

EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL

Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales.

Documento de trabajo con recomendaciones para Centroamérica, Panamá y República Dominicana.



EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL

Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales.

Documento de trabajo con recomendaciones para Centroamérica, Panamá y República Dominicana.



OIT/IPEC

EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL. Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales. Documento de trabajo con recomendaciones para Centroamérica, Panamá y República Dominicana.

Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC)
Coordinación Subregional para Centroamérica, Panamá y República Dominicana
OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Proyecto: "Contribución a la prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana"

Autores: Fernando Cruz e Ivannia Monge, expertos legales y consultores de OIT/IPEC

Responsable general: Guillermo Dema, Coordinador Subregional OIT/IPEC
Coordinación y supervisión por OIT/IPEC: Bente Sorensen, CTA, Coordinadora Proyecto Subregional ESC, OIT/IPEC
Revisión: Victoria Cruz, Asistente Técnica Proyecto Subregional ESC
Diseño: Valeria Varas, Consultora
Impresión: MatherLito

OIT/IPEC, Abril de 2004
Con el apoyo financiero del Departamento de Trabajo de Estados Unidos

Copyright © Organización Internacional del Trabajo, 2004
Primera edición, 2004

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual, en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción deben formularse las correspondientes solicitudes a la Oficina de Publicaciones (Derechos de autor y licencias). Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, solicitudes que serán bien acogidas.

OIT/IPEC

Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la ESC de personas menores de edad, según las normas internacionales. Documento de trabajo con recomendaciones para Centroamérica, Panamá y República Dominicana.

San José, Costa Rica. Oficina Internacional del Trabajo, 2004

Explotación sexual, Legislación, Sanción penal, Delito, Tráfico de personas, América Central, Panamá, República Dominicana.

14.02.1

ISBN PDF 92-2-315814-1

Datos de catalogación de la OIT

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT, no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras. La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione. Las referencias a firmas, procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, y el hecho de que no se mencionen firmas, procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Las publicaciones de la OIT pueden obtenerse en las principales librerías o en oficinas locales de la OIT en muchos países, o pidiéndolas a: Oficina Subregional de la OIT, Ofi plaza del Este, Edificio B, 3er. Piso. San José, Costa Rica.
Apartado 10.170-1000 San José, Costa Rica.

Vea nuestro sitio en la red: www.oit.or.cr y <http://www.ipec.oit.or.cr/region/areas/esc>

Impreso en Costa Rica

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO - (OIT)

PROGRAMA INTERNACIONAL PARA LA ERRADICACION DEL TRABAJO INFANTIL - (IPEC)

Proyecto Subregional "Contribución a la prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en Centroamérica, Panamá y República Dominicana"

EXPLORACIÓN SEXUAL COMERCIAL

Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales.

Documento de trabajo con recomendaciones para Centroamérica,
Panamá y República Dominicana.

FERNANDO CRUZ
IVANNIA MONGE

ÍNDICE

Presentación _____	8
Introducción _____	9
A) Consideraciones generales _____	10
1) Conceptualización _____	10
2) El enfoque penal _____	11
3) El principio de no discriminación _____	16
B) Conductas que deben ser sancionadas como delitos de ESC según la legislación internacional _____	18
1) Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad _____	18
2) Pornografía con utilización de imágenes de personas menores de edad _____	24
3) Tráfico internacional de personas menores de edad para ESC _____	31
4) Trata de personas menores de edad con fines de ESC _____	32
5) Venta de niños, niñas y adolescentes (personas menores de edad) _____	35
6) Turismo sexual _____	35
7) Esclavitud sexual _____	36
8) Proxenetismo _____	38
9) Rufianería _____	40
C) Delitos de violencia sexual relacionados con la ESC _____	42
1) Violación sexual _____	42
2) Abuso sexual contra personas menores de edad _____	43
3) Delito de estupro y sodomía _____	44
4) Delito de raptó _____	45
5) Delito de corrupción _____	45
D) Normas penales de fondo y procesales relacionadas con la aplicación de los delitos de ESC _____	46
1) Modificaciones de las normas sustantivas _____	46
a) Reglas sobre prescripción. La debilidad de la tutela judicial efectiva _____	46
b) Delitos internacionales. Neutralización del principio de doble incriminación _____	50
c) Supuestos del perdón judicial. Efectos del matrimonio entre el sentenciado y la víctima _____	51

EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL

Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales.
Documento de trabajo con recomendaciones para Centroamérica, Panamá y República Dominicana.

d) La reparación del daño (responsabilidad civil) _____	53
e) El comiso _____	55
2) Lineamientos en el área procesal _____	56
a) Delitos de acción pública _____	56
b) Prohibición de conciliación _____	56
c) Anticipo jurisdiccional de la prueba _____	58
d) Declaración protegida de la víctima _____	58
e) Normas sobre la intervención de las comunicaciones en ESC _____	60
f) Pautas de investigación policial en los delitos de ESC de personas menores de edad. Utilización del agente encubierto _____	63
g) Política criminal y sanciones. Pena privativa de la libertad _____	65
BIBLIOGRAFÍA _____	68

“Todo miembro deberá adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio, incluidos el establecimiento y la aplicación de sanciones penales o, según proceda, de otra índole”

Artículo 7, inciso 1 del Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil

PRESENTACION

La explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes hasta los 18 años de edad es una de las violaciones más severas de sus derechos humanos. A la vez que un acto delictivo, es una forma de explotación económica asimilable a los trabajos forzados y la esclavitud. Según el Convenio 182 de la OIT, así como otros instrumentos de derecho internacional, es una actividad que debe ser íntegramente comprendida en la legislación penal de los Estados.

Sin embargo, la realidad en los países de la región, de acuerdo con los estudios realizados por OIT/IPEC durante los años 2001-2002, es que en muy pocos países están tipificados los delitos relacionados con la explotación sexual comercial. Son pocos los casos denunciados y menos aún los casos que son investigados de manera exhaustiva y sancionados penalmente, situaciones que se presentan en gran medida por deficiencias y/o vacíos en las legislaciones penales.

Con el propósito de apoyar a los países de la región en la definición de las conductas penales que mínimamente deben contemplar en sus códigos penales, el Proyecto Subregional de OIT/IPEC "Contribución a la prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana" presenta este documento de trabajo, en el que se analiza, mediante una propuesta jurídico-penal, la problemática de la explotación sexual comercial de personas menores de edad desde la lectura de los instrumentos de derecho internacional.

El objetivo final es que las personas responsables de la adecuación de la legislación nacional a los convenios de derecho internacional y de la aprobación de las leyes penales en los países de la región, tengan en sus manos una herramienta que facilite su trabajo y que con ello se posibilite el procesamiento y sanción de las personas que victimizan y explotan a niños, niñas y adolescentes en cualquiera de las modalidades del comercio sexual.

INTRODUCCION

El presente documento tiene como objetivo analizar y plasmar, mediante una propuesta jurídico-penal, los contenidos mínimos que deben contener las legislaciones penales en la región centroamericana, Panamá y República Dominicana en materia de explotación sexual comercial de personas menores de edad (ESC) según la normativa internacional y de acuerdo con los enfoques de derecho y de género.

Esta propuesta está dirigida a legisladores(as), asesores(as) de legisladores(as) y otras personas interesadas en el tema como insumo para la discusión y trabajo para la reunión técnica para la definición de contenidos básicos sobre la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en las legislaciones penales y de definición de un programa de trabajo estratégico para apoyar la aprobación de dichas reformas en cada uno de los países de Centroamérica, Panamá y República Dominicana realizado en el mes de octubre de 2003 en San José, Costa Rica, y destinado a impulsar y fortalecer los procesos legislativos que se promueven al interno de cada uno de los países participantes.

La propuesta parte del análisis de la normativa internacional relacionada con la ESC, donde se indican las normas que conceptualizan el problema y las normas que obligan a los Estados a legislar para sancionar en sus países a quienes someten y explotan sexualmente a las personas menores de edad.

