobre todo el estado de gestación son causas “normales” para no calificar a un empleo, existen denuncias de empresas que obligan a sus empleadas mujeres a firmar la renuncia para ejecutarla en caso que se encuentren en estado de embarazo o que las obligan a presentar una prueba de embarazo como parte de su documentación inicial o para la renovación de contratos; el trabajo de la casa sigue sin considerarse como una actividad productiva y las horas que las mujeres dedicamos a ello es, en todo el mundo, superior a las que dedican los hombres, sin que importe si las mujeres tienen o no un trabajo adicional fuera del hogar. A pesar de los avances dados en la constitución vigente², las mujeres que afrontan un

¹ El Observatorio de la Comunicación en Cuenca, hace un trabajo valioso de “control y medición” en el que evidencian los contenidos sexistas y de violencia de la publicidad y de los programas televisivos. En estos espacios las propagandas de licores, cigarrillos y programas “humoristas” han sido los más “votados” por el público.

² La Constitución vigente reconoció como actividad productiva al trabajo doméstico, considerando que su labor puede ser sustituida en el mercado por bienes y servicios pagados. Con ello, las mujeres que trabajan en su casa pasaron, estadísticamente, como complemento de la población económicamente activa. Lamentablemente, como sucede con la mayoría de los derechos constitucionales, la normativa inferior no brinda los mecanismos necesarios para que efectivamente se reconozca el aporte económico que la mujer realiza a su familia con el trabajo doméstico.

divorcio o que deben solicitar judicialmente la pensión alimenticia para sus hijos-as, no tienen los mecanismos efectivos para que su trabajo en la casa sea también valorado; las propias mujeres que no trabajan fuera de su casa se refieren así mismo como “desempleadas o desocupadas” cuando el trabajo que cumplen es fundamental para el desarrollo de la familia y por ende de la sociedad misma.

En el aspecto educativo en algunas universidades, aunque parezca imposible de creer, todavía hay facultades en donde no existen baños para mujeres o en donde sus profesores se refieren peyorativamente a sus estudiantes mujeres, por creer que son ramas exclusiva o preferentemente masculinas y de las que deberían retirarse; a nivel de educación media hoy mismo varios colegios “religiosos” y hasta algunos no confesionales, obligan a sus estudiantes a “retirarse” si se encuentran en estado de gestación, violando el principio constitucional de no discriminación y el derecho a la educación.¹

Durante el año de prácticas en el Consultorio Jurídico de la Universidad, el 90% de los casos atendidos correspondían a denuncias de violencia doméstica; mujeres cansadas de ser maltratadas física y psicológicamente por sus parejas, que llegaban hasta el consultorio con la esperanza de encontrar la forma de “librarse” de sus opresores; quizá el cuadro más desgarrador de esta realidad era cuando los propios hijos-as eran los motivadores para que su madre abandonara al padre y sin embargo de ello la dependencia económica y el “miedo” a la reacción del hombre denunciado, las hacía vacilar de las decisiones que debían tomar. Las comisarías de la Mujer y la Familia, constituyen uno de los logros del movimiento de mujeres y que demuestra las condiciones de violencia y humillación de la vida de pareja que padecen gran cantidad de mujeres en el Ecuador (la estadísticas hablan que seis de cada diez mujeres ha sido o será víctima de alguna forma de violación.)

He tenido la oportunidad de convivir en comunidades indígenas de la sierra y oriente de nuestro país en donde una de mis prioridades fue acercarme a la realidad de las mujeres. Lo peor que le puede suceder a una persona es el ser educada creyéndose menos que los otros (que los hombres, en este caso) y a partir de esto justificar todo acto de violencia o discriminación contra ellas mismas. En el primer capítulo de este

¹ Otros datos “curiosos” aunque no hacen referencia a violaciones de derechos de las mujeres exclusivamente pero que violan derechos constitucionales son: hoy la Universidad Católica de Quito exige una prueba de VIH para el ingreso a la Universidad y en la Facultad de Derecho de la Universidad Espíritu Santo de Guayaquil el reglamento prohíbe a los estudiantes varones presentarse a rendir los exámenes con el cabello largo. (información recogida en conversaciones con profesoras de las dos universidades citadas)

trabajo cuando nos detuvimos en la influencia de la religión católica en la educación de las mujeres, vimos como efectivamente el sistema patriarcal que vivimos está sostenido por las propias mujeres que además tienen en sus manos buena parte o la exclusividad de la educación de los hijos-as y que sin embargo de ello no es justo cargar sobre la espalda de las mujeres la culpa de sus propios males: ellas han sido educadas bajo concepciones que las han convencido de un rol “accesorio” en relación a los hombres y hoy, inclusive la misma Iglesia (en su rama de la Teología de la Liberación) en oposición a la doctrina ortodoxa busca re direccionar la educación a las mujeres, lamentablemente mientras la misma Iglesia sea una estructura machista en donde las mujeres no integran los espacios de toma de decisiones y no están presentes en equidad en la construcción de los postulados, no se puede hablar de un cambio efectivo, por más que provenga de una corriente considerada por los ortodoxos como “revolucionaria”.

Con todo esto pretendemos responder afirmativamente a la interrogante planteada: En el Ecuador si existe discriminación por género. El sólo hecho de ser mujer nos coloca en una situación de desventaja y de mayor vulnerabilidad; el reconocimiento constitucional de la existencia de “Grupos vulnerables” que requieren mayor protección por parte del Estado, entre los que se encuentran las mujeres, es la evidencia de la existencia de discriminación en razón de género en el Ecuador y por supuesto hacia todos los otros grupos que se detallan en el Art. 47 de la Carta Suprema, *“lo curioso es que en este colectivo está casi toda la población del Ecuador, (...) mujeres, los indígenas, los ancianos, los niños, los adolescentes y los pobres”*¹. Si las mujeres tuviéramos efectivamente los mismos derechos y posibilidades de exigibilidad que los hombres, no haría falta su inclusión dentro de este grupo, aclarando que no es vulnerable per se sino que es la sociedad la que nos hace vulnerables. A pesar de lo expuesto, hay quienes no concuerdan con nuestra conclusión y la respetamos, invitándole a observar con detenimiento todas las circunstancias de la vida cotidiana, en su casa y las tareas asignadas a las mujeres, un programa televisivo, un chiste contado en su oficina, la publicidad de una empresa, el número de mujeres que laboran con usted y los cargos que desempeñan, hasta las estadísticas de la fiscalía en el campo de los delitos sexuales que puede ser uno de los reflejos más duros de la situación de las mujeres.

¹ Relatoría del Taller de Discriminación por Opción Sexual, impartido por Elisa Lanas y recogido en el texto “Género y Derecho Constitucional” pag. 147

Por todo esto, la protección a los derechos de las mujeres es un tema de plena vigencia no sólo en el Ecuador sino que sigue siendo parte de la agenda internacional que busca eliminar toda forma de discriminación, subordinación o exclusión por razón de género ya sea por razones culturales, sociales o jurídicas. El derecho tiene la gran tarea de encontrar y viabilizar los mecanismos jurídicos necesarios para contribuir a modificar las estructuras, sociales o culturales, que todavía discriminan a la mujer; creo y estoy convencida de ello, que una de las formas está en los cambios que deben darse en el sistema educativo, haciéndolo desde la educación inicial, un espacio mucho más respetuoso de las diferencias en donde la educación en derechos, incluidos los derechos sexuales y reproductivos, sean introducidos oportunamente, con claridad, calidez y responsabilidad. ¹

4.4 Derechos Sexuales y Reproductivos vs. Delitos Sexuales

En el Capítulo II de este trabajo al hacer un recuento histórico sobre los delitos sexuales en nuestro código penal, ya hicimos mención sobre la importancia de considerarlos en relación a sus derechos correlativos. Dijimos, citando a Irene León, que los Derechos Sexuales son los más humanos de todos los derechos porque atañen al plano íntimo de la persona y tienen que ver con la creación de la humanidad y al coincidir con este criterio, creemos que este trabajo no puede cumplir su objetivo si no dedicamos al menos de manera resumida, un espacio al análisis de los derechos sexuales y su situación en el Ecuador.

Al plantearnos el tema de esta tesis la preocupación más allá de la norma positiva se centraba en la práctica, en la vida cotidiana, en donde la sexualidad sigue siendo *“un campo minado y propicio para causar diversos daños como la violencia sexual, los embarazos no deseados, la transmisión de enfermedades sexuales, el contagio del VIH-SIDA, la mortalidad materna por abortos clandestinos, y una larga lista de etcéteras. Mientras tanto, el placer ha sido visto como “el pariente pobre” aquel que*

¹ Aunque se trate de un tema distinto, me parece un buen ejemplo mencionar una apreciación que sostiene el Dr. Gustavo Vega Delgado, con respecto a lo que sucede con la educación intercultural. Definitivamente en un país como el Ecuador, tan rico por su diversidad étnica, la educación intercultural no puede ser entendida solo desde lo indígena, para ser efectiva, debe darse desde lo mestizo; si la mayoría de la población ecuatoriana sigue siendo educada sin un acercamiento a la realidad de las otras etnias, la discriminación y la incompreensión hacia los indígenas seguirá existiendo. El sistema educativo debe motivar a los niños y niñas, desde un inicio, al conocimiento, respeto y aprendizaje de los otros; no descalificar, restar valor ni peor aún, asociar a lo diferente con lo malo.

*no es invitado al debate, aquel que es visto con sospecha, aquel que es excluido*¹, es decir en donde todavía no superamos ciertos prejuicios y seguimos acercándonos, unos más y otros menos, a los temas referentes a la sexualidad con más temores que con libertades, con más coerciones que con autonomía y lamentablemente, con menos respeto y responsabilidad que la que amerita.

Hablar de Derechos Sexuales y Reproductivos, en el mundo y más aún en el Ecuador, es abordar un tema todavía nuevo, aún cuando estos derechos son parte de los Derechos Humanos reconocidos por los tratados y convenciones internacionales, recién en 1975, en el Año Internacional de la Mujer se acuña el término de “Derechos Reproductivos” y solo en 1994 en la IV Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (CIPD) en “El Cairo”, se hace explícita referencia a ellos, reconociendo un concepto más amplio de salud reproductiva que implica la planificación familiar y la salud sexual y se insta a los gobiernos a reconocerlos y promoverlos. La CIPD llama la atención de manera preferente a mirar la situación de la mujer y buscar los mecanismos para mejorar sustancialmente sus condiciones de vida en todos los aspectos, ratificando lo acordado en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena (1993) de manera que se busquen los mecanismos idóneos para la real participación de la mujer en la vida social, política y económica de los países. El principio de progresividad de los DDHH y el trabajo de *lobby* realizado principalmente por asociaciones de mujeres y de jóvenes, permitió el reconocimiento específico de estos derechos y enterró o al menos superó “en los papeles”, las ideas conservadoras que vinculaban a la sexualidad únicamente en su rol reproductivo y que por lo mismo consideraban (¿consideran?) “contra natura” toda práctica sexual que no pudiera satisfacer este mandato (el sustento todavía vigente para cuestionar y hasta anular las relaciones homosexuales; los grupos religiosos basan su rechazo en el mandato de “reproducción” que Dios dio a Adán y Eva).

La Conferencia de El Cairo y su Plan de Acción establecieron la relación entre población, pobreza, producción, consumo y medio ambiente, y concluyeron que la pobreza es uno de los mayores obstáculos para el desarrollo y la estabilización de la población, reconociendo que de los altos porcentajes de pobres en el mundo, la gran

¹ Salgado, Judit, “Tensiones clave en el debate de los derechos sexuales”. Análisis del capítulo IV de la tesis “Los derechos sexuales en el Ecuador”. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005. pag. 1

mayoría son mujeres. Estas conclusiones llegaron gracias a la labor que los movimientos de mujeres a nivel mundial realizaron para llamar la atención sobre la situación de la mitad de la humanidad y sobre la necesidad impostergable de otorgar herramientas jurídicas internacionales para alcanzar condiciones de equidad. La Conferencia de El Cairo, es un elemento importantísimo para lo que sucedería un año más tarde en la Conferencia de Beijing (1995) y sin duda constituye uno de los referentes en la historia de las conquistas de los derechos humanos en general y de manera particular para las mujeres y comunidad GLBTT. Otro de los aportes significativos que se logran en El Cairo es el establecer la responsabilidad de los hombres en la tarea de la equidad de los géneros, con lo que la lucha por los derechos de las mujeres deja ser vista en la comunidad internacional como una “batalla gremial” y pasa a ser una responsabilidad compartida entre hombres y mujeres; en el tema específico de los derechos sexuales y reproductivos, el texto del Plan de Acción dice: “(...)El objetivo es promover la igualdad de los sexos y alentar a los hombres a que se responsabilicen con su comportamiento sexual y reproductivo y a que asuman su función social y familiar. Los gobiernos deberían promover la participación del hombre y la mujer en pie de igualdad en todas las esferas de la vida familiar y en las responsabilidades domésticas, incluidas la paternidad responsable, el comportamiento sexual y reproductivo, la prevención de enfermedades de transmisión sexual, y la participación y la contribución al ingreso familiar y al bienestar de los niños(...)” Esta llamada de atención que pide a los hombres mirar su responsabilidad en la reproducción, quita la “culpa” exclusiva de las mujeres en los embarazos no deseados; el hombre debe ejercer su sexualidad también pensando en la posibilidad de un embarazo, aunque no sea él quien tenga que físicamente afrontarlo; pero más allá de exigirle responsabilidad, el texto invita a considerar a los hombres también como “sujetos” de estos derechos, rompiendo los esquemas tradicionales en donde solo a la mujer debía garantizarse condiciones de acceso y protección a sus derechos sexuales y reproductivos, esto refuerza la importancia de los derechos sexuales independiente de los derechos reproductivos e independiente también de una visión exclusiva desde el punto de vista de la salud.

La conclusión fundamental de El Cairo, que da pie para el reconocimiento específico de los derechos sexuales y reproductivos, se desprende del texto que transcribimos

textualmente a continuación y se que encuentra además en el documento del Plan de Acción de la conferencia. (la negrita es nuestra)

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos. Ello lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y tener acceso a métodos de su elección seguros, eficaces, aceptables y económicamente asequibles en materia de planificación de la familia, así como a otros métodos de su elección para la regulación de su fecundidad, que no estén legalmente prohibidos, y el derecho de la mujer a tener acceso a los servicios de atención de la salud que propicien los embarazos y los partos sin riesgos. La atención de la salud reproductiva incluye la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales. Los derechos reproductivos comprenden ciertos derechos humanos ya reconocidos en las leyes nacionales, en documentos internacionales sobre derechos humanos y otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas y personas a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y los medios para hacerlo, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado posible de salud sexual y reproductiva. Incluyen también el derecho de todos a tomar decisiones relativas a la reproducción libres de discriminación.”¹

María Consuelo Mejía, Investigadora de la UNAM y Directora de Católicas por el Derecho a Decidir, afirma con respecto a las conclusiones de El Cairo:

“este reconocimiento sintetiza un largo esfuerzo y es un paso adelante en la lucha de las mujeres por sus derechos; tiene tal autoridad y respaldo mundial, que debemos ponerlo de presente una y otra vez a los propios gobiernos que se comprometieron a poner en marcha las recomendaciones del Plan de Acción de esta Conferencia. Sirve y servirá para reducir las muertes maternas por partos mal atendidos o abortos en condiciones deplorables; para que cada vez más mujeres experimenten una sexualidad libre de temores, coacciones y culpas; para que se pueda reflexionar en la sexualidad y, por lo tanto se la planee, evitando así embarazos indeseados y enfermedades de transmisión sexual. (... agregamos al concepto adoptado por el CIPD) el derecho de las mujeres a la interrupción de un embarazo que no desean llevar a término (...) estamos convencidas que las mujeres que toman esta decisión, lo hacen después de poner en consideración todos los factores a favor y en contra de traer al mundo una nueva criatura, con los mínimos requerimientos de amor y disposición para proporcionarle una vida digna(...)”²

¹ Párrafo 7.3 del Plan de Acción acordado en la Conferencia de El Cairo, septiembre de 1994.

