

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS
SOCIALES Y POLÍTICAS

ESCUELA: DE DERECHO

TÍTULO:

“EL USO Y TENENCIA DE LA PORNOGRAFIA INFANTIL EN MEDIOS
INFORMÁTICOS FRENTE A LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL
NIÑO, EN LA CIUDAD DE SAN MIGUEL DE BOLIVAR, EN EL AÑO 2012”.

Trabajo de Tesis previa la obtención del título de:
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Autor (a):

SR. JULIO CÉSAR ANGULO SAÁ

Director de Trabajo de Tesis:

DR. ANGEL NARANJO ESTRADA

Guaranda - Ecuador

2013

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
ESCUELA: DE DERECHO

VISTO BUENO DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE TESIS

DR. ÁNGEL NARANJO ESTRADA, en mi calidad de Director de tesis, designado por disposición del Consejo Directivo, CERTIFICO: Que el señor Julio César Angulo Saá, egresado de la Universidad Estatal de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Escuela de Derecho, ha cumplido con su trabajo de tesis previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República; con el tema: *“El uso y tenencia de la pornografía infantil en medios informáticos frente a la vulneración de los derechos del niño, en la ciudad de San Miguel de Bolívar, en el año 2012”*, quien ha cumplido con todos los requerimientos exigidos por la institución, siendo la misma de su propia autoría, por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso de la presente, así como también se autoriza su presentación para la calificación por parte del jurado respectivo.

Atentamente,

Dr. Ángel Naranjo Estrada
DIRECTOR DE TESIS

DEDICATORIA

A mi esposa e hijos,
por apoyarme incondicionalmente.

El Autor

AGRADECIMIENTO

A mi Señor y Dios Todo poderoso que me ha permitido alcanzar este hermoso sueño.

A la Universidad Estatal de Bolívar, por haberme acogido en sus aulas y a los catedráticos que hicieron posible que cumpliera con mí objetivo.

Al Dr. Ángel Naranjo Estrada, Directora de Tesis, por su tiempo y paciencia para que mi trabajo tenga éxito.

A mis compañeros y a todas las personas que me colaboraron para la elaboración del presente Trabajo de Tesis.

El Autor

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

ESCUELA: DE DERECHO

DECLARACIÓN BAJO JURAMENTO DE AUTORÍA
DE TRABAJO DE TESIS

YO, JULIO CÉSAR ANGULO SAÁ, egresado de la Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento, declaro en forma libre y voluntaria que la presente Tesis, con el tema: *“El uso y tenencia de la pornografía infantil en medios informáticos frente a la vulneración de los derechos del niño, en la ciudad de San Miguel de Bolívar, en el año 2012”*, es de mi propia autoría, así como las expresiones vertidas en la misma, que lo he realizado basado en recopilación bibliográfica de la Legislación Ecuatoriana, libros, revistas, folletos, doctrina y jurisprudencia, dejando a salvo los derechos de terceros sobre la bibliografía consultada y puntos de vista de los autores citados en el presente trabajo investigativo.

Atentamente,

f) _____

Sr. Julio César Angulo Saá.

RESUMEN

El presente trabajo investigativo se basa en un estudio jurídico, doctrinario y crítico de opinión sobre: *“El uso y tenencia de la pornografía infantil en medios informáticos frente a la vulneración de los derechos del niño, en la ciudad de San Miguel de Bolívar, en el año 2012”*.

Desde esta perspectiva jurídica, se recabó información mediante el uso de las técnicas de acopio científico (fichas bibliográficas y nemotécnicas), que permitieron el desarrollo de la parte teórica, así tenemos:

En el Primer Capítulo, me refiero al tema de la investigación y a la problemática existente en el Art. 528.7 del Código Penal ecuatoriano reformado, que no tipifica y sanciona el uso y posesión o tenencia de pornografía infantil, lo que en la práctica del derecho ocasiona que los jueces dicten fallos contradictorios, en unos condenado al infractor y en otros confirmando la inocencia; lo que no garantiza el derecho de los niños, niñas y adolescentes de manera integral, es decir, en su conjunto, teniendo en cuenta que en estos delitos su consentimiento es irrelevante, y el bien que se protege no es la libertad sexual, sino su integridad personal consagrado en el numeral 3 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador.

En el Segundo Capítulo, desarrollamos el Marco Teórico, donde se da a conocer lineamientos doctrinarios y jurídicos sobre los antecedentes de la investigación; sobre la explotación sexual infantil; conceptos, definiciones, tipos de prostitución infantil, la pornografía infantil; medios informáticos, medios de prueba en el proceso penal; posiciones doctrinarias con respecto a la problemática de la pornografía infantil; la pornografía infantil en internet; los derechos de los niños, niñas y adolescentes; **el interés superior del niño**; titularidad de los derechos de los niños, niñas y adolescencia, naturaleza de estos derechos, derecho a la integridad personal; derecho a la libertad

personal, dignidad, reputación, honor e imagen; derecho a la protección contra el maltrato infantil y la pornografía infantil; el delito de pornografía infantil, evolución histórica; elementos constitutivos del delito de pornografía infantil; el uso y tenencia de pornografía infantil.

En el Tercer Capítulo, me refiero al Marco Metodológico, y doy a conocer sobre la metodología utilizada, que comprende los métodos, técnicas e instrumentos aplicados en la investigación de campo, para obtener la información doctrinaria, jurídica, y de opinión de Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar y de abogados en libre ejercicio profesional; y, el análisis e interpretación de los resultados obtenidos de la aplicación de la técnica de campo (encuesta); y, sobre la base de esta información sustenté y validé mi hipótesis.

En el Cuarto Capítulo, desarrollé mi propuesta jurídica como un aporte investigativo e innovador, tomando en cuenta la información obtenida tanto teórica como de campo, y propongo un Proyecto de Ley Reformatoria al Art. 528.7 del Código Penal que tipifica y sanciona la Pornografía infantil. La validación de la propuesta gira sobre la base de toda la información recabada y sobre la solución al problema planteado, para luego establecer conclusiones y recomendaciones.

Por todo lo expuesto, ponemos a conocimiento del lector el presente informe del trabajo de tesis realizado en la ciudad de San Miguel de Bolívar, Provincia de Bolívar, durante el año 2012, que constituye una modesta iniciación para que vengan otros que llenen la justa aspiración de conseguir opiniones acertadas y jurídicas sobre nuestro tema de investigación.

ÍNDICE DE CUADROS Y GRÁFICOS

CONTENIDO	PÁGINAS
a) Encuesta aplicada a los abogados litigantes	
Cuadro y gráfico No. 1	93
Gráfico y gráfico No. 2	94
Cuadro y gráfico No. 3	95
Gráfico y gráfico No. 4	96
Cuadro y gráfico No. 5	97
Gráfico y gráfico No. 6	98
Cuadro y gráfico No. 7	99
Gráfico y gráfico No. 8	100
b) Encuesta aplicada a los Jueces de la Corte Provincial de Bolívar.	
Cuadro y gráfico No. 1	101
Gráfico y gráfico No. 2	102
Cuadro y gráfico No. 3	103
Gráfico y gráfico No. 4	104
Cuadro y gráfico No. 5	105

c) ANEXOS

Formulario de Encuesta a los abogados litigantes	a
Formulario de Encuesta a jueces penales	b
Cuadro de Operacionalización de las Variables.	c

INDICE GENERAL

Portada	I
Visto bueno del Director	II
Dedicatoria	III
Agradecimiento	IV
Declaración juramentada de autoría	V
Resumen	VI
Índice de cuadros, diagramas, y figuras.	VII
Índice General	IX
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
1. Problema	4
1.1. Planteamiento del problema	4
1.1.1. Formulación del problema	7
1.2. Objeto	8
1.3. Posibles causas que originan el problema	8
1.4. Objetivos	8
1.4.1. Objetivo general	8
1.4.2. Objetivos específicos	9
1.5. Campo	9
CAPÍTULO II.	
MARCO TEÓRICO	
2.1. Antecedentes de la Investigación	18
2.2. Fundamentación Científica	22
HIPÓTESIS O IDEA A DEFENDER	90

VARIABLES	90
-----------	----

CAPÍTULO III. MARCO METODOLOGICO

Modalidad de la investigación	91
Tipo de investigación	92
Población y Muestra	92
Población	92
Métodos, Técnicas e Instrumentos	92
Métodos	92
Técnicas	92
Instrumentos	93
INTERPRETACION DE DATOS O RESULTADOS	94
Encuesta aplicada a Jueces	95
Encuesta aplicada a abogados litigantes	102
Sustentación de la Hipótesis o Idea a Defender	108

CAPÍTULO IV MARCO PROPOSITIVO

4.1. Título del Proyecto de Reforma Jurídica	109
4.2. Objetivo	109
4.3. Justificación	109
4.4. Desarrollo	110
4.4.1. Anteproyecto de Ley Reformatoria ...	111
4.5. Validación de la Propuesta	113
Conclusiones	
Recomendaciones	

INTRODUCCIÓN

Me permito ofrecer a los estudiosos y tratadistas del Derecho Penal, un importante tema que sin lugar a dudas, contribuirá eficazmente a ampliar sus conocimientos, con relación a *“El uso y tenencia de la pornografía infantil en medios informáticos frente a la vulneración de los derechos del niño, en la ciudad de San Miguel de Bolívar, en el año 2012.”*

El delito de pornografía infantil se encuentra tipificado y sancionado en el Art. 528.7 del Código Penal, reformado que se refiere a quien produjere, publicare o comercializare imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos; escenas pornográficas en que participen mayores de catorce y menores de dieciocho años.

Disposición legal que no tipifica ni sanciona el uso y tenencia de pornografía infantil, ni la reproducción de los mismos, lo que en la práctica del derecho ocasiona que el juzgador dicte fallos contradictorios en cuanto se refiere a los verbos rectores del tipo de delito, y al no estar contemplados en la ley penal, permiten que personas que se dedican a la comercialización de pornografía infantil aduzcan o introduzcan pruebas indicando que ellos solo reproducen ciertos Cds. con contenidos de pornografía infantil, y no se dedican a la comercialización; o a su vez, indican que no sabían el contenido de los Cds, o videos, y que ellos no se dedican a vender o comercializar este tipo de pornografía infantil, y aducen sus defensores que la ley **no sanciona el uso o tenencia de este material pornográfico**, y para que la persona dueña de los mismos sea sujeto de sanción penal debe existir la certeza que se encontraba vendiendo o se dedican a la venta de material pornográfico.

CAPÍTULO I.

1. PROBLEMA

1.1. Formulación del Problema

¿Cómo el uso y tenencia de la pornografía infantil a través de medios informáticos, vulnera el interés superior del niño, en la ciudad de San Miguel de Bolívar en el año 2012?

1.2. Planteamiento del Problema

El Capítulo innumerado de los Delitos de Explotación Sexual, agregado al Código Penal ecuatoriano, mediante Ley No. 2, publicada en Registro Oficial 45 de 23 de Junio del 2005, tipifica y sanciona a quienes produjeren, publicaren o comercializaren 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 menores de dieciocho años.

Este tipo penal tiene todos los verbos rectores producir, publicar, comercializar u organizar espectáculos pornográficos en los que participen menores de dieciocho años; EXCEPTO, el de posesión, no está tipificado como delito la posesión de pornografía infantil que, “es toda representación, por cualquier medio, de un niño, niña o adolescente en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o de sus órganos genitales, con la finalidad de promover, sugerir o evocar la actividad sexual”.¹ Lo que vulnera el interés superior del niño, que es un principio que está recogido en la Constitución de la República

¹ Código de la Niñez y Adolescencia, 2012.- Art. 69.

del Ecuador, es un principio que viene de lo que se llama la doctrina de la protección integral; “es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de niños, niñas y adolescentes; e impone a todas a las autoridades administrativas, judiciales y a las instituciones públicas y privadas el deber de ajustar sus decisiones para su cumplimiento.”², por lo que, los derechos del niño prevalecen sobre los derechos de los demás.

Este principio hace que se plantee en la legislación ecuatoriana, normativa secundaria que proteja y garantice los derechos de los niños, de ahí que la legislación penal tipifica y sanciona la explotación sexual de los menores de edad, que constituye “la prostitución y la pornografía infantil.”³, pero no tutela la libertad sexual de aquellos individuos que no están en condiciones de consentir en el uso de la pornografía infantil, no garantiza el derecho de protección a la identidad, cuyos efectos en los niños y niñas se magnifican al saber que el material pornográfico se hará público una y otra vez, ya sea mediante el uso personal o el intercambio de este; es necesario concienciar al público de que las imágenes de la llamada pornografía infantil no son ficticias; son imágenes de tortura y humillación sobre niños, que debe ser prohibido su uso y posesión; por lo que, otras legislaciones como la española, tipifica y sanciona la posesión de pornografía infantil, sea para uso personal como para producir, publicar o comercializar.

El Tratado de las Naciones Unidas y las recomendaciones de la UNICEF, señalan que es necesario se tipifique el tema de la posesión de la pornografía infantil; el problema radica en que, se puede criminalizar este tipo de acto, qué elementos constitutivos serían necesarios para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad penal.

² Código de la Niñez y la Adolescencia, 2012. Art. 11

³ Código de la Niñez y Adolescencia, 2012.- Art. 69

El Código Penal Español, castiga a quien *"para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces"*.⁴

Este precepto establece los siguientes elementos constitutivos del delito de posesión de pornografía infantil:

a) Una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía, al que nos hemos referido más arriba, junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual, que es el objeto de su protección, a través de convenios internacionales sobre esta materia, particularmente la protección del niño a nivel internacional;

b) Que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines.

Pero deja abierta la interpretación que se sancione penalmente conductas de internautas que lo único que hacen es navegar por la red, y que tales imágenes quedan guardadas en el sistema ("incoming"), que se crea automáticamente por diferentes programas informáticos al uso. En este caso, tal archivo podría ser considerado registrado para uso personal, lo que entrará de lleno en este tipo penal.

Por lo expuesto, se torna indispensable realizar una investigación jurídica sobre la posesión de la pornografía infantil, su tipificación y sanción para garantizar el interés superior del niño, mediante una propuesta de reforma al Capítulo innumerado de los Delitos de Explotación Sexual, previsto en el Código Penal,

⁴ Código Penal Español, Art. 189.2.

adecuando formal y materialmente a los derechos previstos en la Constitución de la República del Ecuador, y los tratados internacionales y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del niño, niña y adolescente.

1.3. Objeto

Diseñar un proyecto de reformas al Código Penal, que tipifique y sancione el uso y tenencia de la pornografía infantil en medios informáticos, para garantizar el interés superior del niño.

1.4. Posibles causas que originan el Problema

- El vacío jurídico que existe en el Código Penal ecuatoriano, para tipificar y sancionar el uso y tenencia de la pornografía infantil en medios informáticos.
- La falta de una reforma al Capítulo innumerado de los Delitos de Explotación Sexual, que garantice el derecho de identidad del niño en el uso y tenencia de pornografía infantil.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo General

- Realizar un estudio doctrinario, jurídico y de opinión sobre el uso y tenencia de la pornografía infantil en medios informáticos frente a la vulneración de los derechos del niño, en la ciudad de San Miguel de Bolívar, en el año 2012.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Analizar el marco jurídico y doctrinario sobre la tipificación y sanción de la pornografía infantil, y sobre la protección de los derechos de los niños.
- Demostrar que el uso y tenencia de la pornografía infantil en medios informáticos, vulnera derechos de los niños, niñas y adolescentes, en la ciudad de San Miguel de Bolívar, en el año 2012.
- Proponer reformas legales al Código Penal ecuatoriano que tipifique y sancione el uso y tenencia de pornografía infantil en medios informáticos, a fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

1.6. Campo

Cabe destacar, que estará enfocado en el aspecto de recopilar información doctrinaria y jurídica sobre el uso y tenencia de la pornografía infantil en medios informáticos frente a la vulneración de los derechos del niño, en la ciudad de San Miguel de Bolívar, en el año 2012.

La normativa jurídica a ser analizada para nuestra investigación, será:

- La Constitución de la República del Ecuador
- Convenios y Tratados Internacionales de Derechos Humanos
- El Código Penal ecuatoriano
- El Código de Procedimiento Penal ecuatoriano
- El Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano

➤ **Delimitación espacial**

La presente investigación se desarrollara en el cantón San Miguel de Bolívar, Provincia de Bolívar.

Estará dirigida a recabar información de la población:

- Operadores de justicia: Jueces de Garantías Penales y Fiscales
- Abogados de libre ejercicio profesional

➤ **Delimitación temporal**

La investigación la realizaré en el período 2012 - 2013

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Detrás de la práctica de la explotación sexual infantil y adolescente existe un mercado conformado por personas adultas que lucran con el cuerpo de niños, niñas y adolescentes, sometiéndoles a traumáticas experiencias que demoran años para ser reparadas o asimiladas psicológicamente por la persona cuando es adulta.

Dentro de este contexto la Policía Nacional del Ecuador "DINAPEN", el Ministerio del Interior, La Fiscalía General del Estado, entre otras instituciones que velan por los derechos de los niños, niñas y adolescentes, desarrollan un trabajo de colaboración, destinado a identificar en forma oportuna a las personas que se dedican al hecho ilícito de la Pornografía Infantil, como una forma de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes; se puede decir que es "*...cualquier representación, por cualquier medio, de un niño o niña involucrado en actividades sexuales explícitas reales o simuladas o cualquier representación de las partes sexuales de un niño o niña para propósitos sexuales principalmente.*" (Fuente Consultada: Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño).

La Pornografía Infantil, incluye fotografías, negativos, diapositivas, revistas, libros, dibujos, películas, cintas de video y discos de computadora o archivos. Generalmente, existen dos categorías de pornografía:

1. **Pornografía blanda**, que no es sexualmente explícita pero involucra imágenes desnudas y seductoras de niños y niñas, y

2. **Pornografía dura**, que tiene relación con imágenes de niños y niñas involucrados en actos sexuales.

En sí cualquier forma de utilización de niños y niñas en la producción de pornografía es explotación sexual.

Las nuevas tecnologías han cambiado la naturaleza de la pornografía. Las cámaras digitales y los aparatos de video han hecho más fácil y barata la producción de videos, y existe menos riesgo de detección ya que no se requiere de un tercer partido para desarrollar las imágenes como en la fotografía convencional. Se mejora la reproducción: las imágenes digitalizadas no se envejecen o pierden su calidad a través de las copias.

La pornografía infantil, ha traído como consecuencia una gran preocupación por parte de los organismos internacionales y nacionales por garantizar el respeto de los derechos humanos de la infancia, que son violados constantemente por situaciones como el trabajo forzado, el abuso y la explotación sexual en sus diferentes modalidades (utilización de los niños y niñas en prostitución, trata con fines sexuales, turismo sexual, pornografía).

Constituyéndose la pornografía infantil en un problema de explotación sexual comercial infantil, entendida esta como *“toda situación en la cual una persona menor de 18 años es forzada o inducida a ejecutar actos que involucran partes de su cuerpo para satisfacer los deseos sexuales de una tercera persona o de un grupo de personas”* y en la cual *“no es necesario, en ninguna forma, que este intercambio reporte algún tipo de 'remuneración' para el niño o niña o adolescente”* (Cárdenas y Rivera 2000, 41).

La pornografía infantil es un fenómeno mundial que no es propio de ninguna cultura, etnia, religión, grupo social o contexto económico. La explotación sexual comercial es asimilada a una forma de tortura, pues cada acto de abuso

del cuerpo es un trato cruel e inhumano que provoca dolor, vergüenza y atenta contra la dignidad, la vida y la salud de los niños y las niñas que la padecen; además, su sometimiento los reduce o los degrada a la condición de “objeto”.