Se incluyen disposiciones tanto de Derecho Penal General como de Derecho Penal Especial, así como recomendaciones en materia de Derecho Procesal Penal, para garantizar la efectiva tutela de los derechos fundamentales de la población afectada por esta grave violación de derechos humanos. En algunos supuestos, se incluyen elementos para la formulación de un tipo penal que recoja técnicamente los requerimientos de la normativa internacional sobre ESC.

Como documento de trabajo, este documento pretende ser un instrumento que permita el análisis, las críticas y la construcción de nuevos conceptos por parte de las personas participantes en el seminario, para que finalmente cumpla con el objetivo de enriquecer los procesos legislativos de reforma penal en la región, y colabore en la incorporación de la Doctrina de la Protección Integral tanto en la norma positiva como en la política criminal y en la cultura jurídica de nuestros países.

Dr. Fernando Cruz
fcruz@poder-judicial.go.cr

Licda. Ivannia Monge
imonge@inamu.go.cr

A) CONSIDERACIONES GENERALES

1) CONCEPTUALIZACIÓN

Persona menor de edad de edad:

Antes de la entrada en vigencia de la Doctrina de Protección Integral, se utilizaba la expresión "menor" o "menores" la cual remitía a la conceptualización de la Doctrina de la Situación Irregular que distinguía entre "niños y niñas" y "menores". Estos últimos eran objetos del control y la disciplina para su corrección. Esta clasificación era evidentemente discriminatoria, y negadora de derechos humanos para una parte de la población infantil. Por ello, reviste de mucha importancia, y no solo es un asunto de lenguaje, la categoría "persona menor de edad" que retoma la condición de persona, de ser humano, de sujeto de derechos de quienes se distinguen legalmente por la edad.

Violencia sexual

No solo involucra las conductas físicamente violentas, sino toda aquella que implique una violación a los derechos humanos (de la integridad sexual y de la dignidad).

Violencia en sentido amplio abarca además de la fuerza corporal o la intimidación, aquellas conductas que impliquen un aprovechamiento, manipulación o utilización, tratándose de personas menores de edad, independientemente de la existencia de "consentimiento" de la víctima. Se considera que la conducta es violenta por la desigualdad de poder que tiene como resultado un menoscabo en el ejercicio de los derechos humanos en perjuicio de quien la recibe.

Explotación sexual comercial (ESC)

Concepto que se refiere a la utilización de personas menores de edad en actividades con fines sexuales donde existe un pago o promesa de pago o de otra índole para la niña, el niño o adolescente o para quien comercia sexualmente con ellos.

Es una forma de cosificación sexual de las personas menores de edad, una grave violación a sus derechos humanos, y una forma moderna de esclavitud.

Relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad

Hace referencia a una forma de ESC que consiste en pagar o prometer pagar a una persona menor de edad para mantener relaciones sexuales con ella. Quien realiza esta actividad es calificado como "cliente explotador", y las personas menores de edad son calificadas como "víctimas de ESC".

Tratándose de personas menores de edad, se prefiere la utilización de este concepto antes que el de "prostitución infantil", aún cuando existe normativa internacional que la utiliza. Esto con el objetivo de evitar asociar los mitos, estereotipos y preconcepciones fuertemente arraigadas en nuestra cultura que reproducen la idea de que la prostitución es un "oficio", una actividad unilateralmente decidida por quien la "ejerce" y que deja por fuera (sin nombrar) a quien prostituye. Bajo este concepto, se evita calificar a las personas menores de edad sometidas a esta forma de ESC como "prostituta" o "prostituto", término que debe ser eliminado.

"Cliente-explotador"

Es la persona que paga o promete pagar a una persona menor de edad o a un tercero, para que esa persona menor de edad realice actos sexuales directamente con ella. Este acto lleva implícita la mercantilización y cosificación del cuerpo de una persona para la realización de una actividad sexual a cambio de un valor económico, por lo que se considera una actividad de aprovechamiento, utilización y explotación sexual en perjuicio de los derechos humanos de las personas menores de edad.

Explotador/Comerciante sexual

Es la persona o grupo de personas que utiliza(n) a otras, que son menores de edad, para que éstas realicen actividades sexuales a cambio de una remuneración económica o ventaja económica. Puede ser una actividad esporádica o sostenida en el tiempo.