² Mejía, María Consuelo. “Derechos sexuales y reproductivos: Para elevar la calidad de vida y promover la justicia social” artículo publicado en la revista virtual Conciencia Latinoamericana.

Los derechos sexuales y reproductivos, son parte integrante de los derechos humanos reconocidos por todos los instrumentos internacionales y no necesitaron mención explícita porque se encontraban protegidos por el derecho a la vida, a la salud, a la no discriminación, a la no violencia, a la privacidad, a la educación e información, entre otros; sin embargo el hacerlos explícitos les otorga mayores posibilidades de exigibilidad, algo parecido con la situación de la mujer y el derecho a la no discriminación en razón de sexo que solo tomó mayor fuerza a partir de la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.¹

No es coincidental que los cambios y la urgencia de mirar hacia los derechos Sexuales y Reproductivos se diera a la par de la expansión del virus del SIDA (VIH). La gravísima amenaza que significa la proliferación de esta enfermedad alertaron a la comunidad internacional sobre la urgencia de promover y extender labores de educación sexual a todo nivel. El VIH fue considerado en un inicio una enfermedad de los homosexuales, la “peste rosa” como bien lo recuerda Oscar Ugarteche², solo cuando la enfermedad se fue “heterosexualizando y feminizando” es cuando los Estados lo miran de manera diferente y asumen acciones mucho más agresivas y rápidas, hasta tanto parecía ser que solo los grupos de homosexuales organizados (que prácticamente cambiaron su agenda de la lucha por derechos civiles y políticos a la lucha por el derecho a la vida) instaban a la comunidad internacional a tomar cartas en el asunto. En el Ecuador, la preocupación por el VIH aún no alcanza los niveles que debería, la lógica dice que no podemos esperar a tener estadísticas alarmantes para actuar; en estos casos, más que en otros, la medicina preventiva no puede ser una opción sino una obligación; ventajosamente la nueva Ley Orgánica de Salud que reemplaza al caduco Código de la Salud, tiene grandes avances en lo que

¹ En 1981 con la entrada en vigencia de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que recoge todos los derechos constantes hasta entonces que impedían cualquier discriminación en base al sexo, se puede decir que se abre el camino para posicionar las “cuestiones de género” y por primera vez se entiende que no basta con que las mujeres tengamos los mismos derechos que los hombres sino que esos derechos tienen que ser replanteados para incorporar las necesidades y las visiones de la mujer. La CEDAW elevó de nivel, sin duda alguna, del debate sobre los problemas de las mujeres, a pesar que el derecho de la igualdad ante la ley, por ejemplo, estaba concebido desde mucho antes. Con ello quiero decir que no es redundante ni innecesario el conquistar estas especificidades para garantizar la exigibilidad y mejores mecanismos de control.

² Ugarteche, Oscar, Derechos Sexuales y Sociedad: Construyendo espacios para la Diversidad en América Latina. Texto publicado en “Derechos Sexuales y Reproductivos: Avances Constitucionales y Perspectivas en el Ecuador” .

respecta a salud sexual y reproductiva; esperamos que la nueva ley sea realmente llevada a la práctica, superando las corrientes más conservadores, y la educación sexual desde los jóvenes contribuya a disminuir los casos de VIH y otras enfermedades venéreas que pueden controlarse con un responsable e informado ejercicio de la sexualidad. Al respecto nos parece pertinente citar la opinión de Ugarteche:

“El SIDA fue el punto de reencuentro en la lucha contra el dogmatismo del ala derecha de la Iglesia Católica. Ellos insistían, y creo que insisten pero en voz baja, que el SIDA se previene con abstinencia sexual. Es una enfermedad del pecado (como la sífilis, en el siglo XIV). Por lo tanto, dado que el condón es pecado porque impide la fertilidad de la pareja (obsesión reproductiva), no hay que usar condón y hay que impedir que se haga campañas de prevención del SIDA con información científica. La única campaña es que el amor previene el SIDA y la fidelidad es la garantía absoluta. (...) A principios del siglo XXI esta posición está debilitada aunque no vencida. (...) En Ecuador, basándose en el principio del respeto a la dignidad humana, Monseñor Luna Tobar de Cuenca, está en una posición públicamente desafiante ante estos absurdos. En líneas generales se comienza a ver un cambio en la actitud de los sacerdotes y de algunas congregaciones, aunque los más perversos aún lo usan para descalificar gente”¹

Para Judith Salgado² el posicionamiento de los derechos sexuales a estado subordinado a los derechos reproductivos por la asociación creada entre sexualidad y reproducción; asociación que ha sido sostenida de manera especial por la Iglesia Católica y bajo cuyos postulados no solo se ha restringido el significado y las prácticas de la sexualidad sino que se la ha anulado como derecho en las parejas GLBTT. La tarea por separar los derechos sexuales de los reproductivos, ha sido principalmente llevada por los movimientos de jóvenes, aunque su trabajo todavía sea incipiente a criterio de Salgado, y por las asociaciones de gays y lesbianas, quienes tal vez por no polemizar más y porque su lucha todavía es la de la no discriminación, no han incursionado en los temas de los derechos reproductivos. La autora sostiene, y coincidimos con ella, que el posicionamiento y los logros que se han conseguido en estos derechos han partido de una conceptualización de víctima de las-os sujetos de derecho, *“(...) casi siempre la entrada que enfatiza en la victimización de la persona, en la violación de sus derechos tiene mayor acogida*

¹ Ugarteche, Oscar, Derechos Sexuales y Sociedad: Construyendo espacios para la Diversidad en América Latina. Texto publicado en “Derechos Sexuales y Reproductivos: Avances Constitucionales y Perspectivas en el Ecuador”

² Salgado, Judith, “Tensiones clave en el debate de los derechos sexuales”. Análisis del capítulo IV de la tesis “Los derechos sexuales en el Ecuador”. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005

para reconocer la titularidad de derechos, tanto en el componente normativo, como en el estructural y el político-cultural. Por el contrario, la entrada desde la autoestima, la autonomía, desde la capacidad de decidir, de optar, de ejercer poder, es poco efectiva para lograr reconocimiento de derechos en cualquiera de sus componentes. Esta lógica se acentúa más todavía en el caso de los derechos sexuales”¹ Esta percepción se refuerza aún más cuando en el propio texto al que nos estamos refiriendo se señala como uno de los puntos críticos del debate el derecho al placer; para las mujeres el ejercicio de su sexualidad y sus derechos está todavía muy fuertemente ligado a temas de violencia y coerción y esto ha hecho que el enfoque del trabajo se concentre en estos temas; sin embargo superar esta visión es parte del trabajo que queda por hacer, sin minimizar, mientras exista, toda la terrible problemática de la violencia sexual, pero que posicione a los derechos sexuales desde una perspectiva diferente en donde se dé un paso hacia delante y se rompa también los estereotipos de “mujer necesitada de protección y de hombre desenfrenado que debe ser controlado por la fuerza” y podamos finalmente tener una intención conjunta para ver a la sexualidad como un derecho que no es propiedad de las parejas casadas heterosexuales en edad de reproducción. En este camino los que llevan más trecho recorrido, a decir de Salgado, son los-as jóvenes y la comunidad GLBTT, quienes inclusive desde las formas que utilizan para expresarse llaman la atención y advierten que esto también es una cuestión política porque tiene que ver con los fundamentos de instituciones reconocidas y protegidas por la sociedad (el matrimonio, la familia nuclear, entre otras).

“... a mi como homosexual la sociedad no me persigue por el hecho de que yo sea homosexual es porque estoy atentando contra dos instituciones fundamentales, la familia nuclear y contra la reproducción como tal. Esa es la fuente por la cuál los homosexuales y las lesbianas son perseguidos y han sido asesinados históricamente”²

4.4.1 ¿Qué y cuáles son los derechos sexuales y reproductivos? Aunque de las conclusiones de la Conferencia de El Cairo transcritas en el apartado anterior, se desprenden los derechos sexuales y reproductivos intentaremos en este punto

¹ Salgado, Judith, “Tensiones clave en el debate de los derechos sexuales”. Análisis del capítulo IV de la tesis “Los derechos sexuales en el Ecuador”. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005. pag. 10

² Entrevista a Orlando Montoya, Fundación Equidad, Quito, 20 de junio de 2005, en el texto de Judit Salgado pag. 6

analizarlos por separado, más con fines didácticos que contribuyan a la mejor comprensión de este trabajo.

Como lo hemos dicho, el punto de coincidencia entre los derechos sexuales y reproductivos es que los dos hacen referencia al cuerpo: las acciones y decisiones que tomamos sobre él para el ejercicio de nuestra sexualidad y para la reproducción, recalando que la reproducción “debe ser” una consecuencia deseada del ejercicio de la sexualidad, tanto para hombres como para mujeres.¹

En el Ecuador, los derechos sexuales y reproductivos están recogidos en parte, en la propia Constitución Política del Estado (Arts. 23; 39), la nueva Ley Orgánica de Salud, la Ley de Maternidad Gratuita y la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia y el Código de la Niñez y la Adolescencia. El código Penal, como lo vimos en el capítulo anterior, desde la visión de los delitos, es el que resguarda sancionan a quienes los vulneran, con la aclaración válida que no todos los derechos ameritan un delito penal correspondiente por su violación, algunos, en las leyes citadas acarrear sanciones administrativas, sobre todo en lo referente a la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva y otros inclusive solo pueden garantizarse creando las políticas públicas necesarias encaminadas a educar sin prejuicios ni discriminaciones de ninguna clase.

4.4.1.1 Derechos Reproductivos: Íntimamente ligados al concepto de salud reproductiva, los derechos que se incluyen en esta categoría fueron expresamente reconocidos en la Conferencia de El Cairo.

Son derechos reproductivos, citados en el Plan de Acción de El Cairo:

- Derecho de las parejas y de los individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos-as que se desea tener;

¹ Una de las consignas del movimiento feminista ha sido el establecer que la maternidad es una opción, no un destino; para ponerlo gráficamente: en las famosas comiquitas sociales del humorista argentino Quino, Susanita encarna a la “mujer madre” que asume ese como su rol “natural e indiscutible” mientras que Mafalda se plantea su “ser mujer” desde otras perspectivas en donde el ser madre, por lo menos hasta donde llegó la historieta, no estaba entre sus metas.

- Derecho a decidir el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello;
- Derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, que incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia.
- Derecho a una salud sexual y reproductiva que debe incluir: *“asesoramiento, información, educación, comunicaciones y servicios en materia de planificación de la familia; educación y servicios de atención prenatal, partos sin riesgos, y atención después del parto, en particular la atención de la salud materno infantil y la promoción de la lactancia materna; prevención y tratamiento de la infertilidad, interrupción del embarazo; tratamiento de las infecciones del aparato reproductor, las enfermedades de transmisión sexual y otras afecciones de la salud reproductiva, e información, educación y asesoramiento en materia de sexualidad humana, salud reproductiva y paternidad responsable.”*¹

El plan recoge además sugerencias que se pide a los Estados suscriptores tomarlas en cuenta. Las siguientes, aunque no son un derecho independiente en sí mismo, hacen especificidades sobre los programas de planificación familiar y los métodos que deberían implementarse en atención preferente a mujeres y jóvenes:

“Se recomienda que se adopten medidas para ayudar a las parejas y a las personas a alcanzar sus objetivos de procreación; prevenir los embarazos no deseados y reducir la incidencia de los embarazos de alto riesgo y la morbilidad y la mortalidad; facilitar el acceso a servicios de calidad que sean aceptables y económicamente asequibles para todos los que los necesitan y desean recibirlos; mejorar la calidad de los servicios de asesoramiento, información, educación, comunicaciones y orientación, y promover la lactancia materna para favorecer el espaciamiento de los nacimientos. En el texto se destaca que los gobiernos y la comunidad internacional deberían utilizar todos los medios de que dispusieran para apoyar el principio de elección voluntaria en materia de planificación de la familia. Como parte del esfuerzo encaminado a satisfacer las necesidades no atendidas, se pide a todos los países que determinen y eliminen todas las barreras importantes que todavía existen para la utilización de los servicios de planificación de la familia. Se insta a los gobiernos a que proporcionen, por todos los conductos posibles, un entorno propicio para el suministro de servicios de información de alta calidad en materia de planificación de la familia y salud reproductiva, en los sectores público y privado. Se insta a la

¹ Plan de Acción de la Conferencia de El Cairo.

comunidad internacional a que adopte de inmediato medidas encaminadas a establecer un sistema eficaz de coordinación y servicios a nivel mundial, regional y subregional para la adquisición de anticonceptivos y otros productos indispensables para los programas de salud reproductiva de los países en desarrollo y los países con economías de transición.”

“Deberían prepararse programas de atención de la salud reproductiva para atender a las necesidades de las mujeres y las adolescentes, que entrañaran la participación de la mujer en la dirección, la planificación, la adopción de decisiones, la gestión, la ejecución, la organización y la evaluación de los servicios. Deberían elaborarse programas innovadores para que los adolescentes y los hombres adultos tuvieran acceso a información, asesoramiento y servicios de salud reproductiva. Esos programas deben educar y facultar al hombre para que comparta por igual las responsabilidades de la planificación de la familia y las labores domésticas y de crianza de los hijos y acepte la importante responsabilidad de prevenir las enfermedades de transmisión sexual.”

Existen además recomendaciones específicas respecto de la prevención y control de las enfermedades de transmisión sexual, principalmente el VIH-SIDA.

Los derechos reproductivos, en el caso ecuatoriano, fueron recogidos en la nueva Ley Orgánica de Salud publicada en diciembre del 2006¹, ley que tuvo un amplio debate en donde se confrontaron nuevamente las visiones conservadoras y moralistas de la sexualidad frente a la visión de derechos de mujeres y jóvenes que pelearon porque la nueva ley sintonizara con los instrumentos internacionales y los derechos que constitucionalmente están ya garantizados. El aborto y el acceso a los métodos de planificación por parte de los jóvenes fueron, sin duda, los puntos más álgidos de la discusión, se llegó incluso a lograr una objeción parcial del ejecutivo que intentó frenar las aspiraciones de las organizaciones juveniles colocando como condición el consentimiento de los padres para acceder a métodos de planificación, los opositores a la norma intentaron confundir a la opinión pública asimilando la propuesta que contempla la nueva ley (las casas de salud no pueden negarse la práctica del aborto en los casos autorizados por el Art. 447 del Código Penal y atender a mujeres con aborto en curso) con la legalización del aborto, todo de la mano de serios debates ocurridos también a propósito de la PAE (píldora de anticoncepción de emergencia);

¹ Los capítulos III y IV del Título I del Libro Primero de la Ley Orgánica de Salud hacen referencia a la salud sexual y reproductiva y a la violencia como problema de salud pública.

finalmente la ley publicada en el Registro Oficial recogió el texto aprobado por el legislativo y puede considerarse un paso al frente en este aspecto.