Por otro lado tenemos al órgano jurisdiccional, encargado de sancionar estos hechos ilícitos de pornografía infantil, sin embargo en la práctica del derecho el juzgador se encuentra con las obligaciones de adentrarse en el campo de la prueba aportada por las partes dentro de un juicio para poder acceder a la certeza sobre la existencia de la infracción penal y la responsabilidad del procesado o procesados conforme lo exige la norma contenida en el Art. 252 del Código de Procedimiento Penal las pruebas que se aporten permitirán al juez elaborar las presunciones que a la final será el camino que le conduzca a la verdad que es lo que busca la sociedad por intermedio de la justicia, pudiendo en todo caso aplicar la sana crítica, teniendo a su favor la protección que le brinda el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal que dice: “Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo.” Frente a este ilícito, pornografía infantil, se puede decir que es "...cualquier representación, por cualquier medio, de un niño o niña involucrado en actividades sexuales explícitas reales o simuladas o cualquier representación de las partes sexuales de un niño o niña para propósitos sexuales principalmente." (Fuente Consultada: Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño). El delito de pornografía infantil se encuentra tipificado y sancionado en el Art. 528.7 del Código Penal, reformado que se refiere a quien produjere, publicare o comercializare imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos; escenas pornográficas en que participen mayores de catorce y menores de dieciocho años.

Disposición legal que no tipifica ni sanciona el uso y tenencia de pornografía infantil, ni la reproducción de los mismos, lo que en la práctica del derecho

ocasiona que el juzgador dicte fallos contradictorios en cuanto se refiere a los verbos rectores del tipo de delito, y al no estar contemplados en la ley penal, permiten que personas que se dedican a la comercialización de pornografía infantil aduzcan o introduzcan pruebas indicando que ellos solo reproducen ciertos Cds. con contenidos de pornografía infantil, y no se dedican a la comercialización; o a su vez, indican que no sabían el contenido de los Cds, o videos, y que ellos no se dedican a vender o comercializar este tipo de pornografía infantil, y aducen sus defensores que la ley no sanciona el uso o tenencia de este material pornográfico, y para que la persona dueña de los mismos sea sujeto de sanción penal debe existir la certeza que se encontraba vendiendo o se dedican a la venta de material pornográfico.

Por lo expuesto, es necesario que la ley establezca de manera clara, previa y pública que es la pornografía infantil, regulándolo de mejor manera y estableciendo verbos rectores como el uso y tenencia de material pornográfico, adecuándolo a lo establecido en normas internacionales, para erradicar la pornografía infantil y velar por los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes.

Hay que recordar que la explotación sexual provoca graves daños psicológicos y sociales a los niños, niñas y adolescentes afectados, lo que lleva a que el Estado establezca nuevas Políticas para extender su atención en programas especiales de recuperación; y, por otro lado, sancionar con manos duras este tipos de delitos, especialmente la pornografía infantil que junto con la venta de armas y el narcotráfico, es uno de los negocios más grandes del mundo, y opera en la lógica de la oferta y la demanda y procura llamar la atención sobre el uso de los niños, niñas y adolescentes para el placer, por lo tanto, la ley debe sancionar estos hechos que vulneran derechos de los niños entendidos aquellos que no cumplen los dieciocho años de edad.

2.2. FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA

2.2.1. La Explotación sexual infantil

La explotación sexual de niños, niñas y adolescentes es una forma moderna de esclavitud y constituye una de las expresiones más graves de vulneración de derechos de los niños de forma integral, esta problemática social se evidencia en todos los países del mundo, así como en el Ecuador. Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), estima que la población infanto-adolescente es utilizada en la explotación sexual, y casi en su mayoría está constituida por mujeres, con un promedio de 12 años de edad que se inicia en el comercio sexual.

2.2.1.1. Conceptos y definiciones de explotación sexual infantil

Según el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. (Entrada en vigor: 19 noviembre 2000. Núm. 182), señala lo siguiente:

***“Artículo 2.-** A los efectos del presente Convenio, el término "niño" designa a toda persona menor de 18 años.*

***Artículo 3.-** A los efectos del presente Convenio, la expresión "las peores formas de trabajo infantil" abarca:*

- a) Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;*

- b) *La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la **producción de pornografía o actuaciones pornográficas**;*
- c) *La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y*
- d) *El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.*⁵

Del contenido jurídico internacional se establece que la producción de pornografía o actuaciones pornográficas está considerada como las peores formas de trabajo infantil y que debe ser erradicado por los Estados partes del mencionado Convenio.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), considera que la explotación sexual comercial infantil (ESCI) es una grave violación de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, y una forma de explotación económica análoga a la esclavitud y al trabajo forzoso, que **constituye además un delito** por parte de los que utilizan a niñas, niños y adolescentes para el comercio sexual.

La explotación sexual comercial infantil (ESCI), comprende todos los aspectos siguientes:

1. La utilización de niños y niñas en actividades sexuales remuneradas, en efectivo o en especie, (conocida comúnmente como prostitución infantil) en las calles o en el interior de establecimientos, en lugares como

⁵ Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil 1999 (Núm. 182),- Arts. 2 y 3.

burdeles, discotecas, salones de masaje, bares, hoteles y restaurantes, entre otros;

2. La trata de niños, niñas y adolescentes con fines de explotación sexual;
3. El turismo sexual infantil;
4. La producción, promoción y distribución de pornografía que involucra niños, niñas y adolescentes, y
5. El uso de niños en espectáculos sexuales (públicos o privados).

Del mismo modo, la Declaración de Estocolmo, adoptada en el Congreso mundial contra la explotación sexual comercial infantil (1996), define la explotación sexual comercial infantil como: *“Una forma de coerción y violencia contra los niños (que) equivale al trabajo forzoso y a una forma contemporánea de esclavitud”*.

Mientras que en el Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, conocido como el “Protocolo de Palermo”, dentro del término “explotación” incluye: *“la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”*.

Además, en el Informe del Experto independiente encargado del Estudio de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, en el año 2006, reconoce que la explotación de los niños menores de 18 años mediante la prostitución, pornografía infantil y actividades similares constituye un acto de violencia.

En resumen diremos que la EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL INFANTIL, es la explotación que una persona adulta hace de un niño, niña o adolescente,

menor de 18 años, que va acompañada del pago en efectivo o en especie al niño, niña o adolescente, o a una tercera o terceras personas.

A continuación me referiré a los diversos tipos de explotación sexual infantil.

2.2.1.2. Tipos que constituyen explotación sexual infantil.

Como dijimos anteriormente la explotación sexual infantil es toda forma de coerción y violencia contra los niños, niñas y adolescentes que equivale al trabajo forzoso y a una forma contemporánea de esclavitud, realizada por una persona adulta sobre un niño menor de dieciocho años, que va acompañada de un pago por las actividades de carácter sexual directamente al menor o a terceras personas.

“Nuestra legislación penal contempla varias conductas que, después del respectivo juicio de valor a cargo del legislativo, se encuentran contenidas en diversos tipos penales, en los cuales ente todo, prima el interés superior del menor.

Se entiende que se puede corromper a un menor en varios ámbitos o esferas conductuales, pero en el Ecuador se ha enfatizado en las conductas que lesionan su libertad sexual, de ahí, que por ejemplo existe una protección específica para los menores de catorce años, en cuyo caso el delito será visto como violación.” (Araujo Paulina. 88).

Nuestro Código Penal reformado y vigente, se refiere en el Capítulo III.I de los delitos de Explotación Sexual, entre estos señala los siguientes:

Art. 528.7. Producción, comercialización y distribución de imágenes pornográficas

Art. 528.8. Utilización de personas en espectáculos sexuales mediante el empleo de la fuerza

Art. 528.9. Promoción de actividades turísticas que implican servicios sexuales

Art. 528.10. Contratación de actividades turísticas sexuales con menores de edad.

Art. 528.11. Traslado y entrega de personas para explotación sexual

Art. 528.12. Explotación sexual con muerte, y

Art. 528.13. Explotación sexual de menores de edad o discapacitados a cambio de retribución.

De lo expuesto, me referí a los diferentes tipos de explotación sexual infantil, así tenemos:

- a) Las actividades sexuales remuneradas: Comúnmente mal llamada prostitución infantil, es la acción de contratar u ofrecer los servicios de un niño para realizar actos sexuales a cambio de dinero u otra contraprestación con esa misma persona u otra;
- b) Pornografía infantil: Toda representación, por cualquier medio, de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales del mismo, con fines primordialmente sexuales y para el placer sexual de un usuario.
- c) Turismo sexual infantil: La oferta de niños, niñas y adolescentes como parte de un “paquete turístico” para ser utilizados como objetos en una relación sexual donde hay un explotador, un usuario cliente de dicha explotación, medios que facilitan la explotación y una víctima, es decir, el niño, niña o adolescente.
- d) La trata y la venta de niños: La transferencia de un niño, niña o adolescente con fines primordialmente sexuales, dentro de un mismo país o entre países, a cambio de compensación financiera o de otro tipo.

El turismo sexual infantil implica que turistas adultos, ya sea de procedencia nacional o extranjera, exploten sexualmente a menores de edad mediante una prestación económica o favor de alguna clase. Es un asalto horrendo y vergonzoso a la dignidad y los derechos de los niños y es una forma de violencia y abuso infantil.

Según el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, constituyen explotación sexual la prostitución y la pornografía infantil. Para no desviarnos del tema de investigación, me referiré a continuación sobre la prostitución infantil y la pornografía infantil a fin de establecer diferencia conceptual que permite identificar sus elementos constitutivos que los hacen únicos o típicos.

2.2.1.3. La Prostitución Infantil

Por prostitución Infantil, *“se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.”*⁶

Prostitución infantil *“es la utilización de un niño, niña o adolescente en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.”*⁷

La prostitución infantil, es un fenómeno universal, que constituye una cruel herida social y una tremenda injusticia contra seres humanos indefensos.

⁶ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la Prostitución Infantil y la utilización de los niños en la Pornografía.- Art. 2, literal b) (R.O. Nro. 382, del 21 de Julio del 2004.)

⁷ Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.- Art. 69.

La prostitución de menores, *“es una forma inhumana de explotación sexual para promover, facilitar y permitir relaciones sexuales con una persona menor de edad, por dinero u otra compensación.*

Es el acto sexual con una persona menor de edad a cambio de una suma de dinero.

Es una forma organizada de grupos ocultos y clandestinos que realizan el comercio sexual de menores.

Es la acción de contratar u ofrecer los servicios de un menor de edad para actos sexuales a cambio de dinero.

Es un acto de violencia y explotación sexual, porque tiene lugar mediante la entrega del cuerpo humano por dinero.”⁸

La explotación sexual o prostitución se realiza en diferentes y variados lugares, como casa de habitación o domicilios cerrados, hoteles, salones de bebidas alcohólicas, turismo sexual, internet, etc. Para mantener la prostitución infantil se emplean muchas veces la retención y entrega del cuerpo por dinero.

Las causas para que niño caiga en manos de explotadores sexuales es el estado de fuga del hogar, la búsqueda del auto sustento para vivir, la desintegración de la familia, y en muchos de los casos el convencimiento o engaños para el trabajo, para luego obligarles a que se prostituyan, o bajo amenazas o intimidaciones al menor de edad.

Sin perjuicio de lo que dispone nuestro Código Penal ecuatoriano sobre la materia, para los efectos del Código Orgánico de la niñez y la Adolescencia constituye ABUSO SEXUAL *“todo contacto físico, sugerencia de naturaleza*

⁸ Dr. Augusto Durán Ponce.- La Prostitución Infantil.- Diario la Hora, viernes 11 de mayo del 2012.

sexual, a los que se somete un niño, niña o adolescente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio.”⁹

Cualquier forma de acoso o abuso sexual, debe ser puesta en conocimiento de la Fiscalía órgano competente para realizar las investigaciones, descubrir autores y establecer responsabilidad para que el órgano jurisdiccional imponga las sanciones que correspondan.

2.2.1.4. La Pornografía infantil

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.”¹⁰

Pornografía infantil, “es toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas; o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.”¹¹

Nuestro Código Penal ecuatoriano tipifica y sanciona como delito de explotación sexual la pornografía infantil, y señala:

Art.....- Quien produjere, publicare o comercializare imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos,

⁹ Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.- Art. 68.

¹⁰ Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.- Art. 69

¹¹ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la Prostitución Infantil y la utilización de los niños en la Pornografía.- Art. 2, literal c) (R.O. Nro. 382, del 21 de Julio del 2004.)

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 la 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 hiciere manifiesto que en ellas sea 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, a 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 consanguinidad y segundo de afinidad, los tutores, los representantes legales, los curadores o cualquier persona del contorno íntimo de la familia, los ministros de 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.”¹²

¹² Nota: Artículo agregado al Código Penal por Ley No. 2, publicada en Registro Oficial 45 de 23 de Junio del 2005.

Del contenido jurídico se desprende que constituye delito de pornografía infantil, quién produjere, publicará o comercializare imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier soporte físico o formato, con respecto a esta parte, debo señalar que no establece o considera nuestro Código Penal reformado, los verbos rectores del delito de pornografía infantil, la reproducción, sino sólo la producción, verbos que son distintos y que en un momento dado queda en manos de los jueces o juezas el establecer la responsabilidad de quienes reproducen material pornográfico en sus distintas modalidades; por otro lado, tenemos, que tampoco considera como verbos rectores de este delito, el uso y tenencia de material pornográfico infantil, sólo se limita a considerar el verbo rector comercializar, es decir, quienes tengan o hagan uso personal del material pornográfico que tengan no son sujetos de sanción penal alguna; tampoco establece responsabilidad penal de las personas naturales mayores de edad que adquieran este tipo de material pornográfico; situación esta, que ocasiona que se sigan vulnerando los derechos de los menores, ya que al existir compradores que demandan este tipo de material pornográficos, seguirá la venta o oferta de este tipo de material.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la Prostitución Infantil y la utilización de los niños en la Pornografía, publicado en el Registro .Oficial Nro. 382, del 21 de Julio del 2004, establece, que todo Estado parte de adoptar como mínimo medidas sobre los actos y actividades ilícitas que se hayan cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual y colectivamente, debiendo tipificarlos como delitos en la legislación penal de cada Estado parte, y, entre estas señala:

“Art. 3. ... c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el Art. 2.”¹³

Como podemos darnos cuenta el Estado Ecuatoriano asumió dicho compromiso, sin embargo no establece en su normativa legal penal, los verbos rectores sobre la posesión de la pornografía infantil.

Continuando con mi análisis jurídico de la normativa legal penal que sanciona la pornografía infantil, tenemos con respecto al material pornográfico, que textualmente señala: *“imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier soporte o formato,”* (Código Penal).

“Aunque nuestra legislación penal no realiza una concreción acerca del que se entiende por material pornográfico, se puede señalar que este término abarca a todo medio, documento o soporte dotado de un contenido sexual explícito.”¹⁴

Es importante entonces referirme a lo que constituyen los medios informáticos con respecto a lo que tiene que ver al soporte físico o formato que contenga imágenes, videos y audio pornográfico infantil, y que constituyen medios de prueba que deben ser debidamente recabados, presentados y valorados por los órganos competentes a fin de establecer la materialidad del delito de pornografía infantil y la responsabilidad penal del infractor. Tornándose indispensable conocer sobre los medios informáticos como fuente, objeto y medio probatorio en materia penal.

¹³ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la Prostitución Infantil y la utilización de los niños en la Pornografía.- Art. 3, literal c) (R.O. Nro. 382, del 21 de Julio del 2004.)

¹⁴ ARAUJO GRANDA, María Paulina.- Consultor Penal.- Edición Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito, Junio 2009.- Pág. 208.

2.2.2. MEDIOS INFORMÁTICOS

Para el tratadista del derecho Montero Aroca (2008, p. 87), los medios informáticos pueden ser considerados como fuente de prueba, como objeto de prueba y como medio probatorio. Se considera pertinente mostrar cada una de estas formas desde el punto de vista del mencionado tratadista del derecho.

“Fuente, es un concepto extra-jurídico, que se corresponde forzosamente con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo, pues, existe independientemente de que llegue a realizarse o no un proceso. Si no entra al proceso no tiene consecuencias procesales, pero sí puede tener efectos materiales. Las fuentes preexisten al proceso. No debe olvidarse que en el proceso se discuten hechos del pasado. En la fuente es en donde queda estampado ese hecho que ocurrió, o que no hay grabado porque el hecho no ocurrió.”¹⁵ (MONTERO AROCA 2008)

En este sentido podemos opinar que fuente de prueba, es el órgano, instrumento o circunstancia que conduce el hecho concreto al proceso porque en él está el hecho o hechos que demuestran la inexistencia de un hecho propuesto o alegado. Es el elemento en el cual ha quedado estampada o grabada la huella del hecho histórico que vamos a intentar reconstruir en el proceso, a fin de determinar con certeza el cometimiento del mismo, o la verdad histórica de cómo se produjo el mismo.

Asimismo, el tratadista Montero Aroca, considera que puede verse que la fuente es material, ya no es en abstracto. Así que, no es la prueba informática como medio, sino, el diskette, el CD, el flash memory, que contiene el documento; no es la prueba informática en abstracto, sino, el medio informático que contiene la información; ya no es el instrumento como cosa en abstracto, sino, el computador, la portátil, tal sobre el cual debe recaer la inspección para extraer el hecho tal.

¹⁵ MONTERO AROCA, J. La prueba en el proceso civil. Ob.cit. pág. 87.

Vale decir, que la fuente es de donde se extrae el conocimiento de los hechos en su sentido integral, pudiéndose traer por cualquier medio probatorio.

Así, pues, que fuente de prueba es el hecho propiamente dicho que quedó estampado en las personas y cosas, anterior al proceso, y que registraron el hecho.

En ocasiones el hecho fuente es el mismo que quiere probarse. Nótese que en la valoración uno de los aspectos es determinar la fiabilidad de las fuentes. Por ello, es necesario distinguir entre la impugnación al medio probatorio y la fuente.

“Los medios de prueba, son los caminos o instrumentos que se utilizan para conducir al proceso los hechos y posibilitar la reconstrucción de los hechos acontecidos en la pequeña historia, que es pertinente al proceso que se ventila. Son aquellos que transportan los hechos al proceso. Son los instrumentos regulados por el derecho para la introducción en el proceso de las fuentes de prueba.”¹⁶

Del precepto doctrinario, diremos que los medios de prueba son instrumentos de intermediación requeridos en el proceso para dejar constancia material de los datos de hechos. Podemos opinar que los medios, son los instrumentos procesales que son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos, que nos sirven para reconstruir los acontecimientos y mediante los cuales se manifiestan las fuentes de prueba sobre el conocimiento o registro de los hechos.

Así, el citado tratadista Montero Aroca, indica que se conocen tradicionalmente como medios: la experticia, la documental, la testimonial, etc. Pero, con el avance científico y tecnológico han surgido otros instrumentos que revisten las características de impresionabilidad y traslatividad; pues, en ellos se quedan

¹⁶ MONTERO AROCA, J. La prueba en el proceso civil. Ob.cit. pág. 137.

estampados hechos que pueden ser trasladados al proceso. Entre ellos tenemos los medios electrónicos, que pueden ser sub-clasificados en:

- a) Medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido; llamados también medios audiovisuales; y,
- b) Los medios informáticos.

En los medios audiovisuales la fuente de prueba consiste en las correspondientes imágenes, sonidos o palabras captadas mediante formación, grabación o semejantes .es obvio que se incluyen soportes de índole informática, siempre que lo que contengan consista en imágenes o sonidos captados; mientras que el medio probatorio viene dado por su reproducción ante el tribunal de garantías penales; la prueba será el resultado de esa práctica ante el mencionado Tribunal.

Por otro lado, Montero Aroca, indica que una fuerte identidad entre los medios audiovisuales y los medios informáticos, existe una gran diferencia, en una primera aproximación, radica en que, mientras, los primeros, captan o recogen imágenes o sonidos, los segundos, contienen datos o información, en sentido genérico.