Intermediario

Es la persona que realiza actividades para contactar a "clientes-explotadores" con el comerciante sexual o con la víctima, o quien conociendo esta actividad, presta un servicio que permite que ésta tenga lugar sin recibir a cambio remuneración adicional. La diferencia con el comerciante sexual y con el explotador sexual es que el intermediario puede ser ocasional o no, y realiza una actividad de cooperación para que el comerciante sexual y el explotador sexual realice la actividad delictiva, colaboración que se vuelve también delictiva por considerarse una forma de complicidad.

2) EL ENFOQUE PENAL

La normativa que en este documento se sugiere para Centroamérica, Panamá y República Dominicana es de naturaleza estrictamente penal. Es decir, se trata de una propuesta de legislación para sancionar penalmente a las personas que someten a personas menores de edad a actividades sexuales comerciales.

La obligatoriedad de los Estados de reprimir penalmente a estas personas está plasmada en la normativa internacional, cuando se establece, en el artículo 7 del Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, que:

“Todo Miembro deberá adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos de las disposiciones por la que se dé efecto al presente Convenio, incluidos el establecimiento y la aplicación de sanciones penales o, según proceda, de otra índole” (el énfasis es agregado).

Y en el artículo 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 Niños en la Pornografía, cuando se establece que:

“1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo¹, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se ha cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente...”

También el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional establece expresamente la obligación de los Estados Parte de penalizar las conductas que según el mismo instrumento constituye la trata de personas. Así, el artículo 4 y 5 plantea este compromiso en los siguientes términos:

“Artículo 4. *Ámbito de Aplicación.* A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y extrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos.

Artículo 5. *Penalización.* 1 Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente”².

¹ Cuando este artículo se refiere a “mínimos” y en este documento se hace mención a “contenidos mínimos” esto implica que los Estados Parte tienen la facultad o la potestad de ampliar los contenidos en sus legislaciones penales con el objeto de lograr una mayor tutela a los bienes jurídicos de las personas menores de edad. Es decir, que los mismos Estados, en aras de garantizar los derechos de esas personas, pueden superar los mínimos consensuados por los Estados plasmados finalmente en los instrumentos internacionales.

² Artículo 3: *Definiciones.* Para los fines del presente Protocolo: a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución

Con fundamento en esta normativa internacional, queda claro que los Estados tienen la obligación de sancionar penalmente a las personas que sometan y realicen conductas que configuran la explotación sexual comercial en contra de personas menores de edad.

A la par de la normativa penal, los Estados deben impulsar, aprobar y reformar otras leyes de naturaleza civil, de familia, de niñez y adolescencia, e incluso de naturaleza administrativa, dirigidas a reforzar los mecanismos de tutela de derechos de las personas menores de edad en otros ámbitos, impulsar legislación que prevenga la violencia sexual contra las personas menores de edad, y que promuevan una educación no sexista y una educación sexual integral en el marco de las políticas públicas de prevención y atención de la ESC.

Lo que es claro es que la normativa para prevención no sustituye ni es excluyente de la normativa penal, en los términos en que se propone en este documento y de conformidad con la legislación internacional. Lo que los Estados no pueden dejar de hacer es sancionar penalmente estas conductas, ya que ésta no es una opción, es una obligación internacionalmente asumida con la ratificación de los instrumentos internacionales vinculantes para la erradicación de la ESC.

Los Estados deben tener claro que de conformidad con la legislación internacional, es una obligación penalizar la explotación sexual contra las personas menores de edad, tomando en cuenta LA ESPECIFICIDAD de esta forma de violación de derechos humanos, y abarcando todas sus manifestaciones.

Este mandato implica desterrar y erradicar todos aquellos conceptos, valores y costumbres que históricamente han legitimado la ESC, concretamente aquellos que reproducen los postulados de la Doctrina de la Situación Irregular que niega la desigualdad de poder en que se encuentran las personas menores de edad con respecto a las personas adultas, y en su lugar las coloca como si fueran partícipes y corresponsables en igualdad de condiciones del abuso y de la conducta delictiva.