4.4.1.2 Referencia especial al delito de Aborto.

El aborto merece un análisis aparte. Considerado dentro de los delitos contra la vida, su situación de cruza sin embargo con los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. En varios momentos en el desarrollo de este trabajo hemos dejado planteado nuestra visión al respecto y nos ratificamos en ello. Indudablemente y por eso la polémica, nos encontramos ante una situación en la que se debaten dos intereses diferentes que llegan a confrontarse: los de la mujer y los del feto. Las organizaciones de mujeres y jóvenes que luchan por el “derecho a decidir” (*Pro-choose*) se confrontan con las organizaciones, eclesiales o las autodenominadas “por la vida” (*pro-life*); los dos grupos mantienen concepciones diferentes que parten desde la consideración del inicio de la vida misma como ser humano y su condición de sujeto de derechos (los términos utilizados por los “pro-vida” son madre en lugar de mujer y niño-hijo en lugar de feto. Ni la medicina en sus diferentes ramas ha logrado un consenso en la determinación del inicio y el fin de la vida, temas cruciales en la defensa del aborto y de la eutanasia)

En el Ecuador, la Constitución vigente y el Código de la Niñez y la Adolescencia garantizan el Derecho a la vida desde la concepción; el Código Penal, sin dar una definición de aborto, lo penaliza en todos los casos, a excepción de cuando el embarazo es producto de una violación en una “mujer idiota o demente” o para preservar la vida y salud de la madre si no existe otra forma de hacerlo; con esto, el Ecuador sigue siendo uno de los pocos países en el mundo que presenta restricciones casi totales para la práctica de un aborto.

El cuadro que anexamos a continuación nos deja ver como la tendencia ha sido hacia la despenalización del aborto a nivel general; aunque en muchos países se contemplen variantes, existe un número considerable de estados que lo contemplan sin ninguna limitación. Los únicos casos de restricción total se encuentran en Latinoamérica, Chile, El Salvador y últimamente Nicaragua. Recientemente el Distrito Federal en México aprobó una reforma legal al Código Penal que cambió el concepto de aborto, permitiendo que hasta las doce semanas de embarazo las mujeres

puedan interrumpir su embarazo; no sería especulativo decir que por este acontecimiento el Papa en su visita a Brasil ha insistido en la defensa a la vida desde la concepción, el carácter sagrado de la familia y ha reiterado la invitación a los jóvenes para que las relaciones sexuales sean exclusivas dentro del matrimonio.

Situación legal del aborto en el mundo en porcentajes de la población y número de países		
Restricción legal	% de la población mundial	Número de países
Sin restricción alguna	41.0	49
Permitido para salvar la vida de la mujer	25.0	52
Permitido por razones socioeconómicas	20.0	6
Permitido por razones de salud física	10.0	23
Permitido por razones de salud mental	4.0	20
Prohibido en todos los casos	0.4	2

Fuente: Anika Rahman, Laura Katzive y Stanley K. Henshaw, "A Global Review of Laws on Induced Abortion, 1985-1997", en International Family Planning Perspectives, Vol. 24, Núm. 2, Nueva York, The Alan Guttmacher Institute, junio de 1998

Situación legal del aborto en el mundo por diversas causales



En el cuadro no se incluye a Nicaragua dentro de los tres estados que penaliza completamente el aborto. (Cuadro extraído del material de apoyo dentro del Taller Nacional de Derechos Sexuales, Aborto y Advocacy, organizado por la Youth Coalition en Quito. Abril de 2007.)

¿Qué argumentan los movimientos *Pro-choose*? Dentro de las organizaciones y personas que luchan por la despenalización y legalidad del aborto como uno de los

derechos reproductivos de la mujer tampoco se puede hablar una uniformidad absoluta sobre la defensa de este derecho, hay quienes defienden la despenalización sin ninguna restricción en la que el aborto pueda practicarse en cualquier momento del embarazo y otras que consideran que el aborto no debería llevarse a cabo pasado cierto número de semanas de gestación, tanto por el riesgo en la vida de la mujer como por considerar que el feto está en un estado de desarrollo mayor. Salvando estas diferencias que prácticamente son exclusivas al tiempo de gestación, todos coinciden que no se puede dejar de ver las circunstancias particulares de la mujer; que su vida y las condiciones en las que se encuentra, deben ser valoradas. La opción de vida de la mujer “la maternidad como decisión y no por obligación”, sus sueños, su proyecto de vida en si mismo, deben ser tomados en cuenta, para que el aborto no sea solo una excepción en casos en los que la sociedad y la ley ha calificado como permitidos. Otro de los argumentos y quizá el de mayor peso es el considerar el aborto como una de las principales causas de muerte materna y como un problema de justicia social. La penalización del aborto no evita su práctica; las mujeres que no están en posibilidad de afrontar el embarazo y la crianza del hijo, por las causas que fueran, deciden abortar y las condiciones en las que lo hacen ponen en riesgo su salud y su vida, el problema se agrava para las mujeres que no tienen posibilidades económicas y tienen que recurrir a practicarse ellas mismas la interrupción o acudir a personas y lugares en peores condiciones de las que podrían tener acceso quienes cuentan con posibilidades de pago. Grupos menos convencidos del “derecho a decidir” de las mujeres, liberan el aborto para todos los casos en que el embarazo sea producto de violación y cuando se trate de embarazos en adolescentes, sin que existan tampoco unidad de criterios en cuanto a la edad.

Tal vez, y me aventuro en hacer esta afirmación, si los hombres fueran los embarazados, el aborto sería una decisión personal del implicado; no habría confrontación ni legal ni moral y las ideas de “autonomía” y de “conquista del propio cuerpo como principal terreno a ser ganado” no serían vistas como desnaturalizadas y aberrantes.

El aborto, reiteramos, “debería ser la última opción, en donde la primera es la educación sexual” y por ningún motivo puede pensarse, como lo insinúan algunos, que el aborto puede ser utilizado como un método anticonceptivo. La Conferencia de

El Cairo y sus revisiones (Cairo+5) han insistido en la necesidad de promover la educación sexual y los métodos de planificación para que “cada niño, sea un niño deseado” y se generen las condiciones para procurar que las necesidades de aborto sean cada vez menor. En nuestro país sin embargo, como se evidenció en el proceso de discusión de la Ley de Salud, los opositores no quieren ni lo uno ni lo otro, no quieren que los jóvenes reciban educación sexual y accesos a métodos de planificación y consideran un crimen toda interrupción de embarazo¹; negar la sexualidad en los jóvenes y decir que la abstinencia es la solución para evitar los embarazos no deseados; negar que en el país los principales agresores sexuales son los propios familiares o personas que viven bajo el mismo techo que la víctima; negar los datos estadísticos que nos dicen que el 16% de mujeres embarazadas son adolescentes, es jugar a la avestruz, no por no ver la realidad ésta deja de estar ahí, las relaciones entre los jóvenes, integran cada vez más, encuentros sexuales que los exponen no solo a embarazos y toda la responsabilidad que eso implica, sino también a enfermedades; la violencia sexual sigue imperando y las condiciones de la mujer siguen siendo de vulnerabilidad. Mientras en Ecuador el Tribunal Constitucional, integrado exclusivamente por magistrados hombres, declaró inconstitucional la venta de la marca Postinor (Píldora de Anticoncepción de Emergencia), en Chile, meses más tarde la Presidenta Bachelet firmaba el decreto ofrecido en campaña en donde no se requiere autorización de los padres o tutores para que los adolescentes puedan acceder a anticoncepción de emergencia en centros de salud y farmacias; en nuestro criterio está claro que la diferencia en las decisiones pasa por una “cuestión de género”; mientras en Ecuador fueron los hombres quienes decidieron por un asunto en el que las mujeres somos las principales implicadas, en Chile, la presidenta, que además fue madre soltera, tiene una visión completamente diferente; a pesar de ello, la legislación chilena no la legalizado el aborto y no lo incluye dentro de los servicios de salud reproductiva garantizados por el Estado.

Nuevamente recurrimos a las conclusiones de El Cairo con respecto a este tema, que nos brindan enormes elementos de juicio para alimentar este debate vigente en el país:

¹ Existe incluso un proyecto presentado en noviembre del 2006, por el diputado Social Cristiano Raúl Ramírez, en medio del trámite de aprobación de la Ley de Salud, que pedía la derogación del Art. 447 del Código Penal, argumentando que el principio constitucional de defensa a la vida no plantea excepción alguna y que por lo mismo ni aún los casos contemplados en ese artículo debían ser permitidos para la práctica de un aborto.

*"En ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia. Se insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a incrementar su compromiso con la salud de la mujer, a ocuparse de los efectos que en la salud tienen los abortos realizados en condiciones no adecuadas (definidas en una nota de pie de página) como un importante problema de salud pública y a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia. Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional. En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas. En todos los casos las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos. Se deberían ofrecer con prontitud servicios de planificación de la familia, educación y asesoramiento postaborto que ayuden también a evitar la repetición de los abortos."*¹

Además, entre las reflexiones y recomendaciones encontramos:

"Las complicaciones relacionadas con el embarazo y el parto figuran entre las principales causas de mortalidad de las mujeres en edad de procrear en muchas partes del mundo en desarrollo, y provocan la muerte de alrededor de medio millón de mujeres cada año, el 99% de ellas en países en desarrollo. La edad a la que las mujeres empiezan a tener hijos o dejan de tenerlos, el intervalo entre los nacimientos, el número total de embarazos a lo largo de la vida y las circunstancias socioculturales y económicas en que viven las mujeres son factores que influyen en la morbilidad y mortalidad maternas. Aunque aproximadamente el 90% de los países del mundo tienen políticas que permiten el aborto en diversas situaciones jurídicas para salvar la vida de la mujer, una proporción significativa de los abortos son inducidos por las propias mujeres o se efectúan en malas condiciones, y son la causa de un gran porcentaje de fallecimientos de las madres o de lesiones permanentes en las mujeres afectadas.

Los objetivos son: promover la salud de las mujeres y la maternidad sin riesgo; lograr una reducción rápida y sustancial en la morbilidad y mortalidad maternas y reducir las diferencias observadas entre los países desarrollados y los países en desarrollo, y dentro de cada país, y, sobre la base de un esfuerzo decidido por mejorar la salud y el bienestar de la mujer, reducir considerablemente el número de muertes y la morbilidad causados por abortos realizados en malas condiciones. También se recomienda que se adopten medidas para mejorar la situación de salud y de nutrición, especialmente de las mujeres embarazadas y las madres lactantes."

¹ Párrafo 8.25 del Plan de Acción de la Conferencia de El Cairo, 1994

4.4.1.3 Derechos Sexuales: Aunque han estado subordinados a los derechos reproductivos y no existe una definición oficial, los derechos sexuales constituyen derechos independientes del mismo rango, reconocidos y garantizados por el sistema de Derechos Humanos. En el Ecuador es la Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia y el capítulo IV, Título I del Libro Primero (de la Violencia) de la nueva Ley Orgánica de Salud, los instrumentos que mejor recogen los planteamientos y sugerencias nacidos en El Cairo. El Código Penal en el título VIII lo que hace es proteger principalmente los dos primeros derechos que se citan a continuación, basado sobre todo en la libertad sexual. Vale la pena mencionar que figuras como el homosexualismo y concubinato, por ejemplo, lejos de proteger estos derechos lo que hacían era violentarlos.

Los derechos sexuales implican:

- Derecho a la integridad física y seguridad del cuerpo (que incluye el control y el placer de nuestros propios cuerpos libres de tortura, mutilaciones o violencias de cualquier tipo)
- Derecho a ejercer sin ninguna coerción, violencia, discriminación o intimidación la sexualidad, incluida la identidad u orientación sexual.
- Derecho a la privacidad sexual, que incluye la confidencialidad sobre los resultados de embarazo y enfermedades de transmisión sexual.
- Derecho a alcanzar el mejor nivel de salud sexual, incluido el derecho al acceso a los servicios de salud sexual y la información científica, oportuna y sin discriminación que permitan evitar las infecciones sexuales, incluida el VIH.
- Derecho a la educación sexual, accesible, oportuna, responsable, comprensiva y respetuosa de su identidad cultural.
- Derecho a la libertad de asociación sexual, es decir a decidir libremente, sin imposiciones de ninguna persona o clase, a la persona con la que se desea convivir, casarse o mantener cualquier forma de unión.
- Derecho a decidir libremente sobre su vida sexual activa o no, independiente de su estado civil, etnia, género, orientación sexual, discapacidad.

- Derecho a mantener relaciones sexuales seguras, respetuosas y placenteras, sin perjuicios ni culpas, incluyendo el autoerotismo.

Como lo dijimos, tanto los derechos sexuales como los reproductivos, han estado incluidos dentro de derechos más generales reconocidos en todos los instrumentos internacionales, así lo reconoció la Carta de Derechos Sexuales y Reproductivos en 1995:

Derechos Humanos	Derechos relacionados con la salud sexual y reproductiva
Derecho a la vida	Protección de las mujeres cuyas vidas están en peligro debido al embarazo.
Derecho a la libertad	Protección a las mujeres que corren riesgo de mutilación genital, acoso sexual, embarazos forzados, esterilización o aborto impuesto.
Derecho a la igualdad y a estar libre de toda forma de discriminación	Acceso en igualdad de condiciones a la educación y los servicios relativos a la salud sexual y reproductiva. Protección contra todas las formas de violencia causadas por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, o cualquier otro status.
Derecho a la privacidad	Protección al carácter privado y confidencial de los servicios de información relativos a la atención de la salud sexual y de la reproducción. Respeto a la elección autónoma de las mujeres con respecto a la procreación.
Derecho a la libertad de pensamiento	Respeto a la libertad de pensamiento de las personas en lo tocante a su vida sexual y reproductiva. Derecho a estar libres de la interpretación restrictiva de textos religiosos, creencias, filosofías y costumbres como instrumentos para limitar la libertad de pensamiento en materia de salud sexual y reproductiva.

Derecho a la información y la educación	Derecho a la información correcta, no sexista y libre de estereotipos en materia de sexualidad y reproducción. Derecho a la información sobre beneficios, riesgos y efectividad de los métodos de regulación de la fertilidad
Derecho a optar por contraer matrimonio o no, y a formar y planificar una familia	Protección contra los matrimonios sin consentimiento pleno, libre e informado. Derecho a la atención de la salud reproductiva de las personas infértiles o cuya fertilidad está amenazada por enfermedades de transmisión sexual.
Derecho a decidir tener hijos o no tenerlos, y cuándo tenerlos	Derecho de las mujeres a la protección de la salud reproductiva, la maternidad y el aborto seguros. Derecho de las personas a acceder a la gama más amplia posible de métodos seguros, efectivos y accesibles para la regulación de la fertilidad.
Derecho a la atención y a la protección de la salud	Derecho a servicios completos de atención a la salud sexual y reproductiva. Protección de las niñas y las mujeres contra las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud.
Derecho a los beneficios del progreso científico	Acceso a la tecnología de atención a la salud reproductiva disponible, incluida la relacionada con la infertilidad, anticoncepción y aborto.
Derecho a la libertad de reunión y a la participación política	Derecho a reunirse, asociarse y tratar de influir en los gobiernos para que otorguen prioridad a la salud y derechos de la sexualidad y reproducción.
Derecho a no ser sometido/a a torturas y maltrato	Protección a las personas contra cualquier tratamiento degradante y violencia en relación con su sexualidad y reproducción, especialmente en tiempos de conflicto armado.