Ambos son soportes, una cinta de video es tan soporte como un diskette, un CD, un flash memory; el contenido es de carácter incorpóreo (electrónica, magnética, etc.) y debe transformarse de algún modo sensible a los sentidos, es decir, requieren de un acto de reproducción. No obstante, debe expresarse que la diferencia radica en que los medios audiovisuales aprehenden una realidad o estampan unos hechos acaecidos, filman un secuencia o graban una conversación, mientras que los medios informáticos representan una realidad a través de signos, símbolos o códigos.

Para Montero Aroca, no se trata de un ejercicio académico, sino, que tiene efectos prácticos en la actividad probatoria. Pues, una forma será la de aportar los medios audiovisuales y su forma de reproducción y por supuesto la resistencia de quien se opone, y otra cuando se trata de medios informáticos.

Obsérvese, por ejemplo, que las reglas relativas a los documentos privados pueden ser aplicables a los medios informáticos que contengan documento, pero, no en todos los casos a los medios audiovisuales, pues aquí podría impugnarse la exactitud, plenitud o coincidencia entre lo captado y la realidad.

En el caso de los medios audiovisuales los promoventes deben aportar y probar los datos y todos aquellos hechos que demuestren la autenticidad y fidelidad de éstos, como lugar, fecha, hora, circunstancias técnicas, tipo de instrumento, condiciones del entorno (luz, sonido, etc.), inalterabilidad, etc., o sea, la autenticidad en forma amplia.

La regla es que las partes pueden acudir a cualquiera de los medios, si lo estiman conveniente, siempre que no vulneren derechos, y que las restricciones y excepciones son de derecho estricto y que dichas excepciones y restricciones no se pueden aplicar, analógicamente, a supuestos distintos a los previstos en la ley. Sólo se limita esta libertad en razón de la moralidad o de la inutilidad de la prueba, o cuando haya quebrantamiento de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, lo cual la configura como prueba ilícita y, por tanto, se excluye su ingreso al proceso, como regla de exclusión.

Devis Echandía (1993, p. 131), expresa que este principio tiene dos aspectos, a saber:

“libertad de medios y libertad de objeto. El primero se refiere a que no debe haber limitación legal acerca de los medios probatorios admisibles, dejando al juez facultad para la calificación de su pertinencia probatoria; el segundo se refiere que puede probarse

todo hecho que tenga relación con el proceso y que las partes puedan intervenir en la práctica. No se debe limitar la actividad probatoria en forma absurda y ocurrente, porque de alguna manera sería atentar contra el derecho de defensa.”¹⁷

El tratadista Florian, citado por Devis Echandía, (1993, p. 132), afirma:

“la averiguación de la verdad debe desarrollarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales.”¹⁸

Parra el tratadista Quijano (2001, p. 12), ha sido enfático en una visión que acogemos que es, “*la de defender la tesis de la libertad de medios de prueba*”¹⁹; pero, esto no significa de ninguna manera que se puedan violar los derechos constitucionalmente garantizados. Es obvio que los fines no justifican los medios. No obstante, la libertad de medios de prueba tiene un significado garantista, pues, no se puede limitar el derecho de probar que sea ajustado a los valores y principios que la Constitución garantiza.

El Código de Procedimiento Penal, reformado en el año 2009, marzo 24, introdujo normativa jurídica relacionada al uso de la tecnología de la información y comunicación como medios de prueba.

¹⁷ DEVIS ECHANDIA, H. Teoría general de la prueba judicial. Tomo I. Cuarta Edición. Editorial DIKE. Medellín 1993, pág. 131.

¹⁸ *Ibíd*em; pág. 132.

¹⁹ PARRA QUIJANO, Jairo.- Manuel de Derecho Probatorio, Editorial Librería del Profesional, Bogota 2001, pág. 12.

2.2.2.1. Medios de prueba en el proceso penal y la utilización de los nuevos medios tecnológicos de la información y comunicación

El Código de Procedimiento Penal, reformado en el año 2009, marzo 24, introdujo normativa jurídica relacionada al uso de la tecnología de la información y comunicación como medios de prueba, así tenemos:

El Art. 156, del citado código, considera a estas herramientas informáticas como documentos semejantes, y dispone ciertas reglas para jueces de garantías penales y fiscales, así tenemos:

“El juez de garantías penales autorizará al Fiscal para el reconocimiento de las grabaciones mencionadas en el artículo anterior, así como de películas, registros informáticos, fotografías, discos u otros documentos semejantes. Para este efecto, con la intervención de dos peritos que jurarán guardar reserva, el Fiscal, en audiencia privada, procederá a la exhibición de la película o a escuchar el disco o la grabación y a examinar el contenido de los registros informáticos. Las partes podrán asistir con el mismo juramento.

No se requerirá la autorización a la que se refiere el artículo anterior, en los casos en que las grabaciones de audio o video sean obtenidas por cámaras de seguridad o en lugares públicos; así como tampoco en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o video obtenidas por uno de los intervinientes. En estos casos el juez de garantías penales tendrá la facultad de admitir o no la prueba obtenida a través de estos medios, valorando su autenticidad, la forma en que se obtuvo, los derechos en conflicto, y el bien jurídico protegido.

El Fiscal podrá ordenar la identificación de voces grabadas por personas que afirmen poder reconocerlas, sin perjuicio de ordenar el reconocimiento por medios técnicos o con intervención pericial.

Si los predichos documentos tuvieren alguna relación con el objeto y sujetos del proceso, el Fiscal ordenará redactar la diligencia haciendo constar en ella la parte pertinente al proceso. Si no la tuvieren, se limitará a dejar constancia, en el acta, de la celebración de la audiencia y ordenará la devolución de los documentos al

*interesado.*²⁰

El Art. innumerado y agregado al Art. 156 del citado código, dispone:

“Los Fiscales podrán utilizar todos aquellos medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos que resulten útiles e indispensables para sustentar sus actuaciones y pronunciamientos, cumpliendo con los requisitos y obteniendo las autorizaciones que se exijan en la ley respecto de la procedencia y eficacia de los actos de investigación o de prueba que se formulen a través de dichos medios.

Las actuaciones que se realicen, y los documentos o información obtenidas a través de estos procedimientos, serán válidos y eficaces siempre que se garantice su integridad, autenticidad y reproducción, y no afecten en modo alguno los derechos y garantías fundamentales reconocidas en la Constitución y la ley.

Las actuaciones y procesos que se tramiten con soporte informático, deberán garantizar la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos e informaciones de carácter personal que contengan.

Sin embargo, en aquellos casos de grabaciones o filmaciones relacionadas a un hecho constitutivo de infracción, registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución, por los medios de comunicación social o por cámaras de seguridad, ubicadas en lugares públicos, le servirán al fiscal para integrar la investigación y para introducirlas al juicio como elemento de prueba para su valoración. Estas no requerirán de la autorización a la que se refiere el artículo ciento cincuenta y cinco.”

De los preceptos jurídicos se establece ciertos requisitos que deben observarse para el uso de las herramientas tecnológicas de la información y comunicación como medios de prueba en materia penal, pero nada dice sobre el uso y tenencia de las mismas para registrar bases de datos de los procesados y como podría vulnerar sus derechos constitucionales.

En el país de Noruega, se destaca las primeras manifestaciones legislativas, en relación con limitaciones al derecho a la intimidad de los ciudadanos, destaca

²⁰ Código de Procedimiento Penal, 2013.- Art. 156

sobre todas la Ley No. 7425 (Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, del 9 de agosto de 1994), que en su artículo primero amplía el concepto de documentos privados a fin de permitir la intromisión lícita, por vía judicial, de la correspondencia epistolar entre los ciudadanos, incluso en aquellos casos cuando la misma es realizada mediante medios "telemáticos", o por cualquier otro medio, entre los que pueden estar "los disquetes", "los registros", o "cualquier otra forma de registrar información de carácter privado".

Esta ley, que se ubica en un contexto interesante de la discusión sobre las posibilidades legales de limitar el derecho del ciudadano a su privacidad, tiene algunos problemas, entre ellos que no lleva aparejada una correcta apreciación del principio de proporcionalidad, y una adecuada claridad de la manera en que podría ponerse límite a una ampliación de la cobertura del ataque al derecho fundamental cuando, por ejemplo, la investigación tome contacto con la correspondencia epistolar entre personas no sospechosas, terceros de buena fe o incluso la víctima.

Así concebida la facultad de intervenir estas comunicaciones amplía extraordinariamente las posibilidades que tienen las autoridades de la investigación criminal para realizar intervenciones en el área de la intimidad. Aún cuando el objetivo de la ley es permitir la investigación y demostración de las conductas delictivas (interés público preponderante) y que implementa la intervención judicial para garantizar la legalidad de este límite a la "intimidad" (garantía judicial para el derecho fundamental).

Por otra parte, sólo establece un tímido artículo 4 en donde se establecen unos derechos al "intervenido" para que solicite la reconsideración de la medida (intervención que no indica que posibilidades existirían para solicitar cancelación o corrección de determinados datos en manos de las autoridades, y si esta información podría ser procesada mediante medios informáticos), pero

nada dice cuando terceros inocentes, que pueden ser afectados por la cobertura de la investigación, también pudieran tener un interés en limitar el acceso a su intimidad.

De igual manera, la intervención del derecho a la intimidad de estas personas no tendría ninguna legitimación en virtud del interés público preponderante, ya que ellos no han cometido ningún hecho delictivo, ni pesa sobre ellos una sospecha de haberlo cometido. Observadas de esta manera las regulaciones del artículo 1 y 4 de la Ley No. 7425 resultaría esta ley como dudosa frente a la necesaria tutela que habría de tener el derecho a la autodeterminación informativa de los ciudadanos.

En nuestro estado Ecuatoriano, apenas se ha iniciado por parte de varios tratadistas del derecho sobre la discusión de los problemas de la tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, y los aportes en este campo han sido académicos y pueden reducirse a una serie de trabajos de graduación sobre el tema, y una incipiente jurisprudencia constitucional, la cual aún se debate en los estrechos límites de la interpretación de los problemas del procesamiento electrónico de datos desde la perspectiva del derecho a la intimidad.

Muchos tratadistas del derecho penal consideran que la Asamblea Nacional debería legislar sobre la eliminación y supresión de la información o del dato impugnado en algunos casos especiales, como una información que haya sido obtenida por delito, desviación de poder, por falta o negligencia del informante o del solicitante de la información, por violación del debido proceso o cuando, por conexión, deba eliminarse por haberse declarado ilegal la fuente que la dio a conocer; o cuando, las autoridades de la investigación penal, en ejercicio de sus facultades, realicen un procesamiento de datos que no haya sido autorizado de acuerdo a las reglas del debido proceso.

Este aspecto constitucional, tanto desde el punto de vista de la salvaguarda del contenido esencial de los derechos fundamentales, como del uso de un determinado medio de prueba dentro de la práctica cotidiana de los órganos del control penal, obliga a referir no a garantías formales (por ejemplo, la intimidad como un derecho formal garantizado) sino a efectivos medios de tutela de los derechos, también frente al sistema penal.

Nuestro Código Procesal Penal, debe enfrentar a esta paradoja en la declaratoria de garantías cuando dice, interpretado la norma constitucional y legal que no podrá utilizarse información obtenida mediante la tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona.

Quizá la acción de habeas data sea un remedio interesante contra esta filtración grave en el esquema de garantías en favor del procesado en un juicio penal, el debate está en todo caso abierto para el momento de que se planten los mismos antes jueces constitucionales y haya jurisprudencia constitucional.

El problema es grave y tiene muchas consecuencias tanto al nivel de la práctica de los órganos de la investigación penal como también a nivel del orden constitucional, ya que los ataques de orden informativo son también ataques para los derechos fundamentales, muy especialmente para el derecho a la autodeterminación informativa, toda vez que los datos que son utilizados en las investigaciones pueden provenir, tanto de una unificación de datos de diverso origen (que fueron recopilados con fines distintos a los de una investigación criminal) como también de la utilización de datos que ya habían sido recopilados por las autoridades pero sin seguir los límites o determinaciones propios del derecho a la protección de datos.

Los supuestos son muy variados. Se trata no sólo de la recopilación de datos obtenidos a través de la policía o de la Fiscalía, quienes tendrían al efecto un verdadero banco de datos de pruebas y de datos personales para efectos de la investigación de delitos, como también obtendrían datos a partir de la unión y comparación de datos de diversas fuentes: fuentes oficiales (registros y oficinas públicas) como también fuentes privadas: agencias de viajes, tarjetas de crédito, llamadas por medio del teléfono celular, observaciones y recopilación de los datos de allí producidos, entre otros.

Todas estas recopilaciones y procesamientos de datos son hoy posibles, y para los cuales no existe ni un fundamento legal claro, como tampoco existen reglas que den sentido al ejercicio de un derecho a la protección de datos.

En primer lugar, no existen disposiciones que permitan establecer en qué forma se realizará el procesamiento de los datos en sus diversas etapas, no se dice quien podrá ordenar el procesamiento con fines de la investigación, ni tampoco se establecen reglas para la seguridad de los datos, como tampoco plazos a partir de los cuales, ciertos datos, por su sensibilidad deban ser destruidos una vez terminado el proceso para el que fueron ordenados.

En segundo lugar, no parece haber límites para la recogida de datos, ya que según se presentan las circunstancias legales en nuestro país cualquier ciudadano podría ser considerado para ser objeto de un detallado análisis de sus datos, incluso aquellos ciudadanos no sospechosos de haber cometido delito, es decir, por ejemplo: personas contacto o personas que sin saber ni de la investigación ni de los objetivos de la recopilación pasan a formar parte de la misma a partir de un hecho casual (un primer contacto con el sospechoso) o por una llamada telefónica o la mera presencia (con otros fines distintos a la visita social al sospechoso) en el apartamento o habitación del sospechoso.

Es decir, que el principio de inocencia estaría siendo seriamente lesionado si no se establecen los límites a partir de los cuales las personas pueden ser objeto de una recopilación de datos para el proceso penal.

Por estas razones, la determinación de introducir reformas al Código de Procedimiento Penal, sobre la "eliminación de datos" es una herramienta importantísima para que los ciudadanos se protejan frente a posibles lesiones a sus derechos fundamentales producto de la actividad del Estado, incluso en los supuestos en que esté de por medio una investigación de un hecho delictuoso, pero que para lograr los fines de esta investigación se utilicen medios no admisibles o con violación a las reglas de la autodeterminación informativa que también forman parte directa de las reglas del debido proceso, toda vez que incluyen para los ataques informativos la necesidad de resguardar los derechos de defensa, de inocencia, el principio de culpabilidad y el derecho a ser informado de la incoación de un proceso y las razones del mismo a fin de preparar una defensa técnica.

Un procesamiento de datos que no respete estos derechos, y utilice datos tanto sensibles como no sensibles para los efectos de la realización de perfiles de conducta para demostrar la participación criminal en un determinado hecho, debe ser considerado violatorio del debido proceso.

Esto no significa que haya una carta blanca para que los delincuentes se rearmen con la herramienta informática o que estos queden fuera de la acción del Estado producto de haberle atado las manos a las autoridades encargadas de investigar los delitos, sino que significa que también en materia de derecho probatorio, y, sobre todo, cuando se trata de un procesamiento de datos con ese fin, se deben cumplir una serie de reglas y principios que forman parte integral del derecho procesal como derecho constitucional aplicado.

2.2.2.2. Posiciones doctrinarias y jurídicas con relación a la problemática planteada

No hace mucho se ha afirmado en nuestro país, pero también en América Latina y en Europa, que los Estados están enfrascados en una guerra contra la "criminalidad", una guerra sin cuartel, en donde la bandera de un proceso penal "eficiente" ondea con la fuerza de uno de esos bienes jurídicos intangibles y misteriosos, de los cuales nadie sabe de dónde vienen y de dónde se sustentan, pero que se sabe que pueden producir un cambio radical en el equilibrio entre las garantías individuales y las facultades del Estado al investigar los delitos, en todo caso a favor de estas últimas.

Se trata de la llamada "funcionalidad de la administración de la justicia penal", concepto que fue desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su jurisprudencia de inicios de los años ochenta, y que hoy incluso lleva a replantear una serie de derechos y garantías fundamentales del acusado en el proceso, los cuales se hacen ceder con el fin de justificar una tarea del Estado, que más bien tiene el valor de una carta en blanco en favor del sistema de justicia penal.

La "funcionalidad de la administración de justicia penal" pertenece a ese grupo, cada vez más amplio, de bienes jurídicos sin contenido, que pueden ser llenados por vía de interpretación, y que tienen un papel importante a la hora de determinar el equilibrio entre los intereses del Estado (en este caso de la investigación de los delitos; y los derechos fundamentales del ciudadano.

En la forma en que ha sido utilizado este bien jurídico por el Tribunal Constitucional alemán, abre la posibilidad a que en los casos en que exista una posibilidad de limitar las facultades de investigación del Estado en razón de un derecho del acusado, este último se hace ceder a aquellas con el fin de que el interés público de realización de la justicia no se restrinja.

Es cierto que hay un interés social importante en que se investiguen los delitos, y esto es en cierto sentido algo que se entiende por sí mismo, pero también es cierto que no existe en la Ley ninguna norma que establezca a la funcionalidad de la administración de la justicia penal como un bien jurídico con entidad propia, y aún cuando se pretenda derivar la misma del principio del Estado de Derecho, esta misma metodología interpretativa no permite que alguno de los derechos fundamentales, incluso aquellos que derivan directamente de la dignidad del hombre, puedan verse limitados para garantizar este interés social en la investigación satisfactoria de un delito.

En nuestro Estado Ecuatoriano la estamos empezando a ver nacer. Tanto en las discusiones de tratadistas del derecho como assembleístas, como en los medios de comunicación, se empieza a observar una preocupación sospechosa por la eficiencia. Se habla de que la guerra contra la criminalidad sólo la podrá ganar el Estado si es eficiente, y para ello resulta necesario confiarle más herramientas y más posibilidades de acción, mayores facultades para escoger lo que persigue y más y mejores recursos para realizar esta tarea.

En esta carrera por la "eficiencia" no se duda en potenciar la necesidad de reducir garantías básicas en favor del imputado, cuando las mismas resultan sospechosas de reducir la "eficiencia" de la reacción estatal, o cuando un respeto de éstas acarree una disminución de las posibilidades de éxito frente a la criminalidad.

Quizá en una dimensión mucho menor a lo sucedido en España, también en América Latina el enfoque de la lucha contra la criminalidad organizada ha llevado en muchos países a reducir el marco de garantías del derecho penal clásico con la esperanza de que el impacto de la reacción del sistema de justicia penal sea más contundente, sin embargo, tanto las experiencias europeas, como las latinoamericanas, han demostrado que esta respuesta

"contundente" no ha reducido el narcotráfico, ni ha podido incidir en las estructuras organizativas de este tipo de criminalidad.

Lo que queda por observarse es si en nuestro medio cultural serán asumidos los mismos discursos legitimadores que han permitido ampliar la utilización de herramientas tecnológicas para la investigación criminal, reduciendo en mayor medida las garantías en favor del acusado e incluso de aquellos ciudadanos sobre los que no pesa sospecha de haber cometido delito.

2.2.2.3. Obtención de estos medios de prueba sin violar derechos fundamentales

El uso de las herramientas tecnológicas de la información y comunicación como medios de prueba previstos en el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, frente a los derechos de protección previstos en el Art. 66 de la Constitución, como el derecho a la privacidad y por ende al control del Estado, y a controlar que éste no limite los derechos de los ciudadanos de una manera insoportable, derechos que en alguna medida se han venido "contaminando" y reduciendo frente al avance constante y manifiesto de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Se trata de un derecho a saber y también un derecho a la transparencia del procesamiento de datos, el cual a su vez es una parte fundamental del concepto moderno de democracia.

Los derechos de protección no sólo tienen validez para el almacenamiento de los datos, sino también a todo lo largo del proceso de obtención de la información, de tal manera que la forma de almacenamiento de los datos (manual o electrónica) no tiene un verdadero papel fundamental.

Tampoco tiene importancia la clasificación de los diversos tipos de datos ya que no existen datos que por sí mismos carezcan de interés. En un procesamiento de datos que permite la rápida comparación, unión, listado y análisis de todos los datos posibles de una persona, ya no tendría interés hablar de datos de mayor o menor importancia, o de datos de mayor o menor privacidad, ya que la construcción de perfiles de personalidad se realiza con la ayuda de todos los datos posibles, por lo que el ámbito de protección de este derecho se encuentra fuertemente caracterizado por la índole especial de los intereses en conflicto en el procesamiento de datos, principalmente del interés del ciudadano de tener control sobre quién y en qué forma, con cuáles objetivos y bajo qué circunstancias, tiene acceso a sus datos personales.

Se configura de esta manera el "derecho a la autodeterminación informativa" como un derecho que pretende enfrentar el problema de "contaminación" a la que se enfrentan muchas libertades individuales consignadas en nuestro Estado ecuatoriano, producto de los efectos provenientes de las nuevas tecnologías.

Este derecho a la autodeterminación informativa, debe ser consignado en nuestro Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, como un derecho que tiene un valor de solidaridad, alcanzable por tanto a partir de un esfuerzo conjunto de la sociedad; y, debe ser un tema central de discusión, en los diferentes proyectos legislativos dirigidos a adoptar medios electrónicos de obtención y procesamiento de datos personales en el proceso penal, la mayor o menor incidencia de estos instrumentos en el derecho a la autodeterminación informativa, a fin de que si se aceptan como medios de prueba, los mismos tengan limitaciones acorde con su carácter particularmente intrusivo en los derechos fundamentales del ciudadano, muy especialmente en su derecho a la privacidad.

2.2.2.4. Reglas de valoración de los medios de prueba tecnológicos

La valoración de los medios de prueba tecnológicos se realiza conforme lo tenga previsto la legislación ecuatoriana.

Nuestro código procesal penal expresa que tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos. Interpretamos que se refiere a la fuerza que es debida en razón de su configuración, entendemos que debe correlacionarse con el artículo 155 y siguiente de la citada ley, que exige la integridad, autenticidad e inalterabilidad, entre otros requisitos para su validez.

Por cuanto los medios informáticos, no tiene una regulación expresa procesal, salvo las normas señaladas, en donde no hay tasación propiamente de los mismos, argumentamos que su forma de valoración debe ser según la sana crítica.

En el sistema de comunicación se predicen algunas garantías como: la autenticidad, la integridad, la originalidad, el no repudio, la confidencialidad y la veracidad.

Hay que tener presente que ellas no son esenciales a la comunicación. De manera que, el juez en su valoración ha de considerar la fiabilidad del sistema utilizado para generar la comunicación, a su vez la fiabilidad de la forma de conservación, la integridad del mensaje y la identificación del emisor. Por otra parte, tendrá que valorar la autenticidad, en el caso de que exista firma certificada hay presunción de autenticidad, en los otros casos seguirá las pautas establecidas por el Código de Procedimiento Civil.

Con relación a los aspectos de integridad y originalidad deberá observar que resultados arrojan las pruebas complementarias, como inspección y experticia.

Un aspecto importante a tener en consideración es la garantía de la confidencialidad, pues un quebrantamiento de ese derecho fundamental deviene en prueba ilícita.

El juez tendrá que revisar su forma de obtención que debe corresponder a las formas legales y el debido proceso. Es claro que al aplicarse las reglas procesales establecidas para los documentos escritos, el juez deberá valorar la aplicabilidad de tales reglas en la actividad probatoria. Así, por ejemplo, si se opone un documento electrónico sin firma certificada y a quien se le opone no lo desconoce, el juez deberá darlo por reconocido.

El juez deberá recurrir a todos los elementos de valoración que le impone la sana crítica .lógica, método reflexivo y máximas de experiencia, como las normas que regulan la prueba documental, en las situaciones en que sean aplicables.

La apreciación del resultado de las pruebas para el convencimiento del juez no debe ser empírica, fragmentaria o aislada, ni ha de realizarse considerando aisladamente cada una de las pruebas, ni separarse el resto del proceso, sino que debe comprender cada uno de los elementos de prueba y su conjunto, es decir, todo el acervo probatorio que surge en el proceso. Debe tenerse en cuenta que el resultado particular de un medio probatorio puede, junto a otros tomar un significado distinto.

De suerte que en tal oportunidad, el juzgador hará un estudio exhaustivo de los hechos puestos a su conocimiento, valorará con las reglas procesales y la sana crítica la prueba producida por las partes y aplicará el derecho que considere pertinente.

En casi todos los códigos procesales, las normas que regulan la sentencia exigen que en la motivación se realice un examen crítico de las pruebas.

El deber del juez de motivar la sentencia tiene un correlato con el derecho del justiciable de conocer por qué se le sentencia. Se trata de un aspecto del debido proceso que configura para el ciudadano un derecho. No sólo se ampara en el debido proceso, sino, que forma parte de la tutela efectiva, prevista en el Art. 175 de la Constitución de la República del Ecuador.

2.2.3. PORNOGRAFÍA INFANTIL EN INTERNET.

En cuanto al contenido sexual, Internet recrudece su nocividad cuando promueve específicamente el sexo con niños; en ese caso la Red de redes es usada para el servicio de la pedofilia, garantizando así diversas variantes de satisfacción de los individuos pedófilos clínicos, pedófilos episódicos o pedófilos socialmente inducidos por equivocadas valoraciones en torno a la garantía de protección a la salud que representa establecer relaciones sexuales con infantes.

Obviamente la pedofilia no es un fenómeno de la edad moderna, ha existido inmemorialmente, manifestándose desde las profundidades del tiempo en antiquísimas culturas. Pero esos desviados sexuales se encontraban aislados y silenciados por el ostracismo y la severa crítica social, sin embargo la aparición de la tecnología digital y de la Internet ha propiciado un fenómeno de confraternización y apoyo mutuo entre ellos dado el anonimato de las comunicaciones actuales y de la reserva de datos.

Las acciones pedófilas a través de Internet se manifiestan en diversas modalidades, de las que analizaremos solo tres, escogidas por la trascendencia que poseen las mismas en el tema tratado, ellas son:

1. La creación de redes de confraternización pedófila.

2. El intercambio y disfrute de la pornografía infantil digital propiamente dicha, y
3. El intercambio "on line" con niños y la captación de los mismos para sus fines.

2.2.3.1. Redes de confraternización pedófila.

Analizando cada una de estas modalidades por separado podemos afirmar que las redes pedófilas tienen tentáculos a nivel mundial y sirven para propiciar los contactos entre individuos consumidores de sexo infantil.

Estas redes persiguen varios objetivos:

- a) Usar las facilidades de la comunicación para el apoyo mutuo, promover la pretendida e increíble legalización de sus actos pervertidos, el intercambio de pornografía infantil y la promoción de los más promisorios destinos turísticos sexuales.

Producto de sus facilidades comunicativas, los pedófilos utilizan las conversaciones en línea con canje de textos, fotografías y videos, elaborando tabloneros de anuncios para intercambiar información de interés sexual en los niños.

Los lazos de confraternidad que se establecen a través de Internet los ayuda psicológicamente a evadirse de sentimientos culpabilizantes y a soslayar la soledad, conquistando a la vez, el necesario anonimato de sus criminales acciones y también logran satisfacer su ego en la demostración a otros pedófilos de sus "proezas" y conquistas.

Situación esta que debería ser analizada por los legisladores a fin de establecer reformas a la ley penal, con respecto al uso y tenencia de material

pornográfico infantil por parte de las personas adultas que obtienen o intercambian por las redes sociales, a fin de erradicar y sancionar el delito de pornografía infantil.

2.2.3.2. La Pornografía Infantil en Internet.

En el internet se proporciona variados disfrutes de carácter sexual a los pedófilos y en general a toda persona, una de esas modalidades está representada por la pornografía infantil propiamente dicha. Nunca como ahora, los pedófilos han encontrado mayores facilidades de acceder a material pornográfico que involucre a niños. Ya los pedófilos no se ven precisados a correr peligros para satisfacer sus bajos instintos sexuales; anteriormente para obtener y acumular ese material impúdico tenían que evadir los controles policiales y aduaneros, portando sobre sí o en sus equipajes con gran riesgo las fotografías y videos pornográficos que disfrutarían.

Las novedosas tecnologías de la comunicación proporcionan las facilidades ideales para las acciones pedófilas; basta poseer un ordenador (equipo relativamente barato) y sin abandonar sus domicilios y preservando el anonimato, estos individuos "navegan" por el ciberespacio en la búsqueda de documentación sexual infantil. De esa forma, la Internet se convierte infelizmente en el vehículo comunicativo ideal para concretizar la producción y consumo de la pornografía infantil, como modalidad de la explotación sexual comercial de niños; sin que se haya sancionado a persona alguna o se controle de alguna manera este servicio de internet.

Cualquier persona se complace en coleccionar compulsivamente fotografías y grabaciones de audio o video donde se reflejan abusos sexuales con niños, niñas y adolescentes en los que participan ellos mismos u otros adultos; materiales que al circular por las redes electrónicas de la de la información han

generado la aparición del fenómeno de la ciberpornografía infantil, que debería el legislador tomar muy en cuenta para sancionar de mejor manera el delito de pornografía infantil.

2.2.3.3. Intercambio "on line" con niños con fines de captación pedófila.

Lamentablemente, el uso actual de niños, niñas y adolescentes con fines de intercambio sexual ya no se localiza solamente en las consabidas y habituales "zonas de tolerancia " de la prostitución, casi siempre ubicadas en las principales ciudades de los países pobres.

Hoy en la actualidad nadie está a salvo de las personas que buscan para su satisfacción sexual material pornográfico infantil, lo cual se produce por el uso de Internet con fines de localización y captación de infantes.

En aras de explicitar la afirmación anterior, no podemos dejar de constatar la vulnerabilidad, que en este sentido posee la nueva generación, a partir de la monumental extensión de los usuarios de Internet que involucra también y de manera preferente a los niños y adolescentes, los cuales poseen mayores capacidades que los adultos para asimilar y adquirir habilidades en las técnicas digitales, además de ser muy receptivos a la benéfica influencia educacional que emana del uso de la Red de redes.

Por razones económicas y de potencialidad tecnológica resulta obvio, que en el sentido antes expuesto, los niños y adolescentes de países desarrollados se encuentran en situación más vulnerable en relación con las corruptoras acciones de los pedófilos o de personas que usan la Internet como centro de operaciones, en la búsqueda y satisfacción de sus inclinaciones anómalas.

Una de las formas en que los infantes pueden verse afectados por estas acciones depravadas consiste en tener acceso a la pornografía convirtiéndose

en objeto de la misma; lo que podría atrofiar su sentido de la normalidad en cuanto a lo que resulta correcto o incorrecto en el plano del sexo, pues la exposición reiterada a material pornográfico infantil posibilita que con su inacabado desarrollo psíquico, estos pequeños asuman como normal la actividad pornográfica, creando modelos de comportamiento y experiencias de aprendizaje altamente perniciosos.

Otras de las formas que corporifican el abuso sexual pedófilo mediante Internet, consiste en persuadir a los infantes a que permitan ser filmados o fotografiados mediante las "webcam", pasando a ser así sujetos de la pornografía.

Esta variante supone la interacción "on line", que usada con carácter reiterado logra desarrollar sentimientos de confianza del menor hacia su interlocutor, el cual por lo general comienza su captación con debates corrientes sobre la camaradería, la amistad y poco a poco se desliza hacia el tema sexual, tratando de eliminar la posible reticencia infantil o adolescente al respecto.

La máxima peligrosidad aparece cuando la persona intenta trasladar el ambiente de su intercambio con el niño, de la realidad virtual ciberespacial a la realidad objetiva o física concreta, mediante los encuentros personales entre él y el niño, niña o adolescente, poniendo en peligro su integridad física y hasta la vida del infante, pues después de ser abusado sexualmente, se les suele eliminar físicamente para evitar la identificación del criminal.

Todo lo expresado hasta el momento sobre el uso de la Internet como vehículo de intercambio pedófilo ha florecido indudablemente, entre otras razones, por las condiciones de anonimato en que se realizan estos intercambios dentro de la red.

El evidente y acelerado avance del fenómeno de la pedofilia a través de Internet ha generado como contrapartida una respuesta de la sociedad

mundial, consistente en la Organización de un movimiento internacional, integrado por diferentes ONGs y Comités Nacionales de Acción; los cuales ostentan como objetivo la promoción de alarma al respecto y el desarrollo de una conciencia de lucha encaminada a la protección de nuestros infantes ante esta creciente amenaza.

Estas organizaciones reconocen que el principal terreno de lucha es el propio ciberespacio y en consonancia se comienza a estructurar una vigilancia electrónica de alcance mundial.

De la misma manera es responsabilidad de la Familia, Sociedad y Estado establecer sus propios mecanismos de control de acceso al Internet sobre material pornográfico y el deber del Estado de propiciar la acción de cibervigilantes encargados de detectar sitios de contenido de pornografía infantil o de carácter pedófilo y denunciarlos rápidamente, debiendo legislarse sobre la responsabilidad penal de los mismos a fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes; tornándose necesarios conocerlos para su debida aplicación y protección.

2.2.4. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La Constitución de la República del Ecuador vigente desde el 2008, en su Título II habla de los Derechos en General, y en su Capítulo Tercero, se refiere a los Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria; en su Sección Quinta, se refiere específicamente sobre las niñas, niños y adolescentes, y señala los siguientes derechos:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al

principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de **protección integral de sus derechos**.

2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación **ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal**. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre **que no atenten a su formación y a su desarrollo integral**.

3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.

4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, **explotación sexual o de cualquier otra índole**, o contra la negligencia que provoque tales situaciones. (La negrilla es del autor)

5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.

6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.

7. *Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. **Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad.** Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.*

8. *Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.*

9. *Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.”*

De los contenidos constitucionales, se establece que las niñas, niños y adolescentes, deben ser protegidos de manera tripartita por El Estado, la sociedad y la familia; y son los encargados de velar por que no se vulnere sus derechos, y para el ejercicio de sus derechos.

2.2.4.1. Definiciones de niño, niña y adolescente

La edad constituye un factor fundamental en todo el campo jurídico para determinar la capacidad y responsabilidad de un individuo. La voluntad y la conciencia exigida por el ordenamiento jurídico, son dos presupuestos de la capacidad, relacionados con la fecha de nacimiento de una persona, estos se van desarrollando de a poco hasta que por razones biológicas, la persona alcanza la madurez mental necesario para ser considerado legalmente capaz y por lo mismo responsable en el ámbito penal.

En cuanto se refiere a la determinación de la edad de un individuo, es necesario apoyarnos, en primer lugar, en la disposición del Código Civil, que por ser una norma de carácter general y matriz nos señala:

Art. 21 que es “*infante o **niño** el que no ha cumplido 7 años; **impúber**, el varón, que no ha cumplido 14 años y la mujer que no ha cumplido 12; **adulto**, el que ha dejado de ser impúber; **mayor de edad**, o simplemente mayor, el que ha cumplido 18 años; y **menor de edad**, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos*”.²¹ (las negrillas son mías)

Si acudimos al Código Penal para averiguar desde qué edad un sujeto puede ser juzgado por cualquier delito, encontramos en el Art. 40 que: “*Las personas que no hayan cumplido los 18 años de edad, estarán sujetas al Código de la Niñez y Adolescencia*”, es decir, todos los menores de edad están sujetos al Código de la Niñez y Adolescencia (CNA).

Es oportuno ahora sí señalar que el Código de la Niñez y Adolescencia, protege e impera sobre toda persona desde su concepción hasta que cumpla los 18 años de edad; y, que en el Art. 4 realiza la diferenciación entre niño y adolescente:

“Niño es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona...entre doce y dieciocho años de edad”,

Ésta disposición jurídica es la que prevalece y vamos a tomar para nuestro tema de estudio tanto para la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes como para establecer la responsabilidad penal.

Esto significa el hecho biológico de no haber cumplido la edad de 18 años, justifica la exclusión de la responsabilidad penal, es decir, la inimputabilidad del menor, aun cuando llegado el caso, el desarrollo de las facultades intelectuales y volitivas del adolescente nos permitiera presumir que se trata de una persona capaz de tener conciencia de la ilicitud del acto delictuoso y voluntad para

²¹ Código Civil, 2013.- Art. 21.

abstenerse de realizarlo; que también deberá ser considerado en los delitos de pornografía infantil.

2.2.4.2. El interés superior del niño

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

Por mandato constitucional, y por la jerarquía de la ley los derechos de los niños, niñas y adolescentes, prevalecen sobre los derechos de las demás; y, es así que, El Estado, la sociedad y la familia deben promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos; en base al principio de su interés superior.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno

familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Las niñas, niños y adolescentes gozan de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.

El Estado debe reconocer y garantizar la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantiza su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

Como podemos, ver los derechos de los niños, niñas y adolescentes están plenamente identificados y garantizados en la Constitución de la República del Ecuador.

Se viola el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, cuando sus derechos constitucionales no están plenamente garantizados por la normativa jurídica, como en el caso del derecho de alimentos, que no garantiza el pago

debido de las pensiones alimenticias, o la prestación de las mismas dentro del término o plazo señalado para el cumplimiento.

LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Este convenio está vigente en el Ecuador desde el 2 de septiembre de 1990, la Convención establece un amplio conjunto de derechos de los niños y tiene como principal avance el reconocimiento del niño o niña cómo una persona completa, con identidad propia, a la vez que reafirma el papel de la familia en la vida del niño y lo considera un miembro de una comunidad más amplia. Se trata del primer tratado internacional de derechos humanos que combina en un instrumento único una serie de normas universales relativa a la infancia y él primero en considerar los derechos de la niñez como una exigencia con fuerza jurídica obligatoria. En su artículo 24, "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y al rehabilitación de la salud. Los estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2.2.4.3. Titularidad de derechos de la niñez y adolescencia

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad.

Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren bajo jurisdicción del Ecuador, gozarán de los mismos derechos y garantías reconocidas por la ley a los ciudadanos ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en las leyes.

El Código de la Niñez y Adolescencia establece las obligaciones del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, y señala que es deber de los mismos, *“adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños; niñas y adolescentes. El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna.”*²²

Dentro de los deberes de los progenitores establece: *“Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.”*²³ A esto se suma que el Estado de manera prioritaria debe definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con sus responsabilidades especificadas anteriormente.

Para la aplicación y cumplimiento de los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes, es importante tener en cuenta el interés superior del niño, que *“es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.”*²⁴

El Art. 13 del Código de la Niñez y Adolescencia, dispone, que el ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se deben hacer de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez; además, prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en el referido Código; incluso dispone que, *“ninguna autoridad*

²² Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.- Art. 8

²³ Ítem.- Art. 9, inciso segundo

²⁴ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2012.- Art. 11

*judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño”.*²⁵

Disposiciones legales que guarda conformidad con los principios constitucionales garantizados para el ejercicio de los derechos en el Art. 11 de la Norma Suprema.

Los derechos y garantías que las leyes reconocen en favor del niño, niña y adolescente, “*son potestades cuya observancia y protección son exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su eficacia, en la forma que este Código y más leyes establecen para el efecto.*”²⁶

2.2.4.4. Naturaleza de los derechos y garantías de la niñez y adolescencia

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

“Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado

²⁵ Código de la Niñez y Adolescencia, 2012.- Art. 14

²⁶ Código de la Niñez y Adolescencia, 2012.- Art. 18

reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.”²⁷

El Código de la Niñez y la Adolescencia, señala: “Art. 1.- *Finalidad.- Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.*”

Para el cumplimiento de esta finalidad, el referido código regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y establece los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral. Según el mencionado código, corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

“Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad.

Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren bajo jurisdicción del Ecuador, gozarán de los mismos derechos y garantías reconocidas por la

²⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.- Art. 45.

ley a los ciudadanos ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en las leyes.”²⁸

Por naturaleza estos derechos garantizados por la Constitución y el Código de la Niñez y Adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley.

2.2.4.5. Acceso a una información adecuada

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a buscar y escoger información; y a utilizar los diferentes medios y fuentes de comunicación, con las limitaciones establecidas en la ley y aquellas que se derivan del ejercicio de la patria potestad.

Es deber del Estado, la sociedad y la familia, asegurar que la niñez y adolescencia reciban una información adecuada, veraz y pluralista; y proporcionarles orientación y una educación crítica que les permita ejercitar apropiadamente los derechos señalados en la ley.

Es la ley la que regula la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación, y fomentará la creación de espacios para la difusión de la producción nacional independiente.

Por mandato constitucional, “*se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos*”.²⁹

²⁸ **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.- Art. 15**

²⁹ Constitución de la República del Ecuador.- Art. 19.

El Código de la Niñez y la Adolescencia, prohíbe:

- 1. La circulación de publicaciones, videos y grabaciones dirigidos y destinados a la niñez y adolescencia, que contengan imágenes, textos o mensajes inadecuados para su desarrollo; y cualquier forma de acceso de niños, niñas y adolescentes a estos medios;*
- 2. La difusión de información inadecuada para niños, niñas y adolescentes en horarios de franja familiar, ni en publicaciones dirigidas a la familia y a los niños, niñas y adolescentes; y,*
- 3. La circulación de cualquier producto destinado a niños, niñas y adolescentes, con envoltorios que contengan imágenes, textos o mensajes inadecuados para su desarrollo.”³⁰*

Estas prohibiciones se aplican a los medios, sistemas de comunicación, empresas de publicidad y programas.

Para garantizar el derecho a la información adecuada, de que trata el artículo anterior, el Estado deberá:

- a) “Requerir a los medios de comunicación social, la difusión de información y materiales de interés social y cultural para niños, niñas y adolescentes;*
- b) Exigirles que proporcionen, en forma gratuita, espacios destinados a programas del Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia;*
- c) Promover la producción y difusión de literatura infantil y juvenil;*
- d) Requerir a los medios de comunicación la producción y difusión de programas acordes con las necesidades lingüísticas de niños, niñas y adolescentes perteneciente a los diversos grupos étnicos;*
- e) Impedir la difusión de información inadecuada para niños, niñas y adolescentes en horarios de franja familiar, ni en publicaciones dirigidas a la familia y a los niños, niñas y adolescentes;*

³⁰ Código de la Niñez y la Adolescencia.- Art. 46.

- f) *Sancionar de acuerdo a lo previsto en esta Ley, a las personas que faciliten a los menores: libros, escritos, afiches, propaganda, videos o cualquier otro medio auditivo y/o visual que hagan apología de la violencia o el delito, que tengan imágenes o contenidos pornográficos o que perjudiquen la formación del menor; y,*
- g) *Exigir a los medios de comunicación audiovisual que anuncien con la debida anticipación y suficiente notoriedad, la naturaleza de la información y programas que presentan y la clasificación de la edad para su audiencia.”³¹*

Se consideran inadecuados para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes los textos, imágenes, mensajes y programas que inciten a la violencia, exploten el miedo o aprovechen la falta de madurez de los niños, niñas y adolescentes para inducirlos a comportamientos perjudiciales o peligrosos para su salud y seguridad personal y todo cuanto atente a la moral o el pudor.

2.2.4.6. Derecho a la integridad personal

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes.

La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 66, numeral 3, reconoce el derecho a la integridad personal, que incluye:

- a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.
- b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de

³¹ *Ibíd.*- Art. 47.

violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos.

2.2.4.7. Derecho a la libertad personal, dignidad, reputación honor e imagen

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete:

a) Su libertad, sin más limitaciones que las establecidas en la ley. Los progenitores y responsables de sus cuidados los orientarán en el ejercicio de este derecho; y,

b) Su dignidad, autoestima, honra, reputación e imagen propia. Deberá proporcionárseles relaciones de calidez y buen trato fundamentadas en el reconocimiento de su dignidad y el respeto a las diferencias.

Derechos estos que también son reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Para la protección del derecho a la dignidad e imagen el Código de la Niñez y Adolescencia, prohíbe:

*“1. La participación de niños, niñas y adolescentes en programas, mensajes publicitarios, en **producciones de contenido pornográfico** y en espectáculos cuyos contenidos sean inadecuados para su edad;*

2. La utilización de niños y niñas o adolescentes en programas o espectáculos de proselitismo político o religioso;

3. La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquiera otra expresión periodística con imagen o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de maltrato o abuso;

*4. **La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas** que permitan la identificación o individualización de un niño, niña o adolescente que ha sido **víctima de maltrato, abuso sexual o infracción penal**, y cualquier otra referencia al entorno en el que se desarrollan; y,*

*5. La publicación del nombre, así como de la imagen de los menores acusados o sentenciados por delitos o faltas.”*³²

Aun en los casos permitidos por la ley, no se podrá utilizar públicamente la imagen de un adolescente mayor de quince años, sin su autorización expresa; ni la de un niño, niña o adolescente menor de dicha edad, sin la autorización de su representante legal, quien sólo la dará si no lesiona los derechos de su representado.

2.2.4.8. Derecho de protección contra el maltrato infantil

Un niño, según los instrumentos internacionales es considerado como tal a todo menor de 18 años, y en este sentido se entiende que, **es maltratado o abusado cuando se atenta contra su salud física o mental o su seguridad**, ya sea por acciones u omisiones llevadas a cabo por la madre o el padre u

³² Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.- Art. 52

otras personas responsables de sus cuidados, produciéndose el maltrato por acción omisión o negligencia.

El maltrato a los niños es un grave problema social, con raíces culturales y psicológicas, que pueden producirse en familias de cualquier nivel económico y educativo.

El maltrato viola derechos fundamentales de los niños o niñas y por lo tanto, debe ser detenido, cuanto antes mejor.

El origen de la crueldad hacia los niños es en su sentido más amplio puede ser dividido en cuatro categorías:

1. Crueldad inspirada en conceptos exagerados de disciplina y en base a sus funciones que se resultan ser sujetos profundamente inadecuados e irresponsables: alcohólicos, drogadictos, criminales o delincuentes, débiles mentales etc.
2. Actos de violencia o negligencia cometidos por padres o adultos ejerciendo rígidas interpretaciones de la autoridad y de normas y reglas de conducta.
3. Crueldad patológica cuyos oscuros orígenes mentales o psicólogos son muy difíciles de identificar y todavía más de tratar, **como la pornografía infantil.**
4. La crueldad más intangible de todas, la crueldad oficial o la organizada, aquella que se comete por ignorancia, por insensibilidad o por omisión en la forma de falta de legislación o de cumplimiento de la misma que proteja adecuadamente al menor; como **la falta de tipificación y sanción en el Código Penal por el uso y tenencia de pornografía infantil.**

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, define lo que es el maltrato en los siguientes términos:

Maltrato.- “Se entiende por maltrato toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado; cualesquiera sean el medio utilizado para el efecto, sus consecuencias y el tiempo necesario para la recuperación de la víctima. Se incluyen en esta calificación el trato negligente o descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, relativas a la prestación de alimentos, alimentación, atención médica educación o cuidados diarios; y su utilización en la mendicidad.”³³

Maltrato psicológico, “es el que ocasiona perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima en el niño, niña o adolescente agredido. Se incluyen en esta modalidad las amenazas de causar un daño en su persona o bienes o en los de sus progenitores, otros parientes o personas encargadas de su cuidado.”³⁴

“Es deber de todas las personas intervenir en el acto para proteger a un niño, niña o adolescente en casos flagrantes de maltrato, abuso sexual, tráfico y explotación sexual y otras violaciones a sus derechos; y requerir la intervención inmediata de la autoridad administrativa, comunitaria o judicial”.³⁵

Además el citado código dispone: *“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural,*

³³ Código de la Niñez y Adolescencia, 2012.- Art. 67

³⁴ Código de la Niñez y Adolescencia, 2012.- Art. 67, inciso Segundo.

³⁵ Ibidem.- Art. 73

*afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes.*³⁶

Normativa legal que debe ser tomada en cuenta para garantizar el derecho de protección integral de los niños, niñas y adolescentes contra la pornografía infantil.

2.2.4.9. Derecho de protección contra la pornografía infantil.

Dentro del Derecho de protección contra la pornografía infantil, tenemos un marco jurídico internacional para luchar contra la explotación sexual comercial infantil, a saber:

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño
- Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución y la utilización de niños en la pornografía.
- Convenio de la OIT (núm. 182) sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 y la Recomendación núm. 190.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Estos instrumentos de derechos humanos de protección de derechos del niño, constituyen el Bloque de Constitucionalidad y establecen que:

- Todas las personas menores de edad tienen derecho a la protección contra la explotación sexual comercial, sean niños, niñas; cualquier sea su nacionalidad o cualquier otra consideración discriminatoria.

³⁶ Item.- Art. 50

- Los adultos directamente responsables de la explotación deberán ser castigados por la ley y recibir sentencias apropiadas en función de la gravedad del daño causado.
- Es responsabilidad del Estado parte garantizar la protección de las víctimas de explotación sexual.
- El consentimiento de las personas menores de 18 años en la participación en actividades sexuales remuneradas no suprime la ilegalidad de la explotación; los niños son considerados víctimas y el llamado consentimiento no significa una renuncia al derecho de protección.
- Los niños y niñas tienen derecho a vivir con sus familias. Sus parientes no son culpables de la explotación, a menos que un miembro de la familia haya abusado o explotado al niño, niña o adolescente, u ofrecido al mismo, o servido de intermediario para su explotación sexual.

La Organización Internacional de Trabajo (OIT), es miembro activo permanente del Comité Ejecutivo del Grupo de Trabajo sobre la explotación infantil en el sector Turismo de la Organización Mundial del Turismo, cuya función primordial es trabajar conjuntamente con otros organismos para evitar y controlar la explotación sexual infantil en el sector turismo.

Según el OIT, la explotación sexual comercial infantil (ESCI), es la explotación sexual por un adulto de un niño o adolescente menor de 18 años, acompañada del pago en efectivo o en especie al niño o adolescente, o a un tercer o terceros.

Esta actividad realizada por las personas adultas constituye una grave violación de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y, sin lugar a dudas, es una de las peores formas de trabajo infantil (explotación sexual); por lo que organismos internacionales trabajan de manera conjunta con varios

Estados con la firme convicción de que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la protección contra la violencia sexual, y que se debe denunciar, reprimir y sancionar toda forma de explotación sexual infantil.

Según el OIT, la explotación sexual comercial infantil (ESCI), comprende los siguientes aspectos:

- La utilización de niños u adolescentes en actividades de comercio sexual remuneradas, en efectivo o en especie;
- La trata de niños y adolescentes con fines de explotación sexual;
- El Turismo sexual infantil;
- La producción, promoción y distribución de pornografía que involucra niños y adolescentes, y
- El empleo de niños y adolescentes en espectáculos sexuales (públicos o privados).

Estas definiciones implican que existen diversas formas de que los niños, niñas y adolescentes sean víctimas de la Explotación Sexual Comercial Infantil, sea dentro del mismo Estado o fuera de él, que son víctimas de criminales que durante su visita a una país o mediante sistemas informáticos, aprovechan de la impunidad existente o del bajo cumplimiento de la ley relativa al abuso sexual infantil; menores que son utilizados en espectáculos de sexo en vivo o en pornografía difundida en internet.

Si bien es cierto en la práctica es muy difícil establecer el verdadero alcance del problema dada su naturaleza ilegal, según las estimaciones de la OIT, el trabajo infantil en el año 2000 se elevaba a 1,8 millones de niños explotados en el comercio del sexo o pornografía a nivel mundial, mientras que el informe de

UNICEF, Situación Mundial de la Infancia 2006, proporciona una estimación de 2 millones de niños víctimas de la Explotación Sexual Comercial Infantil a nivel mundial.

Por lo expuesto, es deber del Estado Ecuatoriano luchar contra todas las formas de trabajo infantil para erradicar la explotación sexual infantil. La Asamblea Nacional como función del Estado, debe legislar sobre la explotación sexual infantil con un enfoque integral dirigido tanto a la oferta como a la demanda, así como proporcionar a las víctimas la atención y servicios necesarios para que gocen de sus derechos, así como para encaminarlos hacia una vida de adulto productiva.

2.2.5. EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

En lo que respecta a nuestra legislación ecuatoriana sobre el derecho de protección contra la pornografía infantil, tenemos que en nuestro Código Penal, se tipifica y se sanciona como delito la pornografía infantil, que será debidamente analizado a fin de establecer si dicha normativa guarda conformidad con los compromisos adquiridos por el Estado ante la Comunidad Internacional sobre la protección integral del niño, niña y adolescentes frente a la explotación sexual infantil.

2.2.5.1. Evolución histórica del delito de pornografía infantil

A nivel mundial se podría decirse que la pornografía es casi tan vieja como el mundo. Desde tiempos prehistóricos se dibujaban o se hacían estatuillas con caracteres sexuales exagerados: con seños enormes, tal y como las Venus paleolíticas o con falsos prominentes; sin embargo, en aquella época, la

intención de estas representaciones no era excitar sexualmente a una persona, sino pedir a los dioses fertilidad y buenas cosechas.

La pornografía, tal como la vemos hoy en día, surgió con la aparición de la fotografía y poco a poco se fueron haciendo las primeras fotos en ternos de baño o con poca ropa, para luego aparecer los primeros desnudos y las primeras fotos de parejas en el momento del coito o fotografías muy sexuales o en actividades sexuales de pareja.

Según los tratadistas y estudiosos de la fotografía, señalan que fue en Gran Bretaña donde en el año de 1890, apareció la primera fotografía que muestra una mujer realizando sexo oral a un hombre, y a la vez sería la primera foto pornográfica en un país anglosajón.

Luego vino la invención del cinematógrafo que amplió aún más la producción de la pornografía, sobre todo después de la Segundo Guerra Mundial. En los Estados Unidos, la llamada revolución sexual de los años sesenta (hippies), permitió que temas de sexualidad se trataran más abiertamente. Una consecuencia indirecta de estos cambios sociales fue el aumento en la producción gráfica de material de contenido erótico.

Según datos recabados del internet, se tiene que en el año de 1959, el realizador Russ Meyer rueda su primera película "El Inmoral Sr. Teas", que marcaría el inicio de la carrera de explotación del desnudo femenino en el cine, sin alcanzar todavía la explicitud del actual Porno; a estas películas de corte erótico se las denominaba nudies; y, posteriormente en la década de los años 1970, aparecieron una serie de películas de contenido erótico entre estas sobresalen Deep Throat (Garganta profunda) Taboo e Inside con la actriz Jennifer Wells.

Hoy en la actualidad la población en general ha tenido un mayor acceso a la pornografía debido al crecimiento de Internet, que va acompañado de un sinnúmero de noticias en los diarios sobre escándalos relacionados con el descubrimiento de redes de pornografía infantil y pederastia en internet, se ha producido alarma en ciertos sectores de la población y preocupación respecto a la seguridad y riesgos de los menores de edad cuando navegan por internet; situación esta que no es ajena a nuestra realidad como país.

La tendencia de la sociedad es de adoptar mayores restricciones, siendo la pornografía infantil y la pedofilia temas que generan reacciones tan viscerales que mucha gente se muestra dispuesta a sacrificar sus propias libertades civiles en función de mayores controles que eviten la proliferación de material y permitan la detección y desmantelamiento de estas redes.

Las leyes varían bastante según el país donde uno se encuentre. Por lo general la tendencia de endurecer las restricciones en países como ESTADOS UNIDOS ha llevado a que **sea ilegal su posesión y distribución**, además de la producción o facilitación de ésta, e incluso según algunas interpretaciones, la mera visión de tales imágenes puede constituir un delito; situación esta que no acontece en nuestro país, que no tipifica como verbo rector de la pornografía infantil el uso o posesión de la misma.

A pesar de que comúnmente se cree que la pornografía infantil es producida por bandas del crimen organizado que secuestran a niños y niñas para su producción, estos casos suelen ser excepciones y poco frecuentes pero que alcanzan gran notoriedad y espectacularidad en las publicaciones de noticias y tienen un alto impacto en la población.

Hoy en día las imágenes explícitamente sexuales de menores de edad están prohibidas prácticamente en todo el mundo y su producción se restringe casi en

su totalidad a producciones independientes o caseras facilitadas en gran medida por la masificación de la fotografía y el vídeo digital.

En lo que respecta a nuestro Estado ecuatoriano suele creerse comúnmente, que las imágenes o audiovisuales pornográficas fabricadas en casa rara vez son objeto de transacciones comerciales, siendo usualmente material de intercambio entre personas que comparten un interés de carácter marcadamente erótico o sexual por los niños o niñas; razón por la cual no se tipifica ni se sanciona el uso o tenencia de la pornografía infantil en el Ecuador. Internet ha generado innumerables formas de permitir este intercambio, a través de grupos de noticias, foros o también con el uso de aplicaciones de juegos electrónicos e informáticos. Hoy en día no se puede hablar de que exista una producción comercial de pornografía infantil propiamente como tal. La inmensa mayoría de los supuestos sitios de pago en internet que ofrecen pornografía infantil son falsos. En muchos casos se trata de verdaderas estafas en que una vez que se ha pagado la cuota de acceso, el sitio no existe. También se ha sabido que organizaciones gubernamentales y policiales de distintos países, como el FBI, montan muchos de estos sitios falsos como una forma de atrapar incautos que utilicen sus tarjetas de crédito y de esta manera identificar sospechosos a quienes puedan apresar o investigar.

En la actualidad, la producción comercial se limita a moverse al borde de lo permitido por la ley: imágenes eróticas y de desnudo, que están en el límite legal de lo sexualmente explícito. Estas imágenes suelen ser publicadas por sitios de pago en Internet, siendo Rusia el lugar donde se producen la mayor cantidad de estas series comerciales. El carácter legal de estas imágenes y sitios, aunque amparados detrás de un valor artístico y no pornográfico, permanece como dudoso y ambiguo. En estos sitios los modelos, con edades que varían entre los 5 y los 17 años, suelen contar con autorizaciones de sus padres o apoderados legales para participar en tales sesiones fotográficas y son remuneradas por el trabajo que realizan.

Desde 2005 se viene produciendo de una manera nueva este tipo de pornografía, dentro de lo que se ha dado en denominar el SEXTING. En estos casos son los propios menores de edad, por lo general adolescentes quienes se fotografían o graban con sus teléfonos móviles, cámaras digitales o webcams, distribuyendo en muchas ocasiones la auto-pornografía así creada a sus parejas, a amigos o a desconocidos, llegando incluso a venderse en colegios e institutos entre los propios alumnos; situación esta que también debería tomar en cuenta la Asamblea Nacional a la hora de tipificar y sancionar de mejor manera la Pornografía Infantil; por lo expuesto, se torna indispensable dar una definición de lo que debe constituir un delito de pornografía infantil.

2.2.5.2. Definición jurídica del delito de pornografía infantil

Previo a dar una definición del delito de pornografía infantil, señalaré lo siguiente:

La situación legal de la pornografía depende de cada país y del tipo de material (escrito, imágenes, audiovisuales, etc.).

En algunos países todas las formas de la pornografía son ilegales, mientras que otros tienen leyes muy liberales sobre la pornografía de adultos. Los actores que participan en películas pornográficas deben ser mayores de edad y por ende consienten en su producción y comercialización.