En el Ecuador, la especificación de los derechos sexuales nace desde la iniciativa de los jóvenes principalmente, tomando como referencia lo definido por la Red Latinoamericana y Caribeña de Jóvenes por los Derechos Sexuales y Reproductivos, creada en 1999 en la ciudad de México y que sirvió de base para la creación de la Red de jóvenes ecuatorianos en el 2001; varias instituciones y organizaciones juveniles se han apropiado de este tema y lo abordan procurando equilibrar lo que Salgado considera la tensión entre “el riesgo y el placer”. Los jóvenes, como lo dijimos líneas arriba, son quienes se han atrevido a posicionar estos derechos no desde la victimización sino desde el derecho al placer, a la libertad, sin que por ello se propicie la irresponsabilidad; en lo que han coincidido plenamente con el trabajo feminista ha sido en la visión política con que se aborda el tema; para la mujeres una de las grandes batallas ganadas en lo referente a la violencia y la discriminación, ha sido el lograr cambiar la concepción tradicional que le negó toda importancia y trascendencia al aspecto privado y con ello la violencia doméstica fue la forma más sistémica de violación a los derechos humanos que se dejaba en impunidad y en donde el Estado no se sentía llamado a actuar.

“Un punto central que cuestiona la dicotomía público/privado es el debate alrededor del cuerpo como territorio de construcción de autonomía. Está en juego el conocimiento, valoración y reapropiación del cuerpo, el cual ha sido históricamente expropiado a mujeres, jóvenes, personas LGBT, particularmente.

Precisamente el cuerpo es lo más propio, lo más íntimo, lo más privado que tenemos, y a la vez lo más expuesto, lo más público. Muchas veces es el territorio compartido con otro/a o invadido por otro/a ya sea que consintamos en ello o seamos forzados a hacerlo. Entonces los límites entre lo público/privado se tornan cada vez más difusos al momento de pensar el ejercicio de los derechos en el ámbito de la sexualidad, y en el territorio del cuerpo que es un espacio tanto privado como público. ¿Si no somos capaces de decidir sobre nuestros cuerpos en la vida cotidiana de qué autonomía estamos hablando?

(...)Las orientaciones sexuales no hegemónicas constituyen ciertamente concreciones de trasgresión política, cuando traspasan la esfera privada y se muestran en la pública. Son varias las instituciones que se sienten amenazadas por estas presencias, el patriarcado, la heterosexualidad compulsiva, la reproducción como destino único de la sexualidad, la familia nuclear como horma obligatoria.”¹

Con ello ratificamos que el ejercicio pleno de los derechos sexuales tiene todavía mucho por andar hasta superar los problemas de violencia, subordinación y hasta

¹ Salgado, Judith, “Tensiones clave en el debate de los derechos sexuales”. Análisis del capítulo IV de la tesis “Los derechos sexuales en el Ecuador”. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005. pag. 5-6

humillación¹ que se generan por un ejercicio machista y heterosexista de la sexualidad.

El concepto de sexualidad² que nos ha servido de guía en este trabajo creemos que aún no ha sido plenamente recogido, ni legal ni socialmente, y esto hace que aún limitemos la comprensión de los “derechos” sexuales como parte de los derechos humanos con tanto valor como cualquier otro; creemos que los puntos críticos del debate que plantea Judith Salgado están todavía vigentes, (hay que resolver aún el dilema entre “Placer y Peligro”; “Sexualidad y Reproducción”; la dicotomía entre “Público y Privado” y el reconocimiento de los “Sujetos de Derechos Sexuales”) y que indudablemente como casi todos los derechos, el reconocimiento expreso a través de normas internacionales o nacionales solo constituyen el inicio que nos motiva a sentir que su práctica efectiva está más cerca de llegar. El Derecho como ciencia solo establece las condiciones y su obligación es hacerlo lo más apegado a las necesidades sociales, a la justicia, a los principios universales. El “derecho patriarcal” que ha tenido como sujeto “preferido” al hombre, blanco-mestizo, económicamente activo, urbano y heterosexual, tiene que seguir en su camino de superación para dejar atrás estas concepciones discriminatorias que han dejado a un lado o subestimado a la mayoría de la población mundial: jóvenes, niños-as, ancianos, indígenas, mujeres, comunidad GLBTT.

En este “camino”, nos parece un paso hacia delante el alcanzado en la CONFEDERACIÓN PARLAMENTARIA DE LAS AMÉRICAS; VII Asamblea General, celebrada en nuestro país y muy poco difundida, del 29 de mayo a 3 de

¹ En diciembre de 1997 el Diario HOY, publicó los resultados de una encuesta que reveló que entre un 40 y 70% de mujeres en relación de pareja están insatisfechas con su vida sexual y los datos reflejaron que no era una cuestión cuantitativa sino mas bien que el problema de insatisfacción se debía al “machismo, el alcoholismo de los hombres y el mecanicismo del amor”. Otro estudio entre las usuarias de un centro de salud al Sur de Quito, confirmo estos datos y reveló otros complejos problemas: “el 48% de las usuarias viven su sexualidad en medio de violencia y como obligación” (Datos presentados por Magdalena León en su artículo: “Estado, Sociedad y Derechos Sexuales y Reproductivos en el Ecuador: Una aproximación”

² La sexualidad es “una parte integral de la personalidad de todo ser humano; su desarrollo pleno depende de la satisfacción de las necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad emocional, placer, ternura y amor. La sexualidad se construye a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales. El desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social. Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad para todos los seres humanos.” Declaración del XIII Congreso Mundial de Sexología, 1997 Valencia (España). Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) el 26 de agosto de 1.999, en el XIV Congreso Mundial de Sexología (Hong Kong).

junio de 2006 y cuya declaración la transcribimos íntegramente a continuación: (el subrayado es nuestro)

**CONFEDERACIÓN PARLAMENTARIA DE LAS AMÉRICAS, VII
ASAMBLEA GENERAL**

QUITO, ECUADOR, DEL 29 DE MAYO AL 3 DE JUNIO DE 2006

**Comisión de Salud y Protección Social, Recomendación sobre derechos sexuales
y reproductivos**

CONSIDERANDO que los problemas de salud sexual y reproductiva son la primera causa de enfermedad y mortalidad en las mujeres en el plano mundial, ya que más de medio millón de mujeres mueren en el mundo cada año como consecuencia un embarazo o un parto;

CONSIDERANDO que millones de mujeres no tienen acceso ni a servicios de salud sexual y reproductiva aceptables, ni a métodos de contracepción y planificación familiar;

CONSIDERANDO que la salud reproductiva y los derechos sexuales y reproductivos son los fundamentos del desarrollo personal y de relaciones íntimas y familiares armoniosas;

CONSIDERANDO que el acceso universal a la atención sanitaria en general, y a la atención de la salud reproductiva en particular, incluida la planificación familiar, es el punto de partida de una buena salud materna y tiene un papel primordial en la reducción de la pobreza;

CONSIDERANDO que el mejoramiento de la salud sexual y reproductiva de las mujeres tiene un impacto directo en la reducción de la mortalidad peri natal y de la mortalidad infantil;

CONSIDERANDO que la reducción de la pobreza, la equidad de género, el mejoramiento de la salud materna, la reducción de la mortalidad de niños menores de cinco años y la erradicación del VIH-SIDA figuran entre los *Objetivos de Desarrollo del Milenio* (ODM) adoptados en septiembre de 2000 por los Jefes de Estado y de

Gobierno de 191 países reunidos en la sede de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con ocasión de la Cumbre del Milenio;

CONSIDERANDO que esos Jefes de Estado y de Gobierno se han comprometido a alcanzar los ODM de aquí al 2015 y han reafirmado la importancia de garantizar un acceso universal a la atención de la salud reproductiva, con ocasión de la Cumbre Mundial de septiembre de 2005;

CONSIDERANDO que el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), que fue ratificada por la gran mayoría de los Estados de las Américas, estipula que:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.”

NOSOTRAS Y NOSOTROS, las y los representantes de los congresos y las asambleas parlamentarias de los Estados unitarios, federales, federados y asociados, parlamentos regionales y organizaciones interparlamentarias reunidos en Quito, Ecuador, en el marco de la VII Asamblea General de la Confederación Parlamentaria de las Américas:

NOS COMPROMETEMOS a prestar particular atención a la garantía de los derechos sexuales y reproductivos;

NOS COMPROMETEMOS a promover la adopción de leyes y políticas, así como la implementación de programas que hagan hincapié en la salud de las poblaciones, en particular la de las y los adolescentes y jóvenes, permitiendo, en especial, un mayor

acceso a la planificación familiar y promoviendo el uso del preservativo como medio de prevención de enfermedades transmitidas sexualmente, como el VIH /SIDA, y embarazos no deseados;

EXHORTAMOS a nuestros gobiernos a incluir en las políticas de salud sexual y reproductiva la disponibilidad y acceso a programas de anticoncepción de emergencia, y a garantizar información y métodos en los servicios de salud y en los que atienden violencia basada en género;

NOS COMPROMETEMOS a trabajar en pos de la reforma y consolidación de nuestros sistemas de salud respectivos, a fin de que nuestras poblaciones, incluidas los pueblos indígenas y afrodescendientes, puedan gozar de servicios universalmente accesibles, no discriminatorios y de buena calidad;

ALENTAMOS a nuestros gobiernos a lanzar campañas de sensibilización y información a fin de que las poblaciones, tanto urbanas como rurales, dispongan de la información y los medios necesarios para prevenir los riesgos vinculados a la salud sexual y reproductiva, y que los hombres y los adolescentes en particular tomen conciencia de las cuestiones de derechos sexuales y sus responsabilidades en la materia;

EXHORTAMOS a nuestros gobiernos a asignar los recursos financieros necesarios para garantizar un acceso universal a la prevención y a la atención de la salud sexual y reproductiva, en particular para las poblaciones que viven en zonas rurales;

EXHORTAMOS a nuestros Jefes de Estado y de Gobierno a respetar los compromisos asumidos en los Objetivos de Desarrollo del Milenio;

EXHORTAMOS a nuestros gobiernos que más allá de lo expresado en el artículo 12 de la CEDAW apartado 2, se proporcionen servicios gratuitos en todo momento y no solo cuando fuere necesario;

ACORDAMOS difundir en los parlamentos y en el seno de las organizaciones sociales de nuestros países la aplicación de las recomendaciones que figuran en la Declaración de Bahía, adoptada el 22 de abril de 2006;

EXHORTAMOS a los parlamentos miembros de la COPA a legislar con celeridad para la reforma de las leyes que incluyan el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, en especial el derecho a interrumpir el embarazo en caso de peligrar a su vida y en caso de violación, por lo menos;

RECOMENDAMOS a todos los parlamentarios y a todas las parlamentarias presentes en la VII Asamblea General de la COPA en Quito, Ecuador, y especialmente a la Red de Mujeres Parlamentarias de las Américas, que den curso a la presente recomendación ante todas las asambleas parlamentarias de las Américas y las comisiones que se ocupan de salud y equidad de género en dichas asambleas, para que éstas presten la atención necesaria a las cuestiones de salud sexual y reproductiva.

Conclusiones:

En el Ecuador la situación de la mujer refleja todavía situaciones de inequidad en varios aspectos, la discriminación en razón del sexo sigue siendo una práctica diaria aún cuando en la regulación positiva los avances sean significativos. Los “roles de género” siguen afirmando concepciones machistas que menosprecian y minimizan el aporte de la mujer en la sociedad y la violencia de género es un problema de salud pública que tiene entre los puntos más críticos a la violencia sexual.

Hablar de Derechos Sexuales y Reproductivos en el Ecuador es todavía un tema nuevo y poco asimilado. En la legislación, el Código Penal con los Delitos Sexuales protege la integridad y la libertad sexual. Los demás derechos sexuales y reproductivos están recogidos, en parte, en la Constitución Política, la nueva Ley Orgánica de la Salud, la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, la Ley de Maternidad Gratuita y el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Uno de los puntos más polémicos del debate en el Ecuador está en torno a la despenalización del aborto, considerado como un delito contra la vida por el Código Penal y protegido por el principio constitucional de la defensa de la vida desde la concepción. Los movimientos “*pro choose*” defienden el aborto desde la defensa a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, amparados, entre otras, en las

resoluciones de la Conferencia de El Cairo, mientras que la Iglesia Católica y los autodenominados movimientos “pro vida” abanderan la lucha desde la orilla opuesta.

El concepto de sexualidad que hemos tomado de base para nuestro trabajo, creemos que aún no es recogido íntegramente, ni legal ni socialmente, y que para lograrlo es indispensable primero partir desde la educación en derechos, incluidos los derechos sexuales y reproductivos, que logren cambios de actitudes, superación de prejuicios y eliminación de conceptos discriminatorios que siguen envolviendo a la sexualidad sobre todo cuando se trata del derecho de las mujeres.

En el caso de la formación en las Escuelas de Derecho, creemos que al estudiar el Código Penal, debería darse mayor énfasis al enfoque desde los derechos que dicen proteger los delitos tipificados. En el caso de los Delitos Sexuales y del Delito de Aborto en el caso ecuatoriano, la comprensión desde la visión de los Derechos, contribuiría a una mayor reflexión crítica sobre el bien jurídico tutelado y la “historia” desde donde se ha sido establecido, propiciando la identificación de las concepciones discriminatorias que se encuentran desde la propia definición y catalogación de los tipos penales.

CAPITULO 5: DERECHOS SEXUALES Y COMUNIDAD GLBTT EN EL ECUADOR: UNA APROXIMACIÓN

Introducción:

Sin duda alguna cuando la sexualidad y los derechos sexuales están vinculados además a temas como la homosexualidad o la transexualidad, a la discusión se integran otros factores en donde la discriminación por opción sexual es el desencadenante para la violación de derechos de la más variada naturaleza.

La comunidad GLBTT va tomando cada vez mayor fuerza a nivel mundial y el Ecuador no es la excepción, sin embargo, si en el caso de las mujeres afirmamos que la equidad “real” y no solo la legal, todavía tiene varias barreras por romper, en el caso de las minorías sexuales el panorama es todavía más incierto.

En este último capítulo nos acercaremos, aunque de manera sucinta, a mirar la situación jurídica de la comunidad GLBTT a nivel mundial, con el afán de demostrar que no solo sus derechos sexuales y reproductivos (algunos sostienen que por la propia naturaleza de los derechos reproductivos no son aplicables a las minorías sexuales) sino en general todo el ejercicio de sus derechos humanos, está todavía en un proceso de reconocimiento y aplicación real. Para lograr lo propuesto, haremos primero un breve recuento histórico que nos ayude a contextualizar e ilustrar sobre este tema todavía polémico y poco debatido en nuestro país.