En los Estados Unidos, las restricciones que se han autoimpuesto las compañías obligan a los actores a someterse a exámenes médicos regularmente a fin de detectar enfermedades de transmisión sexual, sobre todo sida. En este país existe una red de salas específicas para todas las películas donde aparezca vello púbico (es el límite marcado por su legislación para catalogar a una película como pornográfica).

La PORNOGRAFIA INFANTIL está prohibida en todos los países del mundo, y de manera general la definen de la siguiente manera:

La Pornografía Infantil, es toda representación de menores de edad de cualquier sexo en conductas sexualmente explícitas. Puede tratarse de representaciones visuales, descriptivas (por ejemplo en ficción) o incluso sonoras.

El acceso a contenidos pornográficos en general ha evolucionado los distintos medios; literatura, fotografía, video, cine, DVD, dibujos de animación y en los últimos años el Internet.

Dada la tipificación del delito de pornografía infantil, ha permitido que por los contenidos en el Internet de pornografía infantil, se pueda detectar y perseguir a productores y distribuidores de contenidos ilegales que durante décadas habían operado impunemente, pero también por la ineficacia de la norma jurídica ha facilitado enormemente el acceso a este tipo de pornografía. (No se sanciona el acceso a estas redes de carácter sexual infantil, ni la tenencia de las mismas en medios informáticos “CDs. DVDs, etc.” o computadoras de uso personal), mientras no se divulguen o se comercialice.

El término pornografía se refiere a todos aquellos materiales, imágenes o reproducciones que representan actos sexuales con el fin de provocar la excitación sexual del receptor. Desde la década del año 1970, las películas y fotografías con dicho contenido sexual explícito recibían la clasificación X, para diferenciarlas de las de erotismo más suave (S); hoy por lo general en el internet se identifican con tres XXX, e inmediatamente se pone a conocimiento de las páginas web existentes sobre escenas eróticas de carácter sexual para todo tipo de gustos, unas de carácter gratuito y otras con restricción previo el pago y la edad para acceder a los mismos.

Actualmente la pornografía se manifiesta a través de una multitud de disciplinas, como: Cine, escultura, fotografía, historieta, literatura, pintura, etc., y ha logrado un gran auge en medios como las revistas pornográficas, e inclusive las llamadas eróticas por teléfono o celular, y finalmente el Internet.

2.2.5.3. Elementos constitutivos del delito de pornografía infantil

Para establecer los elementos constitutivos del delito de pornografía infantil, me referiré al establecido en el Art. 528.7 del Código Penal Ecuatoriano, que tipifica y sanciona la pornografía infantil como uno de los delitos de explotación sexual, en los siguientes términos:

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 la 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 hiciere manifiesto que en ellas sea 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, a 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 consanguinidad y segundo de afinidad, los tutores, los representantes legales, los curadores o cualquier persona del contorno íntimo de la familia, los ministros de 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.”

Hemos de empezar señalando que en todo tipo penal, y en su aplicación en la parte especial, hay que determinar el núcleo del tipo con su verbo rector y el bien jurídico protegido; el elemento objetivo; esto es los mecanismos, medios, circunstancias y condiciones indispensables para materializar el tipo penal del que se trata; y el elemento subjetivo, esto es la conducta incriminable del sujeto activo y las condiciones que debe reunir para ser tal, frente al sujeto pasivo que de acuerdo al tipo penal debe reunir igualmente condiciones o requisitos.

Con estos antecedentes, en el presente caso de pornografía infantil me referiré al núcleo del tipo penal y a sus elementos constitutivos como delito.

2.2.5.4. Núcleo del tipo

Los verbos rectores del delito de pornografía infantil son, obviamente: Producir, publicar, comercializar; organizar, distribuir, facilitar, suministrar; por lo tanto, la acción que denotan estos verbos, dejan ver que se tratan de varios actos o conductas ilícitas que pueden ser previstas de manera individual o de manera conjunta; por ejemplo, el crear y difundir su contenido con fines comerciales por cualquier medio; organizando espectáculos en vivo sobre escenas

pornográficas en las que intervengan o actúen adolescentes mayores a catorce años; y facilitare el acceso a estos espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico en la que participan menores de edad.

De lo expuesto nos lleva a determinar el bien jurídico protegido lesionado por esa acción típica, que es la explotación sexual infantil, con resultado de vulnerar el derecho a la integridad personal del menor, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual del mismo.

2.2.5.5. Elemento objetivo

Este se constituye para el tipo de pornografía infantil, por el conjunto de maniobras, de acciones, eficaces para la explotación sexual comercial infantil. En el Ecuador un alto porcentaje de los casos de explotación sexual se produce por la pornografía infantil auto inducidos por terceras personas ajenas al núcleo familiar, con el fin de lucrar mediante la producción y publicación de material pornográfico en la que intervienen menores de edad; o, lucrar mediante la distribución de material pornográfico en la que se exhiban personas mayores de doce años y menores a 18, al momento de su creación; u, organizare shows en vivo con la intervención de personas mayor a 14 años menor a 18 años, a fin de obtener alguna ganancia; en estos casos el elemento objetivo se centra además, en el aspecto de la integridad personal del menor, y hay que distinguir que el consentimiento del menor es irrelevante para este tipo de delito.

Es muy importante aquí establecer una reflexión básica: Para que exista objetivamente pornografía infantil, la acción del infractor puede darse en tres alternativas:

- Cuando se atenta contra la integridad personal de los menores de doce años o discapacitado o persona que adolece enfermedad grave incurable; en cuyo caso es sancionado con penas de reclusión mayor extraordinaria; y,
- Cuando se atenta contra la integridad personal de los mayores de catorce años y menores de 18 años, en cuyo caso son sancionados con pena de reclusión menor ordinaria.
- Cuando el infractor de estos delitos sea el padre, la madre, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, los tutores, los representantes legales, los curadores o cualquier persona del contorno íntimo de la familia, los ministros de culto, los maestros y profesores y, cualquier otra persona que por su profesión u oficio hayan abusado de la víctima, serán sancionados con penas de reclusión mayor extraordinaria, y, si la víctima fuere menor de doce años, se debe aplicar el máximo de la pena. (25 años de reclusión mayor extraordinaria).

2.2.5.6. Elementos subjetivos

En cuanto a este aspecto hay que distinguir el sujeto activo del sujeto pasivo.

SUJETO ACTIVO

Puede convertirse en infractor cualquier ser humano, empezando por su propia madre o padre, pasando por su parientes, tutores, representantes legales, curadores o cualquier persona del contorno familiar, los ministros de culto, los maestros o profesores, y cualquier persona que por su profesión u oficio haya abusado de la víctima, en cuyo caso la ley penal agrava la pena;

generalmente lo es una tercera persona, que a su vez debe ser mayor de edad para que sea sujeto de sanción penal; en cualquiera de estos casos es irrelevante el consentimiento de la víctima menor de dieciocho años.

SUJETO PASIVO

Por lo antes señalado, queda claro que el sujeto pasivo, en forma sui generis, es el menor de edad, titular del derecho a la integridad personal, jurídicamente se protege su dignidad, la vida y la salud de los niños, niñas y adolescentes, además su sometimiento los reduce o los degrada a la condición de objeto.

2.3. Análisis jurídico del principio del interés superior del niño frente al uso y tenencia de pornografía infantil en medios tecnológicos

El Ecuador como Estado parte del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la Prostitución Infantil y la utilización de los niños en la Pornografía, debe garantizar que en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el Art. 2 y 3 del referido Protocolo; esto es:

- a) Venta de niños
- b) Prostitución Infantil
- c) Pornografía Infantil

En estos casos de explotación sexual infantil, debe atenderse en base al interés superior del niño, que no es otra cosa que los derechos de los menores de edad prevalecen ante cualquier otro; de ahí la necesidad de que la Asamblea Nacional legisle y adecue la norma penal que sanciona el delito de pornografía infantil a los mandatos constitucionales y demás instrumentos internacionales dada la globalización de la protección de derecho humanos.

Uno de los compromisos adquiridos por el Estado Ecuatoriano, según el citado Protocolo es adoptar medidas para que, como mínimo, los actos y actividades enunciados en el Art. 3 del referido Protocolo queden integralmente comprendido en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro o fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente; y entre estos, sobresale la pornografía infantil, que debe ser tipificada y sancionada teniendo en cuenta lo señalado en el literal c) del Art. 3 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la Prostitución Infantil y la utilización de los niños en la Pornografía, que textualmente señala:

d) *“La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el Art. 2.”*

Para los efectos de su aplicación, define por pornografía infantil, *“toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.”*³⁷

Por lo expuesto, se establece la necesidad de legislar sobre la tenencia de pornografía infantil a fin de garantizar el derecho a la identidad, dignidad, salud, a la vida, e integridad personal del menor de edad.

2.4. El uso y tenencia de pornografía infantil y sanción en la legislación comparada

En la mayoría de Legislaciones del mundo se ha incorporado el tipo penal de Uso de Personas para Material Pornográfico.

³⁷ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la Prostitución Infantil y la utilización de los niños en la Pornografía.- Art. 2, literal c).

Según el tratadista del derecho Dr. Arturo Donoso, señala con respecto al delito de pornografía infantil:

“Este tipo tiene como ELEMENTO SUBJETIVO, el victimizar a personas menores de edad para producir videos, grabaciones, fotografías, mensajes vía informática o internet, a través de los países, para fomentar comportamientos sexuales o el llamado turismo sexual.

Es necesario establecer como ELEMENTO OBJETIVO de este tipo, el que se trate de la exhibición de escenas o de partes del cuerpo humano que impliquen la mera genitalidad, pero respecto, repito, de menores de edad.”³⁸

Además indica que en este tipo penal, se incluye la facilitación o el suministro de material pornográfico para exhibirlo a personas menores de edad, y que constituye un tipo agravado con respecto a la relación de parentesco del sujeto activo con el sujeto pasivo, o ser ministro de culto, maestros, profesores, o por su profesión u oficio de superioridad respecto de la víctima; y, que también es figura agravada cuando se utilice la fuerza, violencia, sea moral o física o el engaño, aún siendo las víctimas mayores de edad para la exhibición total o parcial de su cuerpo para fines sexuales.

Con respecto a la legislación comparada, me referiré a la Ley Penal Colombiana que optó por modificar el delito de pornografía infantil acogiendo las sugerencias del Senado en base a los tratados internacionales, con el siguiente texto:

“Art. 218.- Pornografía con personas menores de 18 años. El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad incurrirá en

³⁸ DONOSO CASTELLON, Arturo.- Delitos contra las Personas.- Editora Jurídica Cevallos, 1ra. Edición. Quito 2007. Pág. 91- 92

prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de internet, con o sin fines de lucro.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.”³⁹

Del contenido jurídico se desprende que la legislación colombiana establece que la pornografía infantil, consiste en las descargas de archivos fotografías y de videos con contenido en que participen menores de edad, su almacenamiento e intercambio con o sin fines de lucro. Así mismo, es de destacar que **LA POSESIÓN Y ALMACENAMIENTO** de ese material pornográfico se elevó a la categoría de delito sólo con la expedición de la citada ley; motivo por el cual las conductas ejecutadas con anterioridad a la norma vigente resultan atípicas para la época que tuvieron lugar.

Además se refiere a la pornografía infantil que fuere alimentada en las bases de datos de internet, con o sin fines de lucro.

Hemos de reflexionar también sobre uno de los mayores aliados de la pornografía infantil: INTERNET. Se está desarrollando cada vez más y como consecuencia su descontrol, provoca que este tipo de cosas pueda llegar a manos de cualquier desalmado, creando entonces un verdadero negocio, ya que para acceder a estas páginas de fotos infantiles hay que pagar. Lo que puede verse en estos sitios es increíblemente cruel y lo peor es la sospecha de lo que puede haber detrás de esto: asesinatos, desaparición de niños, redes internacionales. Por ello, se crean auténticas mafias alrededor de la “red de redes”, con grandes y sustanciales beneficios. Creemos que es más que necesario que las autoridades interviesen, poniendo algún tipo de restricciones a estos documentos. Sin embargo, somos conscientes de la

³⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA.- Gaceta del Congreso No. 639 del 2008.

dificultad que esto supone, por que alrededor de todo el mundo, se puede estar creando una nueva página web cada segundo.

Lo más sorprendente de todo este caso, es que la justicia no actúa con relación a casos tan graves como estos. La opinión pública se dispara cuando oye noticias en los medios de comunicación sobre crímenes perpetrados por bandas armadas, violadores y ex-convictos. La sociedad es indignante, ¿no es acaso más denigrante las violaciones que se cometen a los derechos de los niños?. Por esta razón también hay que escandalizarse ante las redes pornográficas infantiles. También hay que pensar que la mayoría de niños sobre todo de oriente están siendo manipulados sexualmente y muchos gobiernos no tienen leyes acerca de este tema a los que atenerse.

Centrémonos en la justicia española: los juicios que se realizan no son iguales para todos los grupos españoles acusados de pornografía infantil. Todos conocemos el caso que ocurrió en un pub sevillano, en el que se vieron implicados una multitud de famosos y gente de la vida social española. El caso tuvo una gran repercusión, incluyendo a los medios de comunicación y llegó a afectar a la vida personal de algunos supuestos culpables, los cuales se declararon inocentes. Siempre queda la duda de que aquellos que fueron absueltos practicaron ante la justicia métodos ilegales y compraron a testigos y defensores. En resumidas cuentas fueron absueltos por falta de pruebas, pero cuando el río suena, agua lleva. No es de extrañar, que teniendo dinero se puedan pagar buenos abogados que les saquen del “apuro”.

HIPÓTESIS O IDEA A DEFENDER

- El uso y tenencia de la pornografía infantil en medios informáticos, vulnera derechos de los niños, niñas y adolescentes, en la ciudad de San Miguel de Bolívar, en el año 2012.

VARIABLES

Variable Independiente

- El uso y tenencia de la pornografía infantil en medios informáticos

Variable Dependiente

- Vulnera derechos de los niños, niñas y adolescentes

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

Modalidad de la Investigación

Es preciso indicar que para el desarrollo de mi trabajo de tesis utilice los siguientes métodos:

El Método científico hipotético-deductivo: Me permitió señalar el camino a seguir en la investigación jurídica propuesta; para verificar si se cumplen o no las conjeturas que subyacen en el contexto de la problemática enunciada en mi trabajo de tesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El Método Exegético-Analítico: Me permitió determinar el sentido y el alcance de las normas jurídicas referentes a la tipificación y sanción del uso y tenencia de pornografía infantil en medios informáticos, no previsto en nuestro Código Penal.

La investigación es documental, bibliográfica y de campo, por lo que, realice un diseño bibliográfico (temática) y de campo (empírica).

Diseño Bibliográfico: Me permitió utilizar datos obtenidos por otros investigadores o tratadistas conocedores de la temática a investigar; para lo cual, acudí a fuentes bibliográficas confiables y seguras.

Diseño de Campo: Me permitió recoger opiniones valederas y directas de expertos profesionales del derecho (juezas, jueces de garantías penales como garantes de los derechos y justicia; fiscales y, abogados en libre ejercicio.)

Tipos de diseño bibliográfico

Análisis de documentos: Utilice la técnica basada en fichas bibliográficas que tienen como propósito analizar material impreso (libros, revistas, documentos escritos, en general, todo medio impreso), para la elaboración del marco teórico.

Internet: Dadas las posibilidades que hoy ofrece el Internet como una técnica de obtener información válida y confiable.

Tipos de diseño de campo

Diseño de encuesta: Por ser exclusivo de las ciencias sociales, utilice la técnica de la encuesta que permitirá requerir y recoger información de forma escrita y directa de un grupo socialmente significativo de personas que conocen sobre la problemática planteada.

Instrumentos técnicos:

Para la encuesta: Utilizaré un cuestionario previamente elaborado.

Para el procesamiento de la información utilice los siguientes programas tecnológicos:

- Excell,
- Word, y
- Power Point.

Población

Para mi trabajo de investigación aplique un muestro sistemático tomando en cuenta la siguiente población:

COMPOSICIÓN	CANTIDAD
Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar	10
Profesionales del Derecho del Foro de Abogados de Bolívar	420
TOTAL	430

Muestra

Tomando en cuenta el universo detallado es muy extenso, se procederá a encuestar a la totalidad de los Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, por ser diez funcionarios. Para el estrato de Profesionales del Derecho se aplicará la siguiente fórmula para obtener la muestra respectiva:

$$n = \frac{N}{(E)^2 (N-1) + 1}$$

n -= Tamaño de la muestra

N = Tamaño de la población

E = Error máximo admisible al cuadrado 0.2

$$n = \frac{420}{(0.2)^2 (420-1) + 1}$$

$$n = \frac{420}{(0.04) (419) + 1}$$

$$n = \frac{420}{17.76}$$

$$n = 23.64$$

Una vez aplicada la fórmula en los estratos se obtuvo la siguiente muestra:

COMPOSICIÓN	CANTIDAD
Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar	10
Profesionales del Derecho del Foro de Abogados de Bolívar	24
TOTAL	34

INTERPRETACIÓN DE DATOS O RESULTADOS (Gráficos - cuadros)

Después de haber aplicado las encuestas, es indispensable presentar los resultados de la misma, para lo cual utilicé cuadros estadísticos debidamente representados gráficamente, de manera que se facilite su presentación.

A continuación de cada representación grafica se realizó la presentación teórica de datos, luego la interpretación de los resultados considerando las respuestas y dando el porqué a las preguntas, para finalmente mediante el análisis dar mi comentario de acuerdo a los resultados.

a) Encuesta aplicada a veinticuatro profesionales del derecho, que residen en la ciudad de San Miguel de Bolívar, provincia Bolívar.

PREGUNTA N° 1

1. ¿Conoce usted, sobre el delito de pornografía infantil?

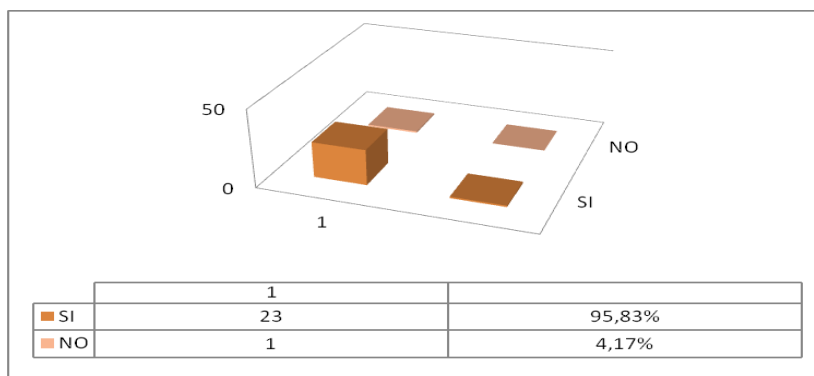
TABLA N° 1

Pregunta Alternativa	Frecuencia (fa)	Frecuencia (fr)
SI	23	95,83%
NO CONTESTA	1	4,17%
TOTAL	24	100,00%

Fuente: Encuesta realizada el 20-10-2012

Autor: Julio César Ángulo Saa

GRÁFICO N°1



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El 83% de los encuestados que corresponde a 23 abogados en libre ejercicio profesional, afirman que sí conocen sobre el delito de pornografía infantil; mientras que el 17% que corresponde a 1 abogado en libre ejercicio profesional no contesta.

PREGUNTA N° 2

¿Considera usted, que la pornografía infantil vulnera el derecho a la libertad sexual?

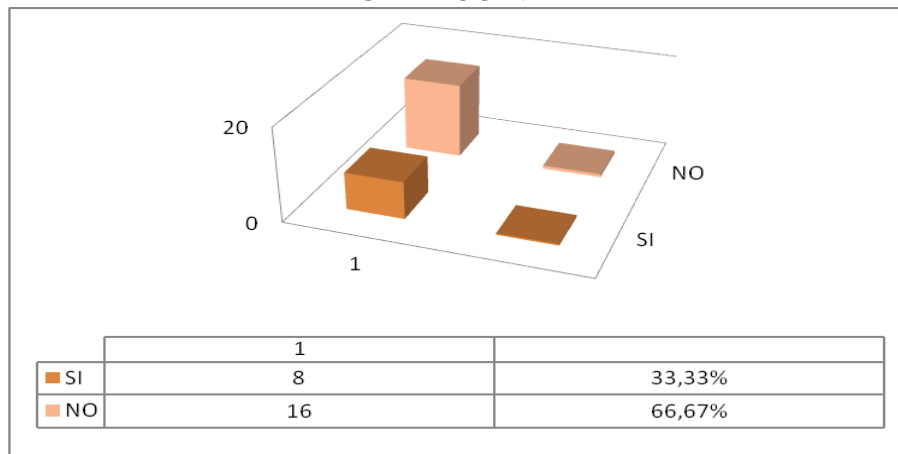
TABLA N° 2

Pregunta Alternativa	Frecuencia (fa)	Frecuencia (fr)
SI	8	33,33%
NO	16	66,67%
TOTAL	24	100,00%

Fuente: Encuesta realizada el 20-10-2012

Autor: Julio César Ángulo Saa

GRÁFICO N° 2



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El 67% de los encuestados que corresponde a 16 profesionales del derecho, no están de acuerdo que la pornografía infantil vulnera el derecho a la libertad sexual, ya que el consentimiento del menor es irrelevante en delitos sexuales y en la explotación sexual; mientras que el 33% que corresponde a 8 profesionales contestan que sí vulnera el derecho de libertad sexual.

PREGUNTA N° 3

¿Sabe usted, que bien jurídico protege la Ley Penal en el delito de pornografía infantil?

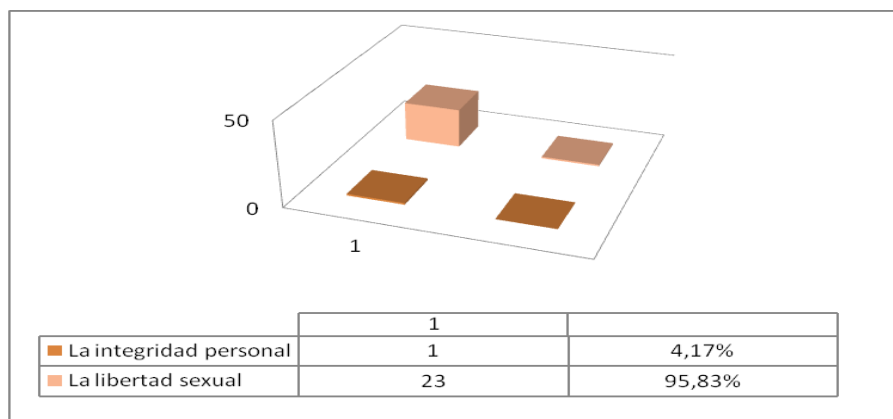
TABLA N° 3

Pregunta Alternativa	Frecuencia (fa)	Frecuencia (fr)
La libertad sexual	1	4,17%
La integridad personal	23	95,83%
TOTAL	24	100,00%

Fuente: Encuesta realizada el 20-10-2012

Autora: Julio César Ángulo Saa

GRÁFICO N°3



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El 86% de los encuestados que corresponde a 23 profesionales del derecho, consideran, que la libertad sexual es el bien jurídico protegido en la Ley Penal en el delito de pornografía infantil, mientras que el 4% que corresponde a 1 profesionales del derecho, contesta que es la integridad personal del menor que incluye, la integridad física, psicológica, moral y sexual del menor.

PREGUNTA N° 4

¿Está usted de acuerdo con los verbos rectores del tipo penal de pornografía infantil establecidos en el Art. 528.7 del Código Penal?

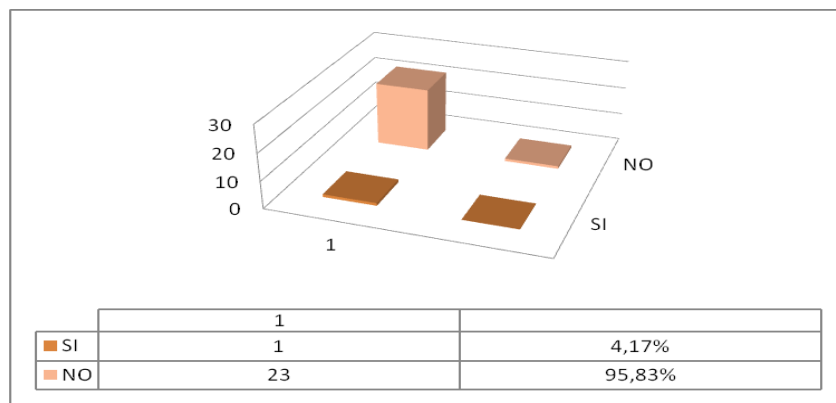
TABLA N° 4

Pregunta Alternativa	Frecuencia (fa)	Frecuencia (fr)
SI	1	4,1%
NO	23	95,83%
TOTAL	24	100,00%

Fuente: Encuesta realizada el 20-10-2012

Autora: Julio César Ángulo Saa

GRÁFICO N°4



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El 96% de los encuestados que corresponde a 23 Profesionales del derecho afirman que están de acuerdo con los verbos rectores del tipo penal de pornografía infantil establecidos en el Art. 528.7 del Código Penal; mientras que el 4% que corresponde a 1 profesional del derecho contestan que sí.

PREGUNTA N° 5

¿Considera usted, que la ley penal debe tipificar y sancionar la posesión, el portar, almacenar, o transmitir por cualquier medio pornografía infantil sea para uso personal o intercambio?

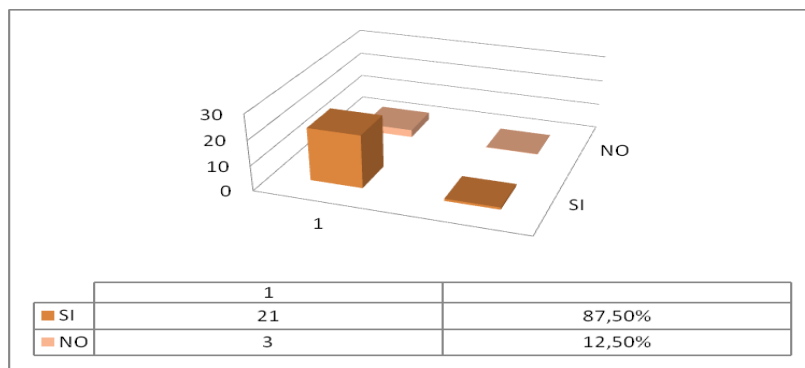
TABLA N° 5

Pregunta Alternativa	Frecuencia (fa)	Frecuencia (fr)
SI	21	87,50%
NO	3	12,50%
TOTAL	24	100,00%

Fuente: Encuesta realizada el 20-10-2012

Autora: Julio César Ángulo Saa

GRÁFICO N° 5



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El 88% de los encuestados que corresponde a 21 profesionales del derecho, afirman que la ley penal debe tipificar y sancionar la posesión, el portar, almacenar, o transmitir por cualquier medio pornografía infantil sea para uso personal o intercambio; mientras que el 10% que corresponde a 3 profesionales del derecho dicen que no.

PREGUNTA N° 6

¿Considera usted, que la ley penal debe tipificar y sancionar a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de internet con o sin fines de lucro?

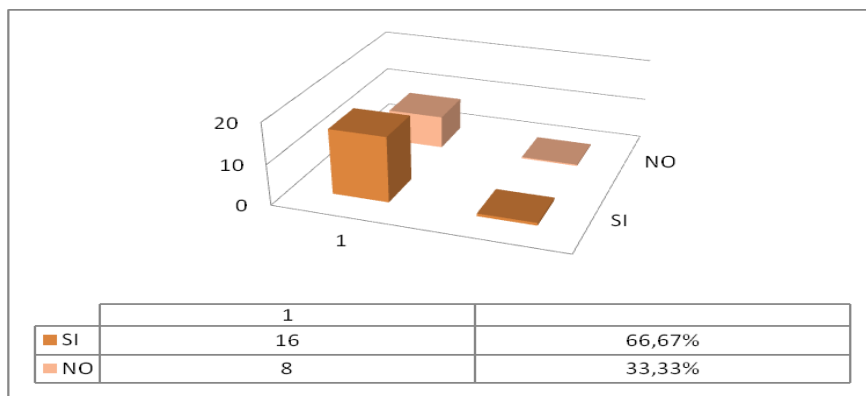
TABLA N° 6

Pregunta Alternativa	Frecuencia (fa)	Frecuencia (fr)
SI	16	66,33%
NO	8	33,33%
TOTAL	24	100,00%

Fuente: Encuesta realizada el 20-10-2012

Autora: Julio César Ángulo Saa

GRÁFICO N° 6



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El 67% de los encuestados que corresponde a 16 abogados en libre ejercicio afirman que la ley penal debe tipificar y sancionar a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de internet con o sin fines de lucro; mientras que el 33% que corresponde a 8 abogados contestan que no.

PREGUNTA N° 7

¿Cree usted, que se debe proponer un proyecto de Reformas al Código Penal, que tipifique y sancione de mejor manera el delito de pornografía infantil?

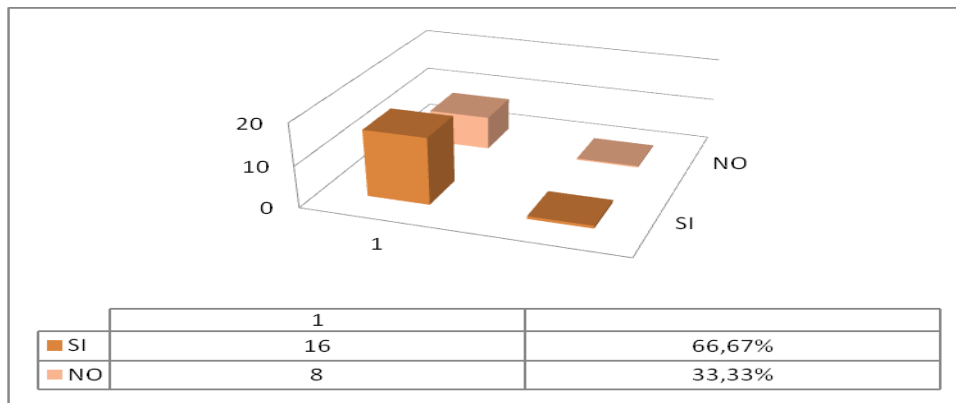
TABLA N° 7

Pregunta Alternativa	Frecuencia (fa)	Frecuencia (fr)
SI	16	66,67%
NO	8	33,33%
TOTAL	24	100,00%

Fuente: Encuesta realizada el 20-10-2012

Autora: Julio César Ángulo Saa

GRÁFICO N° 7



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El 67% de los encuestados que corresponde a 16 abogados afirman que se debe proponer un proyecto de Reformas al Código Penal, que tipifique y sancione de mejor manera el delito de pornografía infantil; mientras que el 33% que corresponde a 8 profesionales del derecho, contestan que no.

PREGUNTA N° 8

¿Considera usted, que existe un vacío en el Código Penal, al no sancionar a quien porte, posea o almacene pornografía infantil por cualquier medio para uso personal o intercambio?

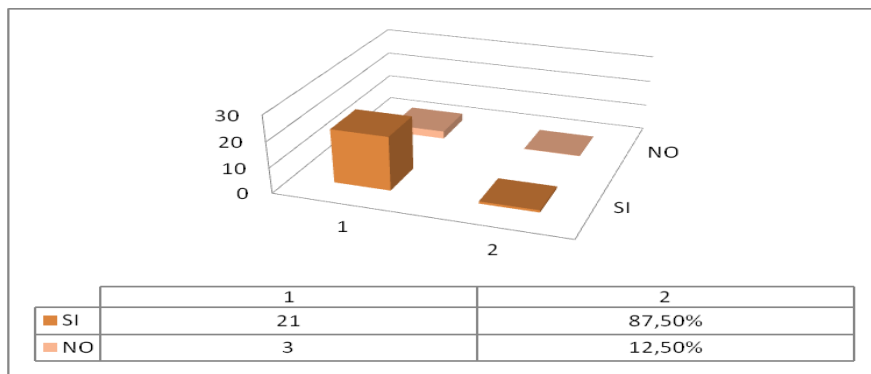
TABLA N° 8

Pregunta Alternativa	Frecuencia (fa)	Frecuencia (fr)
SI	21	87,50%
NO	3	12,50%
TOTAL	24	100,00%

Fuente: Encuesta realizada el 20-10-2012

Autora: Julio César Ángulo Saa

GRÁFICO N° 8



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El 87% de los encuestados que corresponde a 21 abogados litigantes afirman que existe un vacío en el Código Penal, al no sancionar a quien porte, posea o almacene pornografía infantil por cualquier medio para uso personal o; mientras que el 13% que corresponde a 3 abogados contestan que no.

b) Encuesta aplicada a diez Jueces de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar

PREGUNTA N° 1

¿Considera usted que el Código Penal debe sancionar a quien posea, porte, o almacene por cualquier medio pornografía infantil sea para uso personal o intercambio?

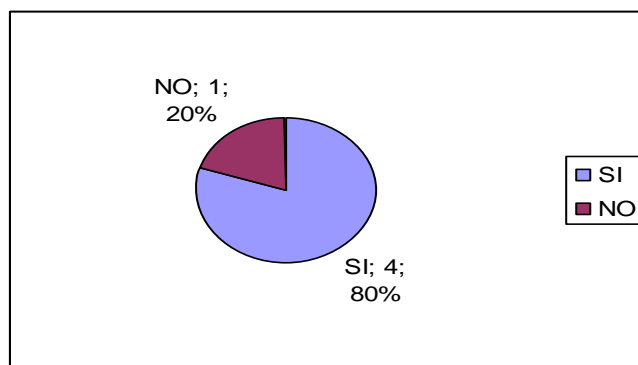
TABLA N° 1

Pregunta Alternativa	Frecuencia (fa)	Frecuencia (fr)
SI	8	80,00%
NO	2	20,00%
TOTAL	10	100,00%

Fuente: Encuesta realizada el 20-10-2012

Autora: Julio César Ángulo Saa

GRÁFICO N° 1



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El 80% de los encuestados que corresponde a 8 jueces afirman que, el Código Penal debe sancionar a quien posea, porte, o almacene por cualquier medio pornografía infantil sea para uso personal o intercambio; mientras que el 20% que corresponde a 2 jueces contestan que no.

PREGUNTA N° 2

¿Está usted de acuerdo, que el bien jurídico que protege la ley penal en el delito de pornografía infantil es la libertad sexual?

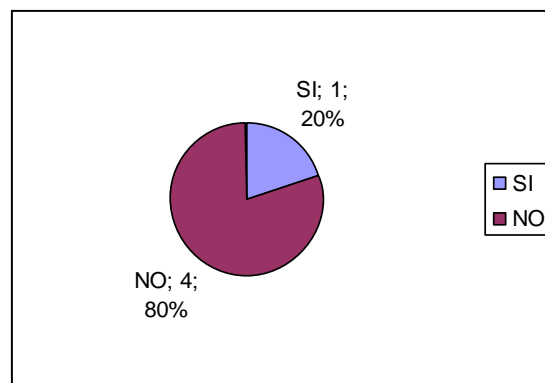
TABLA N° 2

Pregunta Alternativa	Frecuencia (fa)	Frecuencia (fr)
SI	2	20,00%
NO	8	80,00%
TOTAL	10	100,00%

Fuente: Encuesta realizada el 20-10-2012

Autora: Julio César Ángulo Saa

GRÁFICO N° 2



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El 80% de los encuestados que corresponde a ocho jueces, afirman que el bien jurídico que protege la ley penal en el delito de pornografía infantil no es la libertad sexual, sino la integridad personal del menor conjuntamente con el derecho a la salud, a la dignidad, a la honra; mientras que el 20% que corresponde a 2 jueces contesta que sí.

PREGUNTA N° 3

¿Está de acuerdo que el Código Penal tipifique y sancione a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de internet para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

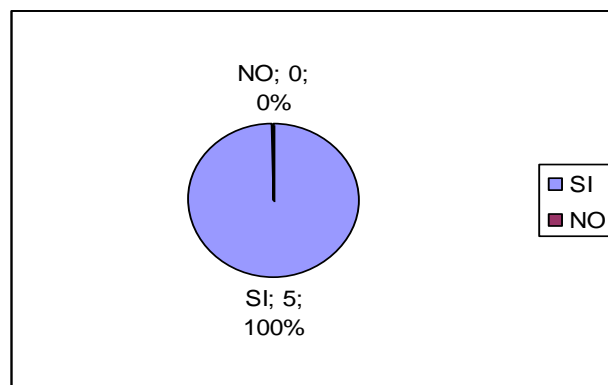
TABLA N° 3

Pregunta Alternativa	Frecuencia (fa)	Frecuencia (fr)
SI	10	100,00%
NO	0	0,00%
TOTAL	10	100,00%

Fuente: Encuesta realizada el 20-10-2012

Autora: Julio César Ángulo Saa

GRÁFICO N° 3



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El 100% de los encuestados que corresponde a diez jueces contestan afirmativamente que el Código Penal debe tipificar y sancionar a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de internet para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

PREGUNTA N° 4

¿Cree usted, que se debe proponer un proyecto de Reformas al Código Penal, que tipifique y sancione de mejor manera el delito de pornografía infantil?

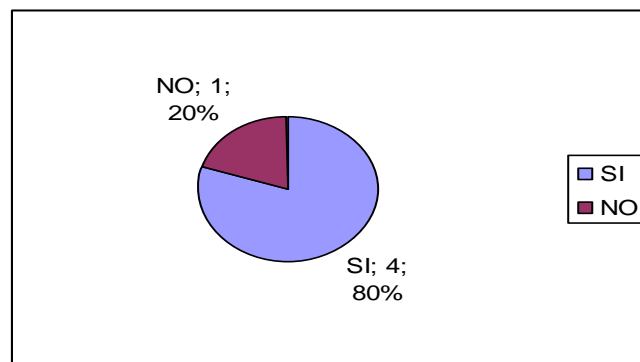
TABLA N° 4

Pregunta Alternativa	Frecuencia (fa)	Frecuencia (fr)
SI	8	80,00%
NO	2	20,00%
TOTAL	10	100,00%

Fuente: Encuesta realizada el 20-10-2012

Autora: Julio César Ángulo Saa

GRÁFICO N° 4



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El 80% de los encuestados que corresponde a ocho jueces de garantías penales contestan que se debe proponer un proyecto de Reformas al Código Penal, que tipifique y sancione de mejor manera el delito de pornografía infantil; mientras que el 20% que corresponde a dos jueces de garantías penales contestan que sí.

PREGUNTA N° 5

¿Considera usted, que existe un vacío en el Código Penal, al no sancionar a quien porte, posea o almacene pornografía infantil por cualquier medio para uso personal o intercambio con o sin fines de lucro?