5.1 La Comunidad GLBTT: Análisis histórico ¹

La homosexualidad ha existido en todos los tiempos y todas las culturas y en casi todas ha sido rechazada o cuando menos limitada. Se dice que Grecia es una de las culturas en donde la homosexualidad fue aceptada, sin embargo tampoco puede creerse que fue la “edad dorada” para los homosexuales, pues las relaciones estaban marcadas por fuertes consideraciones de poder; así mismo en Roma, la degradación se daba por la condición de pasividad dentro de la relación homosexual. (Por

¹ Para el recuento histórico nos hemos basado fundamentalmente en el trabajo de Diego Falconí “El final está cerca” y del artículo de Oscar Ugarteche: “Derechos Sexuales y Sociedad: Construyendo espacios para la diversidad en América Latina” publicado en el texto “Derechos Sexuales y Reproductivos: Avances constitucionales y perspectivas en Ecuador”

ejemplo, las relaciones homosexuales con los esclavos eran admitidas por la condición de no-persona de los esclavos y siempre que fuera el “amo” quien asumiera el rol activo; lo contrario era inadmisible.)

En el mundo lésbico, Safo se considera la primera lesbiana y se ha constituido en un referente de ésta comunidad que todavía tienen la tarea de reconocimiento mucho más atrasada que lo conseguido por los homosexuales hombres.

La bisexualidad por otro lado ha sido bastante más tolerada, minimizando totalmente la importancia de la relación homosexual y otorgándole características circunstanciales o accidentales. Alejandro Magno se dice es el bisexual más famoso de la historia, sin embargo a quienes lo consideraban el símbolo de la virilidad, las afirmaciones sobre su bisexualidad las contrarían. La película “Alejandro” fue para algunos el medio como confirmaron la “terrible sospecha” .

En general, en todas las culturas se tienen registro de relaciones homosexuales y de cómo la sociedad de esa época las consideró; sin embargo el término homosexual hace su aparición recién en el siglo XIX. Hasta entonces la homosexualidad estaba reducida a la “sodomía” y con ella limitada exclusivamente al acto sexual entre dos personas del mismo sexo, entendido en el mayor de los casos como actos aislados u ocasionales. “Fue así que en la Edad Media Tomás de Aquino, señaló que son cuatro los pecados contra la naturaleza: “masturbación, coito con animales (bestialidad), actos con personas del mismo sexo (vicio de sodomía) y uso indebido del matrimonio (todo lo que no sea coito vaginal)”. La homosexualidad, que fue equiparada a la sodomía en un discurso antireproductivo, fue, de este modo, censurada como pecado por varios siglos.”

Pero, según Foucault, al acuñarse el término de homosexualidad, nace ésta como “especie” y deja de ser un simple relapso como era el sodomita, y bajo este nuevo concepto es que la homosexualidad empieza a ser analizada desde la medicina y la psiquiatría considerándola como enfermedad, perversión o perturbación mental. Pero la homosexualidad además de “pecado y enfermedad” fue (es) delito. Precisamente el surgimiento de los activistas homosexuales nace contra la ley alemana que sancionaba la sodomía. En 1864, Magnus Hirschfeld argumentaba que la ley contra la sodomía viola el derecho a la intimidad de la persona. Hirschfeld,

liberal ortodoxo, decía que el principio de intimidad es la base para la igualdad entre las personas y bajo su liderazgo se puede decir que se inicia la lucha por la igualdad para la comunidad GLBTT

Francia era el único país en donde no se penaba la homosexualidad y fue el lugar de encuentro de los homosexuales, artistas y literatos, que acudían a París en busca de libertad... probablemente ahí, en París, se daría la conexión de Hirschfeld con gente de otros países y con las mujeres que en Inglaterra peleaban en esa época por el derecho al voto. De ahí que se afirma que ha sido el movimiento feminista quien colaboró con la organización de las asociaciones homosexuales y se ha sentido identificado con sus reclamos. El movimiento de mujeres también ha sido importante para el surgimiento de organizaciones de jóvenes. En un amplio sentido de reciprocidad y solidaridad, no es raro que hasta hoy veamos a la comunidad GLBTT apoyando las causas feministas y a la inversa, causas en las que cada vez vemos con mayor fuerza a los-as jóvenes que en todas partes del mundo reclaman por consideraciones específicas también para su edad y condición.

El movimiento alemán sería el más fuerte hasta el surgimiento de la política del Tercer Reich y el exterminio a los homosexuales que fueron sellados con un triángulo rosa invertido; esta barbarie no solo constituye uno de los referentes para la consolidación del movimiento homosexual sino que además es el inicio de su símbolo, que hoy no es rosado, sino con los seis colores que representan la diversidad.

En 1948 los movimientos de Suecia y Noruega (NF48) se convierten en impulsores y promotores de otros movimientos entre éstos el Mattachine Society, vinculado al Partido comunista en EU. La revolución de 1968 trajo los aires de frescura y libertad que calaron en los jóvenes sofocados por convencionalismos sociales que restringían su sexualidad.

Pero sin duda, es la Gesta de Stonewall, en Nueva York, la que se ha constituido en referente de las luchas homosexuales modernas por la igualdad y consolidó al movimiento gay justo en el momento en que los temas de género, racismo y la protección a los derechos humanos en general estaban en un nivel importante de su debate a nivel internacional. (el nombre de la Gesta de Stonewall se da por un

enfrentamiento entre la comunidad gay y policías en Christopher Street, delante del Bar Stonewall)

El estudio Kinsey, aunque cuestionado en su metodología, es un documento determinante para acabar con las teorías de la homosexualidad como enfermedad. En 1948, su obra "El comportamiento sexual en el hombre" llegó, entre otras, a las siguientes conclusiones:

1.- El 37% de los hombres entrevistados experimentaron alguna vez un orgasmo homosexual a partir de la adolescencia.

2.- El 13% de los varones sintieron deseos homosexuales, sin que se produjera por ello contacto físico alguno.

3.- El 25% de ellos tuvieron experiencias homosexuales no incidentales entre las edades de 16 a 55 años.

4.- El 18% mantuvieron igual número de relaciones heterosexuales que homosexuales durante un período mínimo de 3 años, entre las edades de 16 a 55 años.

5.- El 10% tuvo una conducta estrictamente homosexual durante un período de 3 años como mínimo y entre las edades ya reseñadas.

6.- Sólo un 4% manifestaba una conducta estrictamente homosexual durante toda su vida y ya manifiesta durante la adolescencia.

7.- La homosexualidad existía a todos los niveles sociales y ocupacionales.

Estos resultados, llevaron a Kinsey a confeccionar una escala de homosexualidad-heterosexualidad, donde el grado 0 manifestaba una homosexualidad exclusiva y totalmente dominante y el grado 6 una heterosexualidad completa sin ambages.

En 1953 su obra sobre el "Comportamiento sexual en la mujer", Kinsey concluye entre otros puntos, que:

1.- Un 13% de mujeres habían experimentado algún orgasmo homosexual a partir de la adolescencia.

2.- Sólo un 3% de las mujeres habían sido predominantemente homosexuales durante un período de 3 años como mínimo.

3.- Las mujeres, en contraste con los hombres, no solían ser promiscuas y tenían sus relaciones homosexuales sólo con 1 ó 2 compañeras en el 71% de los casos.

El informe Kinsey más la teoría del “arcoiris de la sexualidad” expuesta por Foucault en donde se ratifica que las preferencias sexuales van desde la heterosexualidad excluyente hasta la homosexualidad excluyente, han sido fundamentales para romper con los mitos de la “rareza” del homosexualismo y contribuyeron para que en 1992 la OMS quitara definitivamente a la orientación homosexual de su Clasificación Internacional de Enfermedades.

La homosexualidad se convirtió en tema de debate público con la aparición del VIH, SIDA, enfermedad que en un inicio estuvo asociado de manera exclusiva a la comunidad homosexual; esta pandemia y sus graves repercusiones en la comunidad, fortaleció a las organizaciones a nivel mundial y posicionaron el debate de los colectivos de minorías sexuales.

La utilización del término homosexual para la identificación de todas las “otras” diversidades sexuales también ha sido superado. Actualmente se habla de la comunidad GLBTT (*Gays*¹, Lesbianas, Bisexuales, Travestis y Transexuales) y con ello se ha logrado también la diferenciación y la comprensión sin que esto signifique ruptura o quiebre entre los grupos. “Anna Leah, quién después sería la Secretaria General de la ILGA (International Gay and Lesbian Association) (...) entendió que las luchas de género en busca de derechos no solamente eran de las mujeres, sino de todos-as aquellos “no hombres” que no tenían ni poder ni reconocimiento de derechos en el contexto social.(...) Es por eso que ahora se habla de una comunidad GLBTT que ha compartido una historia de rechazo y prejuicio en razón de la orientación sexual, en vez de colectivos homosexuales, lésbicos, bisexuales, etc.”²

En América Latino, fue México el primer país es ver surgir las manifestaciones homosexuales en la década de los '70; Brasil y Perú han conseguido también importantes movilizaciones y por lo menos en el primero han conseguido además varios espacios de representación política.

¹ El término “gay” traído de la lengua inglesa y que en español significa “alegre”, ha reemplazado al de homosexual para especificar a los hombres con preferencia sexual por otros hombres.

² Falconí, Diego. “El final está cerca”, pag. 46

El homosexualismo ha sido entonces, pecado, enfermedad y delito, sin que la asignación de la nueva concepción haya significado la superación del concepto anterior. En la actualidad, muchas religiones siguen considerando a las relaciones homosexuales como no consentidas y aprobadas por Dios, son contra natura porque no pueden cumplir el mandato de la reproducción. Las más “comprensivas” piden a sus fieles abstinencia para no caer en pecado; ya que no pueden hacer nada para “curar” la desviación, les piden que al menos no la exterioricen y eviten “complacer” a sus deseos. Aunque desde la ciencia médica se ha descartado la teoría de la medicalización, todavía varias personas la consideran una “enfermedad incurable”¹, y por último como lo veremos a continuación, todavía en muchos países la preferencia sexual por personas del mismo sexo constituye un delito, en el Ecuador apenas llevamos 10 años de haberlo eliminado.

5.2 La Comunidad GLBTT en el Ecuador.

Lo primero que es preciso aclarar es que la concepción de una “comunidad” GLBTT en el Ecuador parece no ser todavía una realidad. La comunidad implica un espacio de asociación, un mecanismo de protección y vigilancia de sus derechos y un proceso de construcción de propuestas conjuntas encaminadas a conseguir mejores condiciones de vida y de pleno reconocimiento de sus derechos; sin embargo en el país, a pesar de los logros importantes que se han conseguido para buscar la igualdad de la personas GLBTT no se puede todavía afirmar que la Comunidad esté consolidada como tal. Diego Falconí prefiere reconocer que en Ecuador existe una subcultura² y una contracultura³ GLBTT que va posicionando temas de discusión pero que todavía no ha logrado romper barreras en su interior para hacer que efectivamente *gays*, lesbianas, transgéneros y travestis se integren y trabajen colectivamente; por el contrario la “comunidad” ha tenido acciones dispersas y separadas que a pesar de ello han ido consiguiendo resultados que se evidencian en

¹ “La verdad es que mis padres no supieron que hacer con mi preferencia sexual, ellos antes habían escuchado que yo andaba con mujeres. Hablaron directamente con el Director, [de la clínica Contalpa en Montecristi] y, engañándome que sólo iba a una terapia, me dejaron allí (...) Yo pensaba que me iba a quedar quince días, máximo un mes (...) todo esto sucedió el 25 de diciembre de 2000 y estuve aproximadamente cuatro meses y medio.” Testimonio de Susana; recogido en el documento “Tortura a mujeres lesbianas en clínicas privadas de rehabilitación” del estudio Discriminación a Mujeres Lesbianas en el Ecuador”

² Personalmente no concuerdo con el término de subculturas, por la evocación de subordinación, considero que todas son “culturas” unas dominantes, masivas otras no.

³ “Las contraculturas son grupos que en gran medida rechazan los valores y normas sociales preponderantes, que pueden propugnar ideas alternativas a los principios dominantes” A. Guiddens.

niveles más bajos de homofobia¹ y heterosexismo², pero que debería motivarles a lograr mayores niveles de articulación y de construcción de una verdadera comunidad. Los prejuicios, las barreras y el rechazo social hacen que muchas personas que manifiestan una preferencia homosexual no logren sin embargo “salir del closet”³ y mientras no asuman su condición, la acepten como opción de vida y se sientan felices y tranquilos-as con su preferencia sexual es difícil que se integren o participen en alguna forma de “activismo” a través de alguna organización o grupo; gran parte de homosexuales y lesbianas siguen viviendo su sexualidad en la clandestinidad, muchas veces sus familias son las últimas en conocer la opción de sus hijos-as y esto limita la organización y el trabajo de la “comunidad”. Me aventuro a decir que en la provincia de El Oro es donde la “comunidad” está más articulada y comparten actividades puntuales conjuntamente con el Movimiento Feminista; en nuestra ciudad por el contrario, pienso que todavía pasaran algunos años hasta que veamos compartir, debatir y proponer conjuntamente a homosexuales, lesbianas, transexuales y mujeres heterosexuales de toda raza y condición económica, incluidas las trabajadoras sexuales.

Por ello, aunque a lo largo de este trabajo sea recurrente la referencia a la “comunidad” GLBTT lo hacemos en el sentido de nombrar la agrupación de personas que la integran más que en concepto sociológico de comunidad, que como hemos dicho, en el Ecuador se encuentra más bien en proceso de construcción.

5.2.1 Logros y situación actual de la comunidad GLBTT en el Ecuador

La homosexualidad fue eliminada del catálogo de los delitos del Código Penal en 1997 tras la declaratoria de inconstitucionalidad del primer inciso del Art. 516 que sancionaba con reclusión mayor de cuatro a ocho años a los “correos”. La norma violaba el principio constitucional del igualdad ante la ley y al amparo de ésta se presentó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; estando el trámite en proceso de consideración de la Corte, se produce el apresamiento de cerca de 100

¹ Prejuicios, mitos y creencias que provocan un miedo casi irracional al homosexual; a la homosexualidad.

² El heterosexismo es la creencia errónea de asumir que todas las personas son heterosexuales y que la heterosexualidad es el modo natural y óptimo para vivir.

³ La expresión “estar en el closet” o “salir de closet” es internacionalmente utilizada para indicar a las personas que viven en clandestinidad su orientación sexual y para quienes ya la asumen públicamente. Muchas de las personas identifican el “momento en que salieron del closet” que generalmente es el primer acto público o su propia declaración verbal de definirse como homosexual o lesbiana.

homosexuales en un bar de la ciudad de Cuenca y con este hecho se presenta la demanda ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. El triunfo de la demanda que termina con la declaración de inconstitucionalidad, es el que da pie para que en el proceso de la Asamblea Constitucional que se produjo en el gobierno interino de Fabián Alarcón tras el derrocamiento de Abdalá Bucaram, pasara la propuesta de incluir la prohibición expresa de discriminación en razón de la orientación sexual. Así nuestra Constitución en 1998 se convirtió en la segunda Carta Magna, después de la Sudáfrica, en reconocer a nivel constitucional este derecho. (Ver referencia sobre argumentos a favor de la despenalización del Dr. Chico Peñaherrera en el capítulo dos)

El Art. 23 de nuestra Constitución vigente, en su numeral tres, establece: (la negrita es nuestra)

Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

*3. “La igualdad ante la ley. 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 otra índole.”*

Además de este reconocimiento expreso, nuestra constitución reconoce otros derechos y principios que para la comunidad GLBTT encierran especial importancia por las posibilidades de exigibilidad que les brinda, éste es, entre otros, los argumentos que hoy, a las puertas de la Asamblea Constituyente, nos hacen exigir que los derechos alcanzados no pueden ser suspendidos, limitados o cambiados y que por el contrario, siguiendo el espíritu de progresividad de los DDHH debemos incluir, profundizar y especificar otros derechos que aún no han sido recogidos.