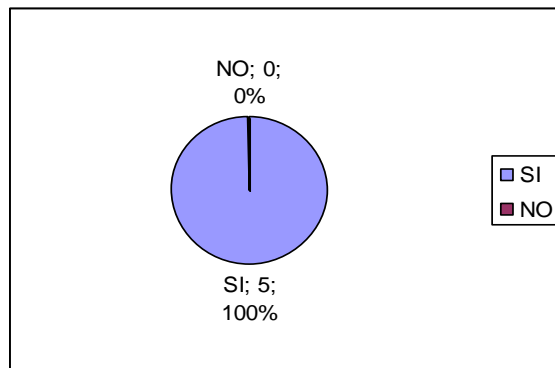
TABLA N° 5

Pregunta Alternativa	Frecuencia (fa)	Frecuencia (fr)
SI	10	100,00%
NO	0	0,00%
TOTAL	10	100,00%

Fuente: Encuesta realizada el 20-10-2012

Autora Julio César Ángulo Saa

GRÁFICO N° 5



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El 100% de los encuestados que corresponde a 10 jueces de garantías penales afirman que sí existe un vacío en el Código Penal, al no sancionar a quien porte, posea o almacene pornografía infantil por cualquier medio para uso personal o intercambio con o sin fines de lucro.

SUSTENTACIÓN DE LA HIPÓTESIS O IDEA A DEFENDER

Al desarrollar el presente ítem debo indicar que he culminado con satisfacción mi investigación doctrinaria, jurídica y empírica, por lo que puedo sostener que verifiqué positivamente mi hipótesis que me formulé al iniciar mi investigación de la cual estoy informando en este ejemplar:

“El uso y tenencia de la pornografía infantil en medios informáticos, vulnera derechos de los niños, niñas y adolescentes, en la ciudad de San Miguel de Bolívar, en el año 2012.”

Del análisis jurídico llegué a determinar que el Art. 528.7 no tipifica ni sanciona el portar o poseer por cualquier medio pornografía infantil para su uso personal o para compartir con o sin fines de lucro, o alimentar con pornografía infantil las páginas web de las redes informáticas o internet; lo que ocasiona que el infractor no sea sancionado, lo que vulnera el derecho de los niños, niñas y adolescentes que intervienen o participan en actividades sexuales.

Además, se ha llegado a determinar que el Ecuador como parte del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la Prostitución Infantil y la utilización de los niños en la Pornografía, debe establecer como delito lo constante en el literal c) del Art. 3 del referido Protocolo, que textualmente señala: *“La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, **venta o posesión**, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el Art. 2.”*

De lo cual se establece la necesidad que el Legislador adecue la normativa legal vigente a los compromisos adquiridos con la comunidad internacional.

CAPÍTULO IV

MARCO PROPOSITIVO

En el ítem que se presenta en este apartado, me corresponde presentar como corolario de mi investigación el proyecto de reforma al Art. 528.7 del Código Penal que tipifica y sanciona la Pornografía Infantil.

4.1. Título del Proyecto de Reforma Jurídica

“Reformas al Art. 528.7 del Código Penal que tipifica y sanciona la Pornografía Infantil.”

4.2. Objetivo

Este Proyecto de Ley Reformativa al Art. 528.7 del Código Penal que tipifica y sanciona la Pornografía Infantil, tiene por objeto garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la integridad personal, en casos de posesión y almacenamiento de pornografía infantil por cualquier medio, para uso personal o para intercambio, sea con o sin fines de lucro.

4.3. Justificación

La presente propuesta de reforma al Art. 528.7 del Código Penal que tipifica y sanciona la Pornografía Infantil, se justifica por cuanto no tipifica ni sanciona a quien posee, porte, o almacene, transmita, por cualquier medido, para uso personal o intercambio pornografía infantil, lo que vulnera los derechos de los niños, niñas y adolescentes, (derecho a la salud, a la vida, a la integridad

personal, que incluye la integridad física, psicológica, sexual, moral; la dignidad y la honra), que deben ser tutelados por el Estado de manera integral.

La presente propuesta de reforma cumple con este objeto y beneficiara a los menores de edad, en cuanto se garantiza los derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, e instrumentos internacionales de derechos humanos, así como la eficacia y supremacía constitucional.

4.4. Desarrollo

1.4.1. ANTEPROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

LA ASAMBLEA NACIONAL

Considerando:

Que, el artículo 11 en su numeral 3 dispone que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la Ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de normas jurídicas para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Que, el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone, que la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Que, para que los mandatos constitucionales tengan una efectiva aplicación y realización en materia de la niñez y adolescencia, es indispensable introducir modificaciones sustanciales al Capítulo innumerado de los Delitos de Explotación Sexual, agregado al Código Penal ecuatoriano, mediante Ley No. 2, publicada en Registro Oficial 45 de 23 de Junio del 2005, que tipifica y sanciona a quienes produjeren, publicaren o comercializaren 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 menores de dieciocho años.

Que, El Tratado de las Naciones Unidas y las recomendaciones de la UNICEF, señalan que es necesario se tipifique el tema de la posesión de la pornografía infantil.

Que, es necesario establecer un marco jurídico sobre la eficacia del derecho de identidad e identificación de los niños, niñas y adolescentes, previsto en el Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador y garantizar el principio del interés superior del niño previsto en el Art. 44 de la citada norma suprema.

En ejercicio de sus atribuciones, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

Art. 1. Refórmese EL Art. ... 528.7 del Código Penal, por el siguiente:

NORMATIVA VIGENTE

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 la 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 hiciere manifiesto que en ellas sea 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, a 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 consanguinidad y segundo de afinidad, los tutores, los representantes legales, los curadores o cualquier persona del contorno íntimo de la familia, los ministros de 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.”

NORMATIVA PROPUESTA

“Art. 528.7.- Pornografía con personas menores de 18 años. El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona mayor de 14 años y menor de 18 años de edad, será reprimido con la 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.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de internet, con o sin fines de lucro.

Cuando el infractor de estos delitos sea el padre, la madre, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, los tutores, los representantes legales, los curadores o cualquier persona del contorno íntimo de la familia, los ministros de 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

Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de sesiones del Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador a los días del mes de del año 2013.

f)... Presidente.

f).. El Secretario General.

4.5. VALIDACIÓN DE LA PROPUESTA

4.5.1. Lineamientos para evaluar la propuesta:

- a. La evaluación de la propuesta está sujeta a las disposiciones contenidas en la Constitución de la República del Ecuador, Convenios y Tratados Internacionales y demás legislación vigente.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

*“Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; **se atenderá al principio de su interés superior** y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”*

“Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

*Las niñas, niños y adolescentes **tienen derecho a la integridad física y psíquica**; a su identidad, nombre y ciudadanía; **a la salud integral** y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; **al respeto de su libertad y dignidad**; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.”*

Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de **protección integral de sus derechos**.
2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación **ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal**. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre **que no atenten a su formación y a su desarrollo integral**.
3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.
4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, **explotación sexual o de cualquier otra índole**, o contra la negligencia que provoque tales situaciones. (La negrilla es del autor)
5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.
6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.
7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. **Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los**

demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.

8. *Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.*

9. *Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.”*

De los contenidos constitucionales, se establece que las niñas, niños y adolescentes, deben ser protegidos de manera tripartita por El Estado, la sociedad y la familia; y son los encargados de velar por que no se vulnere sus derechos, y para el ejercicio de sus derechos.

La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 66, numeral 3, reconoce el derecho a la integridad personal, que incluye:

- a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.
- b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.
- c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.
- d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos.

Art. 11 en su numeral 3 dispone:

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la Ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de normas jurídicas para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

El Código de la Niñez y Adolescencia, prohíbe:

*“1. La participación de niños, niñas y adolescentes en programas, mensajes publicitarios, en **producciones de contenido pornográfico** y en espectáculos cuyos contenidos sean inadecuados para su edad;*

2. La utilización de niños y niñas o adolescentes en programas o espectáculos de proselitismo político o religioso;

3. La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquiera otra expresión periodística con imagen o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de maltrato o abuso;

*4. La **publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas** que permitan la identificación o individualización de un niño, niña o adolescente que ha sido **víctima de maltrato, abuso sexual o infracción penal**, y cualquier otra referencia al entorno en el que se desarrollan; y,*

5. La publicación del nombre, así como de la imagen de los menores acusados o sentenciados por delitos o faltas.”⁴⁰

⁴⁰ Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.- Art. 52

Dentro del Derecho de protección contra la pornografía infantil, tenemos un marco jurídico internacional para luchar contra la explotación sexual comercial infantil, a saber:

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño
- Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución y la utilización de niños en la pornografía.
- Convenio de la OIT (núm. 182) sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 y la Recomendación núm. 190.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Según el OIT, la explotación sexual comercial infantil (ESCI), comprende los siguientes aspectos:

- La utilización de niños u adolescentes en actividades de comercio sexual remuneradas, en efectivo o en especie;
- La trata de niños y adolescentes con fines de explotación sexual;
- El Turismo sexual infantil;
- La producción, promoción y distribución de pornografía que involucra niños y adolescentes, y
- El empleo de niños y adolescentes en espectáculos sexuales (públicos o privados).

CODIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

El Código de la Niñez y Adolescencia establece las obligaciones del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, y señala que es deber de los mismos, *“adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños; niñas y adolescentes. El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna.”*⁴¹

El Código de la Niñez y la Adolescencia, prohíbe:

- 1. La circulación de publicaciones, videos y grabaciones dirigidos y destinados a la niñez y adolescencia, que contengan imágenes, textos o mensajes inadecuados para su desarrollo; y cualquier forma de acceso de niños, niñas y adolescentes a estos medios;*
- 2. La difusión de información inadecuada para niños, niñas y adolescentes en horarios de franja familiar, ni en publicaciones dirigidas a la familia y a los niños, niñas y adolescentes; y,*
- 3. La circulación de cualquier producto destinado a niños, niñas y adolescentes, con envoltorios que contengan imágenes, textos o mensajes inadecuados para su desarrollo.”*⁴²

- b. Sobre la base de la acogida favorable que tuvo por parte de mi docente – tutor para el desarrollo del mismo, así como por parte de los docentes lectores y calificadores de mi trabajo de tesis.**

⁴¹ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.- Art. 8

⁴² Código de la Niñez y la Adolescencia.- Art. 46.

c. Sobre el objeto de mi trabajo de tesis que persigue los siguientes logros:

- Dotar de preceptos jurídicos que garanticen la intangibilidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- Adoptar disposiciones legales que garanticen el derecho de salud, de dignidad, de integridad personal y honra de los niños, niñas y adolescentes.
- Evitar que delitos de pornografía infantil queden en la impunidad por falta de regulación de los verbos rectores, posesión, tenencia, exhibición, alimentar por cualquier medio para uso personal o de intercambio, con o sin fines de lucro.
- Evitar vulneraciones de derechos constitucionales como son la Tutela efectiva, y la seguridad jurídica en materia de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

CONCLUSIONES

Del trabajo investigativo, se concluye, que:

- La pornografía infantil, ha traído como consecuencia una gran preocupación por parte de los organismos internacionales y nacionales por garantizar el respeto de los derechos humanos de la infancia, que son violados constantemente por situaciones como el trabajo forzado, el abuso y la explotación sexual en sus diferentes modalidades (utilización de los niños y niñas en prostitución, trata con fines sexuales, turismo sexual, pornografía).
- La pornografía infantil es un problema de explotación sexual comercial infantil, entendida esta como *“toda situación en la cual una persona menor de 18 años es forzada o inducida a ejecutar actos que involucran partes de su cuerpo para satisfacer los deseos sexuales de una tercera persona o de un grupo de personas”* y en la cual *“no es necesario, en ninguna forma, que este intercambio reporte algún tipo de ‘remuneración’ para el niño o niña o adolescente”*
- El delito de pornografía infantil se encuentra tipificado y sancionado en el Art. 528.7 del Código Penal, reformado que se refiere a quien produjere, publicare o comercializare imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos; escenas pornográficas en que participen mayores de catorce y menores de dieciocho años. Disposición legal que no tipifica ni sanciona el uso y tenencia de pornografía infantil, ni la reproducción de los mismos, lo que en la práctica del derecho ocasiona que el juzgador dicte fallos contradictorios en cuanto se refiere a los verbos rectores del tipo de delito, y al no estar contemplados en la ley penal

- Es necesario que la ley establezca de manera clara, previa y pública que es la pornografía infantil, regulándolo de mejor manera y estableciendo verbos rectores como el uso y tenencia de material pornográfico, adecuándolo a lo establecido en normas internacionales, para erradicar la pornografía infantil y velar por los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes. Hay que recordar que la explotación sexual provoca graves daños psicológicos y sociales a los niños, niñas y adolescentes afectados, lo que lleva a que el Estado establezca nuevas Políticas para extender su atención en programas especiales de recuperación; y, por otro lado, sancionar con manos duras este tipos de delitos, especialmente la pornografía infantil que junto con la venta de armas y el narcotráfico, es uno de los negocios más grandes del mundo, y opera en la lógica de la oferta y la demanda y procura llamar la atención sobre el uso de los niños, niñas y adolescentes para el placer, por lo tanto, la ley debe sancionar estos hechos que vulneran derechos de los niños entendidos aquellos que no cumplen los dieciocho años de edad.

RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta las conclusiones, se hace las siguientes recomendaciones:

- Al Estado Ecuatoriano que establezca Políticas Públicas tendientes a erradicar la pornografía infantil, asumiendo los compromisos de la comunidad internacional, como son los establecidos en el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación; la Declaración de Estocolmo, adoptada en el Congreso mundial contra la explotación sexual comercial infantil (1996), y, El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la Prostitución Infantil y la utilización de los niños en la Pornografía, publicado en el Registro .Oficial Nro. 382, del 21 de Julio del 2004.
- A los señores Jueces de las Unidades Penales y Jueces de Garantías Penales, que en sus fallos tutelen los derechos de los menores de edad; los delitos de pornografía infantil son un problema de explotación sexual comercial infantil, entendida esta como: toda situación en la cual una persona menor de 18 años es forzada o inducida a ejecutar actos sexuales, en la cual no es necesario, en ninguna forma, que este intercambio reporte algún tipo de 'remuneración' para el niño o niña o adolescente.
- A la Asamblea Nacional legisle de mejor manera el delito de pornografía infantil, tipificado y sancionado en el Art. 528.7 del Código Penal, reformado, incorporando verbos rectores de posesión y almacenamiento de pornografía infantil, por cualquier medio, a fin de que el juzgador no dicte fallos contradictorios.

BIBLIOGRAFÍA

- ANBAR.- Diccionario y Guía de la Normativa de los Códigos Civil y Procedimiento Civil. Fondo de Cultura Ecuatoriana. Volumen III. Ecuador 2006.
- CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta.
- Convención sobre los Derechos del Niño (2013), Art. 8, numerales 1 y 2.- Publicada en el Registro Oficial No. 31 del 22 de septiembre del 1990. Normativa vigente en el Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador (2013)
- Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia (2013)
- Código Orgánico de la Función Judicial (2013)
- Código Penal ecuatoriano (2013)
- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas. Tomo IV
- DEVIS ECHANDIA, H. Teoría general de la prueba judicial. Tomo I. Cuarta Edición. Editorial DIKE. Medellín 1993.
- DONOSO CASTELLON, Arturo.- Delitos contra las Personas.- Editora Jurídica Cevallos, 1ra. Edición. Quito 2007

- PARRA QUIJANO, Jairo.- Manuel de Derecho Probatorio, Editorial Librería del Profesional, Bogotá 2001
- PUIG PEÑA, Federico.- Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo II, Barcelona, 1950.
- TORRES CHAVES, Efraín.- Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia. 1ra Edición.- Quito-Ecuador. 2003

LINKOGRAFÍA

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la Prostitución Infantil y la utilización de los niños en la Pornografía.
- Gaceta del Congreso No. 639 del 2008.- REPÚBLICA DE COLOMBIA.-

ANEXOS



ANEXO 1

- a) ENCUESTA APLICADA A LOS PROFESIONALES DEL DERECHO, RESIDENTES DEL CANTON SAN MIGUEL DE BOLIVAR, PROVINCIA BOLIVAR.

ÁREA: PENAL

OBJETIVO: Recabar información sobre el delito de Pornografía Infantil.

DATOS INFORMATIVOS:

PROFESIÓN:..... LUGAR DE TRABAJO:.....

CARGO QUE DESEMPEÑA:.....

INSTRUCCIONES: Sírvase contestar las siguientes preguntas, emita su criterio y marque con una (X), la respuesta que considere correcta, recuerde que es anónimo, por lo que tiene libertad para dar su opinión.

CUESTIONARIO

1. ¿Conoce usted, sobre el delito de pornografía infantil?

SI ()

NO ()

2. ¿Considera usted, que la pornografía infantil vulnera el derecho a la libertad sexual?

SI ()

NO ()

3. ¿Sabe usted, que bien jurídico protege la Ley Penal en el delito de pornografía infantil?

SI ()

NO ()

4. ¿Está usted de acuerdo con los verbos rectores del tipo penal de pornografía infantil establecidos en el Art. 528.7 del Código Penal?

SI ()

NO ()

5. ¿Considera usted, que la ley penal debe tipificar y sancionar la posesión, el portar, almacenar, o transmitir por cualquier medio pornografía infantil sea para uso personal o intercambio?

SI ()

NO ()

6. ¿Considera usted, que la ley penal debe tipificar y sancionar a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de internet con o sin fines de lucro?

SI ()

NO ()

7. ¿Cree usted, que se debe proponer un proyecto de Reformas al Código Penal, que tipifique y sancione de mejor manera el delito de pornografía infantil?

SI ()

NO ()

8. ¿Considera usted, que existe un vacío en el Código Penal, al no sancionar a quien porte, posea o almacene pornografía infantil por cualquier medio para uso personal o intercambio?

SI ()

NO ()

AGRADEZCO SU COLABORACIÓN

ANEXO No. 2

b) ENCUESTA APLICADA A JUECES DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE BOLIVAR.

ÁREA: Penal

OBJETIVO: Recabar información sobre el delito de Pornografía Infantil.

DATOS INFORMATIVOS:

PROFESIÓN:..... LUGAR DE TRABAJO:.....
CARGO QUE DESEMPEÑA:.....

INSTRUCCIONES: Sírvase contestar las siguientes preguntas, emita su criterio y marque con una (X), la respuesta que considere correcta, recuerde que es anónimo, por lo que tiene libertad para dar su opinión.

CUESTIONARIO

1. ¿Considera usted que el Código Penal debe sancionar a quien posea, porte, o almacene por cualquier medio pornografía infantil sea para uso personal o intercambio?

SI ()

NO ()

2. ¿Está usted de acuerdo, que el bien jurídico que protege la ley penal en el delito de pornografía infantil es la libertad sexual?

SI ()

NO ()

3. ¿Está de acuerdo que el Código Penal tipifique y sancione a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de internet para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

SI ()

NO ()

4. ¿Cree usted, que se debe proponer un proyecto de Reformas al Código Penal, que tipifique y sancione de mejor manera el delito de pornografía infantil?

SI ()

NO ()

5. ¿Considera usted, que existe un vacío en el Código Penal, al no sancionar a quien porte, posea o almacene pornografía infantil por cualquier medio para uso personal o intercambio con o sin fines de lucro?

SI ()

NO ()

AGRADEZCO SU COLABORACIÓN

ANEXO 1

- CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

Variable Independiente	Definición	Categorías	Indicadores	Escala/Ítems
El uso y tenencia de la pornografía infantil en medios informáticos	Uso Tenencia Pornografía infantil Medios informáticos	Código Penal Código de la Niñez y la Adolescencia Doctrina	Analizar el marco jurídico y doctrinario sobre la tipificación y sanción de la pornografía infantil, y sobre la protección de los derechos de los niños.	Lectura Fichaje Plan de contenidos Encuesta
Variable Dependiente	Definición	Categorías	Indicadores	Escala/Ítems
Vulnera derechos de los niños, niñas y adolescentes	Vulnerar Derechos Niño Niña Adolescente	Constitución de la República del Ecuador Tratados y convenios internacionales de derechos humanos Código de la Niñez y la Adolescencia	El uso y tenencia de la pornografía infantil en medios informáticos, vulnera derechos de los niños, niñas y adolescentes, en la ciudad de San Miguel de Bolívar, en el año 2012.	Encuesta Análisis de resultados