A continuación transcribimos los artículos de la Constitución que contribuyen de manera especial para la exigibilidad de los derechos de las personas GLBTT en el Ecuador: (la negrita es nuestra)

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad.

2. *Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.*

Art. 16.- *El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.*

Art. 17.- *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.*

Art. 18.- *Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán **directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.***

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Art. 19.- *Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material.*

Otros derechos recogidos en el Art. 23 que nos parecen importantes para la comunidad GLBTT son:

- 1. La inviolabilidad de la vida.** *No hay pena de muerte.*
- 2. La integridad personal.** *Se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral, y la aplicación y utilización indebida de material genético humano.*
- 4. La libertad.** *Todas las personas nacen libres. Se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el tráfico de seres humanos en todas sus formas. Ninguna persona podrá sufrir prisión por deudas, costas, impuestos, multas ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. **Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.***
- 5. El derecho a desarrollar libremente su personalidad,** *sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás.*

8. El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar.

La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona.

11. La libertad de conciencia; *la libertad de religión, expresada en forma individual o colectiva, en público o en privado. Las personas practicarán libremente el culto que profesen, con las únicas limitaciones que la ley prescriba para proteger y respetar la diversidad, la pluralidad, la seguridad y los derechos de los demás.*

14. El derecho a transitar libremente *por el territorio nacional y a escoger su residencia. Los ecuatorianos gozarán de libertad para entrar y salir del Ecuador. En cuanto a los extranjeros, se estará a lo dispuesto en la ley. La prohibición de salir del país solo podrá ser ordenada por juez competente, de acuerdo con la ley.*

19. La libertad de asociación y de reunión, *con fines pacíficos.*

21. El derecho a guardar reserva *sobre sus convicciones políticas y religiosas. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre ellas. En ningún caso se podrá utilizar la información personal de terceros sobre sus creencias religiosas y filiación política, ni sobre datos referentes a salud y vida sexual, salvo para satisfacer necesidades de atención médica.*

24. El derecho a la identidad, *de acuerdo con la ley.*

25. El derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual.

Estos importantes logros tienen todavía el reto de buscar su plena aplicación, que al igual que en caso de las mujeres, la tarea más difícil está en romper las estructuras mentales. La comunidad GLBTT tiene entre sus principales retos el conseguir “desasociar” a su comunidad de conceptos que no deberían identificarla y posicionar referentes positivos, como afirma Oscar Ugarteche entre las conclusiones del trabajo que hemos utilizado como fuente:

“La necesidad de referentes válidos para una parte de la ciudadanía que no se siente expresada por delincuentes, drogadictos y prostitutas, es central. La imagen cuasi delincencial y marginal debe ser revertida por la dignidad de las personas que la sociedad reconoce como válidas en sus campos profesionales, laborales, creativos. Ese ha sido el quid del asunto en los últimos treinta años. El fin de la vergüenza es el principio del mundo nuevo y libre al que todos aspiramos, donde la ética es del amor y la vida y la normalidad, la libertad. Nadie puede ser libre por otro, nadie puede gozar por otro, nadie puede amar por otro. La libertad comienza por nosotros mismos y se fortalece con el derribamiento del mundo viejo y anacrónico que carece de sentido, hoy más que nunca”

En nuestro país, la cultura machista y heterosexista que todavía impera, hace que en nuestro lenguaje consideremos “natural” las agresiones verbales que utilizamos haciendo referencia a la orientación sexual. “Marica” es un insulto cotidiano y tiene que ver con la asociación que se hace del homosexual con la debilidad. El hombre es

hombre en cuanto su fuerza y esa fuerza se demuestra también en el ejercicio sexual. El homosexual por más que evidencie fuerza física en cualquier actividad seguirá siendo “marica” porque no demuestra la “potencia sexual” que los hombres están llamados a demostrar. La virilidad siempre está entendida desde lo sexual. Desde Presidentes (Bucaram), Alcaldes (Nebot) hasta comentaristas deportivos han utilizado “la fuerza testicular” para demostrar que tienen las agallas necesarias para ejercer su cargo, haciendo gala de los ejemplos más extremos del lenguaje sexista.

Sobre la utilización del insulto de “maricón”, recogemos un comunicado difundido a los aires del movimiento “forajido” en las manifestaciones que llevaron al derrocamiento del Presidente Lucio Gutiérrez, escrito por un activista Gay, Freddy Lobato:

(...) Es que protestar y manifestar rechazo a un gobierno no tiene mejor forma que endilgando epítetos de “maricón” o marica contra quien lo preside. Así lo escuchamos cada noche desde el miércoles 13 de abril hasta estos días. Sin duda el “hijueputa” ya no significa un insulto para muchos. Es una palabrota aceptada socialmente incluso en el habla coloquial, hasta para quejarse de dolor. Lo de “indio-de-mierda” está siendo superado de a poco debido a esa misma madurez política y social de los ecuatorianos; es decir, ya no es bien visto en alguien insultar usando el “indio” como improperio. Y eso gracias a que los indios, como raza y etnia han recuperado su valor histórico, social y cultural frente a una sociedad mestiza, pero racista. El insulto de antes es hoy orgullo para ellos. Pero queda, entonces, el endilgar a las personas de “marica” para desahogar la furia y rabia de la gente “normal” para acusar a un corrupto, como el caso de Lucio, y saciar su ira e indignación.” (Artículos “Somos Forajidos y Maricas” circulado por Internet en los días de las revueltas forajidas”)

Los derechos humanos de las personas GLBTT están en el camino de superar las “discriminaciones de facto”; hoy en el mundo y en el Ecuador, se maltrata, se mata y se humilla diariamente a personas GLBTT por el solo hecho de su orientación sexual. Amnistía Internacional e ILGA (Internacional Lesbian and Gay Association) siguen reportando casos de esta naturaleza y otros “menos dramáticos” relacionados a derechos laborales, de acceso a la educación, a servicios de salud, etc.

En el Ecuador el maltrato por parte de la fuerza pública no es novedad, aún después de los cambios constitucionales; de ahí que el derecho a la libre circulación se llene de importancia para esta comunidad y para las trabajadoras sexuales. Al igual que en el caso de las mujeres, la comunidad GLBTT también vive la violación sistemática de sus derechos fundamentales a nivel privado: son sus propias familias, sus padres,

hermanos, los que los rechazan con mayor dureza. No es raro escuchar como “intentaban hacerles hombres” y eran llevados a la fuerza a mantener relaciones sexuales con prostitutas. El miedo al rechazo es una de las principales causas para “mantenerse en el closet” aun después de haber asimilado y aceptado personalmente su opción.

En los colegios, en los clubes, en todos lados... los homosexuales, lesbianas, transexuales y travestis no pueden ejercer su plena identidad. El colmo de la “discriminación legal” a luz pública, conocida y aplaudida por muchos se vive en el Malecón 2000 en Guayaquil. En el espacio del Malecón, amparado en su figura legal de Fundación, está prohibido el ingreso de homosexuales, lesbianas, travestis o transexuales; tampoco pueden ingresar las trabajadoras sexuales. ¿Dónde quedan los derechos constitucionales a la libre circulación y la no discriminación por orientación sexual? ¹

Pero para mirar casa adentro, en Cuenca acabamos de pasar un episodio de discriminación por parte del Municipio en contra de un artista homosexual. Dentro de la novena bienal internacional de Cuenca, una de las obras de las exposiciones paralelas que debía ser exhibida en una de las plazas de la ciudad fue “censurada” por considerar que tenía un contenido ¡sexista!. La obra, del artista quiteño Santiago Reyes es un autorretrato que muestra a dos hombres en una cama, uno de ellos le toma del brazo al otro, ambos duermen. No existe ningún gesto grotesco, ni siquiera erótico, la obra es más bien tierna, y tanto podrían ser dos hermanos, dos amigos o una pareja de homosexuales. El Municipio de Cuenca, a través del Departamento de Control Urbano, tomó, a nuestro criterio, una decisión completamente discriminatoria: si la obra representaba a un hombre y una mujer en exactamente las mismas condiciones a nadie se le habría ocurrido decir que merece una censura; si además entendemos que el sexismo es la discriminación en razón del sexo, entonces no es la obra la sexista sino la censura. No faltaron las críticas al Municipio, los propios artistas en la noche de premiación e inauguración criticaron fuertemente las políticas culturales y la forma de gestión del Municipio. Frente a la decisión de la censura y quizá cayendo en la cuenta que el calificativo de sexista estaba totalmente

¹ No extraña la disposición si pensamos que existe otra para el Cerro del Carmen y el Barrio las Peñas que prohíbe a los ciudadanos-as que habitan ahí, andar sin camisetas, en pantalonetas o colgar la ropa en las ventanas. La “regeneración urbana” en Guayaquil limita derechos fundamentales de sus habitantes.

errado, el Municipio quiso vender la idea de protección, en más de un medio de comunicación en donde se hizo referencia al tema, la explicación fue que la decisión se tomó para no exponer a la comunidad homosexual dado que en Cuenca todavía la ciudadanía no tiene una actitud abierta y de respeto frente al tema. Otra vez el argumento “paternal” de protección es el que justifica un acto discriminatorio. Lamentablemente en Cuenca el nivel organizativo y de presencia pública de los gays y lesbianas es todavía incipiente y aunque se realizaron actos de solidaridad con el artista, no se puede decir que se logró una presión pública y de rechazo frontal ante este hecho que podía incluso ser llevado a tribunales.

Oscar Ugarteche en un artículo reciente publicado en la revista virtual ALAI AMLATINA, “Corrientes y Contracorrientes de libertad” habla sobre los “retrocesos” que se observan en el tema de los derechos GLBTT empujados por la cúpula de la Iglesia Católica y gobiernos conservadores como el de George W. Bush en Estados Unidos (varios estados han retrocedido en los derechos civiles que se otorgaban a personas y parejas GLBTT) y afirma que en general “la marcha atrás es un viento general” (*en la “liberal” Inglaterra recientemente se despidió al Presidente de British Petroleum por mantener una relación oculta con su novio, afirmando que la sanción se debe por haber mentado; “(...)otros decimos que si hubiera dicho que tenía un compañero no le hubieran dado el cargo”*). La Iglesia, bajo la dirección de Ratzinger, a quien lo devela como ex integrante del Tribunal del Santo Oficio, ha vuelto a “sacar a las calles” a sus fieles para rechazar a la comunidad GLBTT y a las luchas feministas por el aborto, dejando serias dudas sobre la calidad de “laico” de nuestros estados. Para afirmar esta expresión cita lo sucedido en el Perú en el debate de la Ley de Igualdad de Oportunidades dado en marzo de 2007 que por la interferencia de la Iglesia Católica no incluyó de manera expresa la discriminación por opción sexual, pese a constar en el proyecto inicial. Para Ugarteche, una de las salidas que debería tomar la comunidad GLBTT es la estrategia que en los ’80 empleó el movimiento *Act Up*: sacar del closet a todos los gays y lesbianas que se encuentran en los cargos y los espacios públicos “*Sacar del closet no es difamar, como lo hacen los heterosexuales, sino señalar con pruebas. No se trata de victimizar a nadie sino de enrostrarle a la sociedad la hipocresía de los sectores más conservadores, desde presidentes de bancos centrales hasta senadores social cristianos que no ayudan en la causa sino la traban. “Dios perdona*

el pecado pero no el escándalo. El escándalo es hablar, es mostrarse. Hay que hacer escándalo para abrir la sociedad y liberar las presiones de la discriminación, si esa es la definición. El escándalo real es la falta de autenticidad, de naturalidad, la vergüenza de uno mismo, la falta de dignidad

5.3 Los debates más polémicos: el derecho al “casamiento” y la adopción.

Abordar estos temas con mediana profundidad implicaría un trabajo independiente, sin embargo por la importancia y la relación que encierran con nuestro estudio les dedicaremos una breve reflexión.

Pese a la difícil situación para la vigencia de sus derechos por los que pasa la comunidad GLBTT, cuando menos en “papeles” se ha conseguido en varios países la igualdad ante la ley y poco a poco los derechos civiles y políticos van mostrando avances.

Sin embargo, a pesar de la intolerancia y los conflictos, los temas que han generado mayor debate internacional y polémica en los últimos años han estado vinculados a derechos sexuales y reproductivos: la libertad de asociación, entendida como el derecho a decir libremente la pareja y la forma de convivencia y el derecho a tener hijos-as a través de la figura de la adopción, o para el caso de las lesbianas, a través de mecanismos de fertilización artificial.

Entre los argumentos utilizados por la comunidad GLBTT para lograr el reconocimiento a estos derechos, están, además del principio de igualdad ante la ley, que prácticamente se convierte en el paraguas de todos los demás derechos, los que de manera resumida exponemos a continuación:

- **5.3.1 Derecho al Casamiento:** la mayoría de legislaciones civiles confunde el término “matrimonio” con el término “casamiento”. El matrimonio es un concepto que por propia definición excluye a parejas del mismo sexo y que constituye un “sacramento” de las religiones. La figura civil debería ser el casamiento y la ley debería garantizar las uniones de parejas homosexuales sin ninguna diferencia en relación a las parejas heterosexuales. El derecho a la libertad de asociación, para decidir con quien, cuando y en que forma, iniciar una vida de pareja no es patrimonio de las relaciones heterosexuales.

El fin del “casamiento” no es solo la reproducción, que en estricto sentido es la única diferencia real con las parejas homosexuales, porque de ser así, la ley debería obligar a que todas las parejas tengan hijos-as y las personas con problemas de infertilidad no podrían contraer “casamiento” y con ello se violaría un nuevo derecho que es el decidir libremente sobre el momento, el número y el espaciamiento de los hijos-as.

Varias legislaciones principalmente de países europeos y de algunos estados de Estados Unidos, han reconocido el derecho de uniones de hecho a las parejas homosexuales, asignándoles distintos derechos que sus leyes reconocen para las uniones heterosexuales (regulaciones de sociedad conyugal, herencia, causales de divorcio, aspectos tributarios y de seguridad social) La principal diferencia con las uniones o matrimonios heterosexuales es el derecho a la adopción.

Los Países Bajos (Holanda) nos parece es el único estado que incluso lo denomina “matrimonio” y lo ha asimilado en todo con las parejas heterosexuales legalmente casadas, incluido el derecho a la adopción.

En nuestro país, el Código Civil define al “matrimonio” como la unión entre un hombre y una mujer, y a las uniones de hecho como “la unión estable y monogámica entre un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial” con lo que se niega expresamente la posibilidad de reconocimiento legal de las parejas homosexuales.

Los opositores poco a poco han ido perdiendo terreno en este aspecto, sus argumentos estaban más relaciones a consideraciones morales y de costumbres que ha razonamientos jurídicos en sí mismo; cada vez parece más difícil encontrar justificaciones legales para impedir el reconocimiento legal de las uniones homosexuales y las que persisten tienen más que ver con el derecho a la adopción que lo ven como la consecuencia de la legalización de las uniones.

- **5.3.2 Derecho a la adopción¹:** Más polémica que el acceso al casamiento ha desatado la figura de la adopción, por encontrarse en confrontación los

¹ La información de este segmento se extrae principalmente del trabajo de Diego Falconí, “El final está cerca” que tiene como temática central la adopción en el Ecuador y la limitación para parejas GLBTT

derechos y los intereses de los niños-as y adolescentes frente a los de las parejas GLBTT.

Entre los argumentos que buscan su reconocimiento están:

-Padres heterosexuales no garantizan hijos heterosexuales. La gran mayoría de personas GLBTT han nacido y criado en hogares heterosexuales y los estudios realizados han demostrado que niños-as criados en hogares con padres o madres homosexuales o lesbianas no tiene más probabilidades de desarrollar tendencias homosexuales o lesbianas que los criados en hogares heterosexuales; además, y es considerado un aspecto positivo, los niños-as tienden a ser más tolerantes con lo diferente y están más abiertos a cuestionar los roles de género tradicionales. La realidad es que las personas GLBTT existen y en diferentes tipos de familias. *“De acuerdo a la psicología, a la sociología y a la antropología, el hecho de que padres o madres GLBTT transmitan a sus hij@s su orientación sexual es falso. Más aún, la sexualidad debe explicarse siempre desde la humanidad, en su dimensión completa, y no desde perspectivas personales”*¹.

*“Puedo asegurar que toda mi familia es muy heterosexual y yo soy muy homosexual. Hay quien está interesado en equivocar el debate y meter miedo a la gente en el cuerpo. Los estudios dicen que no hay ningún problema e incluso apuntan que estos niños son muchos más tolerantes y respetuosos con los demás.”*²

-Desde la “oposición” se argumenta con frecuencia que los niños-as necesitan de un padre y una madre que les de referentes de lo masculino y lo femenino y que esto no les brindan las parejas homosexuales. Sin embargo, los niños-as aprenden de los roles de los adultos, de todos los adultos con los que se relacionan (abuelos-as, tíos-as, maestros-as,etc) y no solamente de sus padres, porque de lo contrario, podría afirmarse que un hijo-a de madre soltera no tiene referentes masculinos porque su madre no le puede dar. Esta idea se respalda en el concepto tradicional de familia nuclear que niega las nuevas formas de familias que pueden surgir, entre otras razones, por la migración. (madres o padres solos, niños-as al cuidado de hermanos-as, familiares)

¹ Falconí, Diego. “El final está cerca”. Pag. 67

² Fragmento de una entrevista a Pedro Zerolo, político español integrante del PSOE, ex concejal del Ayuntamiento de Madrid, Ex Presidente de la Federación Estatal de Gays y Lesbianas.

-Los daños o afecciones psicológicas no son más que las que pudieran afectar a niños-as de parejas heterosexuales. Las principales necesidades de los niños-as tienen que ver con el tiempo (cantidad y calidad) y las relaciones afectivas que construyen con sus padres. Los prejuicios y la estigmatización hacia los *gays*, por considerarlos promiscuos y sin normas éticas, hacen creer que los niños-as criados en estos hogares podrían ser más vulnerables de abusos sexuales, sin embargo, el autor que seguimos citando a varios estudios publicados nos dice *“(...) proporcionalmente hay menos homosexuales pedófilos que heterosexuales pedófilos (...) Adicionalmente, la investigación indica que el abuso o el molestar sexual es en esencia un acto heterosexual con un incesto familiar del tipo padre e hija, casi siempre. Incluso en las situaciones donde el niño ha sido molestado o abusado por su padre de manera sexual, el padre se identifica a sí mismo, desproporcionalmente, como heterosexual.”*

-Varias personas GLBTT que mientras estuvieron “en el closet” mantuvieron relaciones heterosexuales, han procreado hijos-as y han demostrado que su capacidad para criarlos no depende de su preferencia sexual. En el caso de las lesbianas, existen actualmente varias familias conformadas por lesbianas y los hijos-as de una o ambas, producto de relaciones heterosexuales anteriores.

-La estabilidad, la seguridad, la afectividad y las condiciones económicas que puede brindar una familia a sus hijos-as adoptivos no es patrimonio de las parejas heterosexuales

Entre los argumentos en contra quizá los de más fuerza son el velar por el interés superior del niño-a y adolescente, reconocido en diversos instrumentos internacionales y que garantizan que las leyes deben ser interpretadas siempre en busca del mayor beneficio de los niños-as y que éstos deben en los casos que sean posibles, ser escuchados; y los que apuntan a demostrar que los niños-as de parejas GLBTT sufrirían discriminación y maltratos fuera del hogar, impidiendo o dificultando sus posibilidades de inserción social adecuada. Los demás argumentos respecto de la identidad o

de los problemas psicológicos han sido más bien rebatidos desde la comunidad GLBTT.

En el Ecuador, el Código de la Niñez y la Adolescencia que regula todo lo relacionado con adopciones, prohíbe expresamente la adopción por parte de parejas GLBTT, así lo dispone el Art. 159 numeral 6:

“Los candidatos a adoptantes deben cumplir los siguientes requisitos:

- 6. En los casos de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla los requisitos legales;”*

La norma hace expresa referencia a “parejas” lo que podría llevar a la interpretación que una persona sola, gay o lesbiana, podría acceder a la adopción con las mismas limitaciones que las personas heterosexuales solas; sin embargo por la recurrente idea que limita este derecho a heterosexuales aunque la norma podría haber dejado un vacío, la interpretación seguramente dará como resultado la negativa de la petición.

5.4 Una mirada a la situación jurídica internacional de la personas GLBTT

La información que se coloca a continuación ha sido extraída del sitio web de la *Internacional Lesbian and Gay Asociation* (ILGA: www.ilga.org) y corresponde al Informe Anual del estado de los Derechos Humanos de GLBTs 1998-2000.

Medidas de igualdad de trato para hombres gays y mujeres lesbianas

LEYES ANTIDISCRIMINATORIAS

Los siguientes países y ciudades tienen una legislación que prohíbe la discriminación en base a la orientación sexual:

Brasil	Francia	Suráfrica
Canadá	Islandia	España
Dinamarca	Irlanda	Suecia
Ecuador	México DF	Nueva Zelanda
Holanda	Islas Fidji	Noruega
Finlandia	Eslovenia	
Austria (Bludenz)		
Australia (Territorio Capital, Nuevo Sur de Gales, Territorio Norte, Queensland, Sur de Australia, Tasmania, Victoria)		
Argentina (Buenos Aires y Rosario)		

LEYES DE PAREJAS

En los siguientes países la legislación regula las parejas de gays y de lesbianas

Bélgica
Canadá (Quebec)
Dinamarca / Groelandia
España (Comunidades de Aragón, Cataluña, Navarra y Valenciana)
Francia
Holanda
Hungría
Islandia
Noruega
Suecia
Suiza (Cantón de Ginebra)

MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Holanda

NOTA:

Detalles e información extensa para cada país están a su disposición en nuestra base de datos en Internet: <http://www.ilga.org>

Resumen: Estado legal del la homosexualidad en el mundo

196 PAISES (excluyendo EE UU)

	Lesbianas	Gays
Legal	77	92
Illegal	39	73
Estatus desconocido	31	31
No mencionado	49	-

ÁFRICA: 53 países

	Lesbianas	Gays
Legal	11	14
Illegal	18	26
Estatus desconocido	13	13
No mencionado	11	-

AMÉRICA: 35 países (excluyendo EE UU)

	Lesbianas	Gays
Legal	20	22
Illegal	5	9
Estatus desconocido	4	4
No mencionado	6	-

ASIA-OCEANÍA: 44 países

	Lesbianas	Gays
Legal	9	11
Illegal	8	23
Estatus desconocido	3	3
No mencionado	17	-

EUROPA: 50 países

	Lesbianas	Gays
Legal	36	43
Illegal	-	4
Estatus desconocido	3	3
No mencionado	17	-

ORIENTE MEDIO: 14 países

	Lesbianas	Gays
Legal	1	2
Illegal	8	11
Estatus desconocido	1	1
No mencionado	4	-



Estado legal de la homosexualidad en el mundo en 2000:

Los países de la siguiente lista son independientes y entidades soberanas, menos lo especificado entre paréntesis. La lista de países fue extraída de "L'État du Monde" (ed. La Découverte/Boréal), un compendio anual económico y geopolítico.

ÁFRICA - 53 PAÍSES

PAÍS	LESBIANAS	GAYS
Algeria	Illegal	Illegal
Angola	No mencionado	Illegal
Benin	Illegal	Illegal
Botsuana	No mencionado	Illegal
Burkina Faso	Legal	Legal
Burundi	No mencionado	Legal
Camerún	Illegal	Illegal
Cabo Verde	Illegal	Illegal
Comores	Legal	Legal
Congo	Legal	Legal
Chad	ED	ED
Egipto	ED	ED
Eritrea	Legal	Legal
Etiopía	Illegal	Illegal
Gabon	Legal	Legal
Gambia	No mencionado	Legal
Ghana	No mencionado	Illegal
Guinea	Illegal	Illegal
Guinea Bissau	No mencionado	Legal
Guinea Equatorial	ED	ED
Kenia	ED	ED
Lesoto	ED	ED
Liberia	Legal	Legal
Libya	Illegal	Illegal
Madagascar	ED	ED
Malawi	Illegal	Illegal
Mali	Legal	Legal
Costa de Marfil	ED	ED
Mauritania	Illegal (DP)	Illegal (DP)

PAÍS	LESBIANAS	GAYS
Mauricios	Illegal	Illegal
Marruecos	Illegal	Illegal
Mozambique	No mencionado	Illegal
Namibia	ED	ED
Niger	ED	ED
Nigeria	Illegal*	Illegal
República Centro Africana	Legal	Legal
República Democrática del Congo (antiguamente Zaire)	ED	ED
Ruanda	ED	ED
Santo Tomé y Príncipe	Legal	Legal
Senegal	Legal	Legal
Seychelles	Illegal	Illegal
Sierra Leona**	ED	ED
Somalia	ED	ED
Suráfrica	Legal	Legal
Sudán	Illegal (DP)	Illegal (DP)
Suazilandia	Illegal	Illegal
Tanzania	No mencionado	Illegal
Togo	Illegal	Illegal
Tunicia	Illegal	Illegal
Uganda	No mencionado	Illegal
Yibuti	Illegal	Illegal
Zambia	No mencionado	Illegal
Zimbabue	No mencionado	Illegal

* Estados donde la ley Musulmana ha sido impuesta: Zamfra, Northern Niger, Abulkadir Kure (May), Attahiru Bafarawa y Sokoto.
 ** Ley Sharia impuesta.

AMÉRICA - 36 países

PAIS	LESBIANAS	GAYS	PAIS	LESBIANAS	GAYS
Antigua y Barbuda	No mencionado	Illegal	Honduras	Legal	Legal
Argentina	Legal	Legal	Islas Caimán	No mencionado	Illegal
Bahamas	Legal	Legal	Islas Virgenes Británicas	No mencionado	Illegal
Barbados	Illegal	Illegal	Islas Falkland/Malvinas	No mencionado	Legal
Belice	ED	ED	Jamaica	No mencioando	Illegal
Bermudas	No mencionado	Legal	México	Legal	Legal
Bolivia	Legal	Legal	Antillas Holandesas	Legal	Legal
Brasil	Legal	Legal	Nicaragua	Illegal	Illegal
Canadá	Legal	Legal	Panamá	ED	ED
Colombia	Legal	Legal	Paraguay	Legal	Legal
Costa Rica	Legal	Legal	República Dominicana	Legal	Legal
Cuba	Legal (-)	Legal (-)	Perú	Legal	Legal
Chile	No mencionado	Legal	Puerto Rico (EE UU)	Illegal	Illegal
Dominica	No mencionado	Legal	Santa Lucía	Illegal	Illegal
Ecuador	Legal	Legal	San Vicente y Granadinas	No mencionado	Illegal
El Salvador	ED	ED	San Kitts and Nevis	Legal	Legal
EE UU	<i>ver abajo</i>	<i>ver abajo</i>	Surinam	Legal	Legal
Granada	Illegal	Illegal	Trinidad y Tobago	Illegal	Illegal
Guatemala	Legal	Legal	Uruguay	Legal	Legal
Guyana	No mencionado	Illegal	Venezuela	Legal	Legal
Haití	ED	ED			

ESTADOS UNIDOS (por estados)

LA HOMOSEXUALIDAD ES LEGAL EN 29 ESTADOS DE LA UNIÓN:

Alaska, California, Colorado, Connecticut, Hawai, Illinois, Indiana, Iowa, Kentucky, Maine, Maryland, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, North Dakota, Ohio, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Vermont, Washington State, West Virginia, Wisconsin y Wyoming.

EL SEXO ANAL Y ORAL HOMOSEXUAL ES ILEGAL EN 4 ESTADOS:

Arkansas, Kansas, Oklahoma y Texas.

EL SEXO ANAL Y ORAL HOMOSEXUAL Y HETEROSEXUAL

ES ILEGAL EN 15 ESTADOS:

Alabama, Arizona, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Delaware, Distrito de Columbia, Florida, Idaho, Louisiana (prohibición mantenida por decisión judicial, 6 Julio del 2000), Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississipi, Missouri y Utah.

ESTATUS PENDIENTE EN 2 ESTADOS:

- **GEORGIA:** En 1816, Georgia prohibió el sexo anal y oral homosexual y heterosexual. En el 23 de noviembre de 1998, la Corte Suprema de Georgia declaró la prohibición anulada y vacía. Georgia debe modificar su constitución para recriminalizar la homosexualidad.
- **MONTANA:** De 1953 a junio de 1997, Montana prohibió el sexo anal y oral homosexual. El 2 de julio de 1997, la Corte Suprema de Montana invalidó esta prohibición. Al fin de febrero de 1999, el proyecto de ley local 449 para permitir la homosexualidad, no tuvo éxito.

ASIA-OCEANIA - 44 países

PAIS	LESBIANAS	GAYS	PAIS	LESBIANAS	GAYS
Afganistan	Illegal (DP+)	Illegal (DP+)	Kiribati	No mencionado	Illegal
Australia (Federación)			Kyrgyzstán	Legal	Legal
Queensland	No mencionado	Legal	Laos	Illegal	Illegal
Sur Australia	Legal	Legal	Malasia	No mencionado	Illegal
Tasmania	No mencionado	Legal	Maldivas	No mencionado	Illegal
Western Australia	Legal	Legal	Micronesia	ED	ED
Capitol Territory	Legal	Legal	Mongolia	ED	ED
New South Wales	Legal	Legal	Nauru	No mencionado	Illegal
Northern Territory	Legal	Legal	Nepal	Illegal	Illegal
Victoria	Legal	Legal	Nueva Zelanda	No mencionado	Legal
Bangladesh	Illegal	Illegal	Niue	No mencionado	Illegal
Bután	No mencionado	Illegal	Tokelau		
Brunei	Illegal	Illegal	(Est. asoc. a Nueva Zelanda)	No mencionado	Illegal
Burma/Myanmar	No mencionado	Illegal	Pakistán	Illegal (DP)	Illegal (DP)
Cambodia	ED	ED	Palau	No mencionado	Legal
China (incluyendo			Papua Nueva Guinea	No mencionado	Illegal
Hong Kong y Macao)	Legal	Legal	Samoa Occidental	Illegal	Illegal
Corea del Norte	ED	ED	Singapur	Illegal	Illegal
Corea del Sur	Legal	Legal	Sri Lanka	No mencionado	Illegal
Filipinas	Legal	Legal	Taiwan	Legal	Legal
Islas Fidji	No mencionado	Illegal	Tajikistán	No mencionado	Illegal
Islas Marshall	ED	ED	Tailandia	Legal	Legal
Islas Cook			Timor Oriental	ED	ED
(Est. asoc. a Nueva Zelanda)	No mencionado	Illegal	Tonga	No mencionado	Illegal
Islas Solomón	No mencionado	Illegal	Turkmenistán	ED	ED
India	No mencionado	Legal	Tuvalu	No mencionado	Illegal
Indonesia	Legal	Legal	Uzbekistán	No mencionado	Illegal
Japón	Legal	Legal	Vanuatu/New Hebrides	ED	ED
Kazajistán	ED	ED	Vietnam	ED	ED

(DP): Países donde los actos homosexuales son sujetos a la pena de muerte.
 (DP+): Países donde se han ejecutado homosexuales en los últimos 10 años.

ED: Estatus desconocido
 Legal (-): Países con severa discriminación en ley criminal, pero no del todo ilegal.

EUROPA - 50 países

PAIS	LESBIANAS	GAYS	PAIS	LESBIANAS	GAYS
Anguilla	No mencionado	Illegal	Luxemburgo	Legal	Legal
Albania	Legal	Legal	Macedonia	No mencionado	Illegal
Alemania	Legal	Legal	Moldovia	No mencionado	Legal
Andorra	Legal	Legal	Mónaco	Legal	Legal
Armenia	No mencionado	Illegal	Montenegro	Legal	Legal
Austria	Legal	Legal	Montserrat	No mencionado	Illegal
Azerbaijan	No mencionado	Illegal	Nonuega	Legal	Legal
Belarus	No mencionado	Legal	Polonia	Legal	Legal
Bélgica	Legal	Legal	Portugal	Legal	Legal
Bosnia Herzegovina	No mencionado	Legal	República Checa	Legal	Legal
Bulgaria	Legal (-)	Legal (-)	República Chechena*	No mencionado	Illegal (DP)
Chipre	Legal	Legal	República Sprska	ED	ED
Ciudad del Vaticano	ED	ED	Rumania	Legal (-)	Legal (-)
Croacia	Legal	Legal	Rusia	Legal	Legal
Dinamarca (y posesiones)	Legal	Legal	San Marino	No mencionado	Legal
Eslovaquia	Legal	Legal	Serbia	Legal	Legal
Eslovenia	Legal	Legal	Suecia	Legal	Legal
España	Legal	Legal	Suiza	Legal	Legal
Estonia	Legal	Legal	Turks e Islas Caicos	No mencionado	Illegal
Finlandia	Legal	Legal	Turquía	Legal	Legal
Francia [y posesiones]	Legal	Legal	Ucrania	Legal	Legal
Georgia	ED	ED	Reino Unido**	No mencionado	Legal (-)
Gibraltar	No mencionado	Legal			
Grecia	Legal	Legal			
Holanda	Legal	Legal			
Hungría	Legal	Legal			
Islandia	Legal	Legal			
Irlanda	No mencionado	Legal			
Italia	Legal	Legal			
Latvia	No mencionado	Legal			
Liechtenstein	Legal (-)	Legal (-)			
Lituania	Legal	Legal			

* En Noviembre de 1997, las autoridades chechenas islámicas aplican sanciones por homosexualidad entre tortura corporal y la pena de muerte. Sin embargo, hay a un fuerte reclamo de posesión de este territorio por la federación rusa y por la aplicación de sus leyes.

** Para enero del 2001, el gobierno británico hará que en sus posesiones se cumpla la ley británica.

ORIENTE MEDIO - 14 países

PAIS	LESBIANAS	GAYS	PAIS	LESBIANAS	GAYS
Arabia Saudi	Illegal (DP+)	Illegal (DP+)	Kuwait	No mencionado	Illegal
Bahrein	No mencionado	Illegal	Libano	Illegal	Illegal
Emiratos Árabes Unidos	Illegal (DP)	Illegal (DP)	Omán	Illegal	Illegal
Irak	Legal	Legal	Palestina	ED	ED
Irán	Illegal (DP+)	Illegal (DP+)	Qatar	Illegal	Illegal
Israel	No mencionado	Legal	Siria	Illegal	Illegal
Jordania	No mencionado	Illegal	Yemen	Illegal (DP)	Illegal (DP)

Conclusiones:

La comunidad GLBTT afronta todavía varias barreras legales y sociales que hacen que sus derechos humanos más elementales sean efectivamente garantizados, bajo esta situación, los derechos sexuales y reproductivos no son la excepción.

La “comunidad” GLBTT en el sentido sociológico del término no ha llegado a consolidarse en el Ecuador y mas bien podría decirse que está en construcción. A pesar de ello han conseguido importantes conquistas reflejadas principalmente en los derechos civiles recogidos en la Constitución aunque aún falte mucho para alcanzar reconocimiento social.

Los puntos más polémicos del debate en la actualidad se concentran en los derechos sexuales y reproductivos, específicamente en el Derecho al Casamiento o el reconocimiento y protección de las uniones homosexuales y el Derecho a la Adopción. Ambos derechos, en el caso ecuatoriano están completamente restringidos a pesar que ser nuestra Constitución vigente es la segunda en el mundo en haber explicitado la no discriminación en razón de la orientación sexual.

CONCLUSIONES GENERALES:

Teóricas:

A lo largo de la historia la sexualidad ha sido cargada de mitos y consideraciones moralistas, desde el Derecho Romano la situación de la mujer tanto en la libertad para ejercerla como en la protección hacia su integridad ha sido discriminatoria con relación a los hombres.

La Iglesia Católica a través de los dogmas de fe en torno a María como Madre y Virgen ha interiorizado concepciones machistas que en el tema específico de los derechos sexuales ha reprimido la sexualidad en las mujeres, imponiendo una visión en que la reproducción es el único fin del ejercicio de la sexualidad con lo que ésta se limita exclusivamente al acto sexual y se descalifica todo ejercicio de “sexualidades distintas” como el caso de las parejas del mismo sexo.

En el Derecho Ecuatoriano, de manera particular en el Código Penal, la sexualidad no fue comprendida en su real sentido para la determinación de los Delitos Sexuales y esto se refleja en la propia denominación que utiliza. Nuestro código arrastra la influencia del Derecho Romano, que con la figura de la Patria Potestad y la institucionalidad de la familia, justificaron discriminaciones de iure hacia la mujer, con la presencia de normas de tutela por considerarla incapaz relativo.

La comprensión limitada de la sexualidad hacia el acto sexual y cargada de concepciones moralistas, hizo que nuestro código contemple actos que no deberían ser considerados delitos (adulterio, concubinato, homosexualismo y el todavía vigente bestialismo) y otros que no deberían estar catalogados dentro de los Delitos Sexuales (el rapto).

La última reforma de junio del 2005 sobre los Delitos Sexuales tiene como aspectos positivos el haber tipificado delitos hasta antes no contemplados, el haber endurecido las penas, extendido las circunstancias agravantes en atención a la particularidad de los delitos sexuales y el haber limitado las situaciones atenuantes, todo ello con el propósito de otorgar mayor protección y sancionar con severidad a los culpables; sin embargo la reforma ha perdido fuerza y “credibilidad” en su intención por la eliminación de la figura del atentado al pudor, por seguir sancionando únicamente

desde la oferta y no la demanda y por haber sido redactada con escasa técnica jurídica lo que ha generado confusión de tipos y de penas.

La discriminación por género en el Ecuador sigue siendo un problema vigente y la violencia sexual su peor expresión. El reconocimiento efectivo de la sexualidad como un derecho humano que debe ser ejercido con responsabilidad, libre de prejuicios, libre de violencias y con placer, no ha sido todavía asimilado ni siquiera por el propio movimiento feminista que sigue abordando el tema desde la victimización. Los jóvenes son los que han planteado y exigido sus derechos sexuales y reproductivos desde el “derecho al placer” sin embargo el trabajo para lograr institucionalizar y poner al alcance de todos-as una educación sexual científica, oportuna y con equidad está aún en camino y tiene fuertes opositores desde los grupos más conservadores y la Iglesia.

El aborto constituye uno de los nudos críticos en cuanto a los Derechos Sexuales y Reproductivos de las mujeres en el Ecuador. La limitadísima permisión que contempla el Código Penal es el reflejo de la no comprensión de la realidad de las mujeres. El aborto es entendido desde un solo criterio del derecho a la vida del feto sin ninguna valoración de la vida de la mujer, que niega la realidad de su práctica diaria en condiciones de riesgo para la mujer. El que la “honra” sea un factor reconocido como medio para la disminución de la pena y la permisión para abortar en caso de violación en mujer “idiota o demente” nos revelan otros “bienes jurídicos” tutelados por este delito, en el primero cargado de concepciones moralistas en defensa más bien de la familia de la mujer y la otra más cercana a criterios de “limpieza social”.

La comunidad GLBTT en el Ecuador, ha pesar de haber alcanzado el reconocimiento a nivel constitucional de la no discriminación en razón de orientación sexual todavía no alcanzan el reconocimiento social de sus derechos; al igual que en el caso de las mujeres, las principales violaciones a sus derechos se producen en lo “privado”, en sus familias y eso ha hecho que muchos no logren “salir del closet” para involucrarse en alguna forma de activismo que contribuya a la consolidación de la “comunidad” en el sentido sociológico del término.

Los debates más polémicos en la actualidad se dan frente a los derechos sexuales y reproductivos de este grupo: el derecho al “casamiento” y el derecho a la adopción. En e todo el mundo solo un país, Holanda, ha asimilado las uniones homosexuales a las uniones heterosexuales otorgándoles los mismos derechos, incluido la adopción.

La Educación en Derechos, incluidos los derechos sexuales y reproductivos, es una de las formas para eliminar las discriminaciones de facto que perduran y que contribuiría a propiciar una cultura más respetuosa y tolerante de lo diverso. En las escuelas de Derecho, al estudiarse los delitos del Código Penal debería darse mayor énfasis al análisis desde los Derechos que los delitos protegen, para lograr una visión más integral y crítica sobre la forma en que se determina el bien jurídico protegido.

Metodológicas:

La amplitud del tema implicó un esfuerzo adicional para lograr el objetivo propuesto, abordando la sexualidad de manera integral no solo desde la visión de los delitos sexuales sino desde los derechos. La pretensión no fue dar respuestas sino más bien llegar a una provocación, que haga cuestionarse al lector sobre los conceptos que personalmente tiene sobre la sexualidad y la forma en que debería ser comprendida por el Derecho. Esto, sin embargo dio como resultado un cuerpo extenso, que aborda superficialmente varios temas, cada uno de los cuales amerita un estudio independiente y por lo mismo no se llega a profundizar sino cuando más a dejar sentadas algunas percepciones particulares.

BIBLIOGRAFIA

Constitución Política de la República del Ecuador

Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Código Penal Ecuatoriano

Código Penal Ecuatoriano de 1906

Código Civil Ecuatoriano

Código de la Niñez y la Adolescencia

Código de Derecho Canónico de 1917

Código de Derecho Canónico de 1983

Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia

Ley Orgánica de Salud

Ley de Maternidad Gratuita del Ecuador

Conclusiones, Plan de Acción y Revisión de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo.

Informe Final de los Indicadores para el Plan de Igualdad de Oportunidades del Cantón Cuenca, para el período 2001-2004.

CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal Parte Especial. VOL. II, TOMO 4, Editorial TEMIS, 1973, Bogotá.

CIFUENTES, María Angela. El Placer de la Representación. La imagen femenina ante la moda y el retrato Quito, 1880-1920. Serie Pluriamor. Abya Yala, Quito. 1999

CHICO PEÑAHERRERA, Reinaldo. Estudios de Derecho Penal. Tomos I y II. Fundación Chico Peñaherrera. Cuenca. 2004.

COSTALES, Ximena, "Reflexiones sobre el aborto: no cerremos los ojos", Periódico La Mujer No. 9 (Abril-mayo de 1989), Quito, Centro de Información y Apoyo a la mujer, CIAM.

CUVI Sánchez, María. BUITRON Aguirre Laura. Pensamiento feminista y escritos de mujeres en el Ecuador: 1980-1990. Bibliografía Anotada. UNIFEM Región Andina – UNICEF Quito. 2006

FACIO, Alda. “Sexismo en los Derechos Humanos” Publicación de la Campaña Nacional: La violencia contra la Mujer Viola los Derechos Humanos. MBS; DINAMU; UNICEF. Quito. 1992.

FALCONÍ, Diego, “El final está cerca” La adopción en el Ecuador para las parejas GLBTT. Tesis previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia del Ecuador. Universidad San Francisco de Quito,. Quito. 2004.

FLORES, Fernando (Coordinador) “Género y Derecho Constitucional”. Serie 2 Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador. Tribunal Constitucional, Universidad Carlos III, Comisión Europea, Corporación Editora Nacional. Quito. 2003

FULLER, Norma, “En torno a la polaridad machismo-marianismo” en Anuario de Hojas de Warmy, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1996

HAZLETON, Lesley. María, una Virgen de Carne y Hueso. Ediciones Martínez Roca, SA. Madrid. 2005

LA BIBLIA LATINOAMERICANA. Sociedad Bíblica Católica Internacional, Roma. Editorial Verbo Divino. España. 1994.

LEON, Magdalena (Editora) “Derechos Sexuales y Reproductivos, Avances Constitucionales y Perspectivas en el Ecuador”. FEDAEPS. IEE. Primera Edición. Quito. 1999

LONDOÑO, Jenny “¿Angeles o Demonios? Las mujeres y la Iglesia en la Audiencia de Quito”. Universidad Estatal de Bolívar, Centro para el Desarrollo Social. 1965

MOMMSEN, Teodoro. “El Derecho Penal Romano” Editorial Temis. Bogotá. 1991

MOYA, Marcia. Transmitiendo el Cuerpo del Conocimiento. Colección Anudando, No. 1, Artes Gráficas Silva, Quito, 2004.

MOSCOSO, Martha (Editora) Y el amor lo era todo... Mujeres, Imágenes y Conflictos. Abya Yala, DGIS/Holanda. Cayambe-Quito. Ecuador 1996

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951

RODRIGUEZ, José. “La vida sexual del clero”. Ediciones Barcelona. Barcelona. 1995

TELLO Monserrath, TOMMERBAKK María. Machismo y Marianismo. Ensayo en el Seminario de Historia del Arte Colonial y Decimonónico. Universidad de Cuenca. Cuenca. 2000