Dos expresiones derivadas de esta doctrina son:

- La calificación moral-adultocéntrica de la víctima del delito, para efectos de ex-ceptuar la punición. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se establece que el de-

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; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años."

lito de corrupción no es punible si la persona menor de edad víctima es corrupta³ y que más bien es el adulto la víctima⁴ o cuando se exige que la víctima sea “mujer honesta” (en los delitos de estupro o rapto).

- La utilización del concepto de igualdad formal en las relaciones entre personas adultas y personas menores de edad, considerando únicamente la libertad como bien jurídico tutelado en los delitos de ESC. Este enfoque hace que se privilegie en el análisis de los delitos, el consentimiento o no de la víctima, considerando que no hay daño si la víctima consintió o aceptó la conducta delictiva.

En este sentido, una reforma penal que tenga como objetivo cumplir con los mandatos internacionales de sancionar la ESC debe impulsarse con clara conciencia de cuáles son sus manifestaciones, y de la gravedad de estas conductas. En el debate, es posible que aparezcan oposiciones fundadas en prejuicios o preconcepciones sobre la violencia sexual, que en forma predominante trasladan la responsabilidad de la conducta en la víctima y eximen de responsabilidad a quien realiza la conducta delictiva, sobre todo porque en algunos de los delitos las víctimas “aceptan” el intercambio.

En muchas ocasiones esta concepción orienta el criterio de los jueces(zas), quienes asumen, erróneamente, que la “voluntad” de una persona menor de edad de edad excluye el ilícito penal, ignorando su eminente dignidad, que es un bien tutelado tanto filosófica como constitucionalmente. En este tipo de infracciones no puede existir “acuerdo”, porque no existe, entre una persona menor de edad y una mayor de edad, la igualdad que justifica un supuesto “consenso” y además porque los derechos humanos son irrenunciables y no negociables.

Además, es indispensable que esta legislación penal recoja los postulados de la Doctrina de la Protección Integral, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño (NNUU, 1989), que:

³ En Costa Rica existía esta disposición en el delito de corrupción, reformado por la Ley contra la Explotación Sexual. Los jueces, antes de que tuviera lugar la reforma, ya habían desaplicado de hecho este elemento.

⁴ Una noticia en Costa Rica de reciente fecha dio a conocer las declaraciones del abuelo de una niña víctima de abuso sexual por parte de éste, que planteaba que era la niña la que lo había “buscado”. El abusador tiene más de 70 años de edad y la niña tiene 8 o 9 años de edad.

- reconoce la condición de “persona” a los niños, niñas y adolescentes;
- desarrolla los principios de integralidad, universalidad e inviolabilidad de los derechos humanos de las personas menores de edad;
- adjudica el estatus de “sujetos de derechos” a las personas menores de edad sin discriminación alguna;
- establece que la tutela de sus derechos tiene prioridad, de acuerdo con el principio de interés superior del niño/a;

En este aspecto, es recomendable que cada país revise su normativa penal y erradique todos aquellos conceptos que se contrapongan a los postulados de la Doctrina de Protección Integral, ya sea porque responden a concepciones adulto centristas y/o a concepciones sexistas, o que priven aún conceptos derivados de la Doctrina de la Situación Irregular.

De conformidad con la normativa internacional relacionada con la ESC, los Estados deben tomar en cuenta que:

- La ESC de personas menores de edad es considerada una grave violación a sus derechos humanos; su silencio o aquiescencia no reduce o atenúa la gravedad y trascendencia de la acción lesiva.
- La ESC lesiona bienes jurídicos de la persona y de irrenunciable tutela como lo son la vida, la integridad personal (física, psíquica/emocional, sexual), la libertad, la imagen y la dignidad de las personas menores de edad.
- Las diferentes manifestaciones de la ESC requieren una respuesta punitiva, pues su gravedad justifica la utilización del Derecho Penal conforme a los principios de subsidiariedad y “ultima ratio”.
- Las penas a imponerse por estos delitos deben corresponder a la gravedad de las conductas tipificadas, según lo exige el principio de proporcionalidad entre sanción y trascendencia del bien jurídico tutelado.
- La tentativa debe ser sancionada
- Los diferentes partícipes deben ser castigados de acuerdo con las reglas de la participación, incluyendo a quien actúa como intermediario/a.
- La legislación penal debe contemplar normativa específica que reconozca los derechos de las víctimas en el proceso penal, y eliminar aquellos mecanismos que propicien la impunidad de este tipo de criminalidad.

3) EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

La explotación sexual comercial de personas menores de edad implica una afectación a sus derechos humanos, y está determinada por las relaciones desiguales de poder y la consiguiente condición de desventaja social en la que se encuentran las víctimas por el hecho de ser niño o niña agudizada por razones de sexo.

En la normativa internacional sobre niñez, se reconoce que las personas menores de edad, por su condición etaria, están colocadas en una relación desigual con respecto a las personas mayores de edad. Con la perspectiva de género y la normativa internacional sobre discriminación contra las mujeres, se reconoce igualmente que existe una direccionalidad de la violencia contra las mujeres por el hecho de serlo, persistiendo relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, manteniéndose una discriminación basada en el sexo, en detrimento de los derechos humanos de las mujeres.

De estas dos propuestas teóricas, se derivan dos principios en la normativa internacional de Derechos Humanos:

- El principio de no discriminación por razón de edad
- El principio de no discriminación por razón de sexo

Integrando estas dos perspectivas, se debe partir de que la ESC afecta a las personas menores de edad y dentro de éstas, históricamente ha impactado en mayor medida a las niñas y las adolescentes por su condición de género. En este sentido, la ESC implica una doble discriminación: por edad y por sexo. También existe la condición socioeconómica, como otra variable, y que es una de las categorías explícitas en la descripción de lo que podría constituir "discriminación".

Ahora bien, este reconocimiento no justificaría legislar únicamente para el supuesto de que las víctimas sean personas-mujeres-personas menores de edad-pobres, porque también existen situaciones que no se enmarcan en estos supuestos y que constituyen explotación sexual comercial (por ejemplo, una niña o adolescente que es explotada sexualmente y que proviene de una familia de clase media o alta).

La política criminal debe formularse de manera que tutele a todas las personas menores de edad, y no sólo al sector más vulnerable frente a la ESC. Esta situación no impide que la legislación penal reconozca dentro de la normativa, formas agravadas de ESC, según se realice en circunstancias donde la víctima esté en una posición de mayor vulnerabilidad, por ejemplo, la ley penal puede agravar el delito si se comete contra una persona menor de edad de 13 o de 15 años de edad, o si de la violación sexual se deriva un embarazo.

En el primer supuesto, se agravaría por la diferencia de poder entre el autor y la víctima por razones etarias y en el segundo supuesto, se agravaría por razones de sexo, ya que implica una consecuencia del delito que afecta gravemente a la víctima por tratarse de una mujer. Otro supuesto de agravamiento de la pena es que la ESC se ejerza cuando existe una situación de necesidad o vulnerabilidad (pobreza, minoridad, discapacidad, dependencia, discriminación sexual o étnica), según se propone en este documento.

Con base en el principio de igualdad y de no discriminación, la revisión de la legislación penal desde la perspectiva de la ESC implica:

- La derogación y erradicación de normativa que distinga al sujeto pasivo del delito según su sexo. Por ejemplo, en los delitos llamados “estupro” y “sodomía”, se hace una diferencia en la tutela de los bienes jurídicos, según se trate de mujer o de hombre, donde éste último normalmente tiene una tutela mayor en razón del sexo.
- La eliminación de conceptos sexistas que califiquen “moralmente” a la víctima. En los delitos de violencia sexual (especialmente en el denominado “estupro”) es posible detectar conceptos relacionados con la tutela de la honestidad para que sea merecedora de tutela penal, lo cual convierte esta regulación en discriminatoria y por lo tanto, en contradicción con la normativa de derechos humanos que prohíbe la discriminación en razón del sexo, y la garantía de la igualdad ante la ley para todas las personas, sin distinción de ninguna especie.

B) CONDUCTAS QUE DEBEN SER SANCIONADAS COMO DELITOS DE ESC SEGÚN LA LEGISLACION INTERNACIONAL

Es recomendable que los países que aún no han incluido en su legislación penal los delitos de explotación, modifiquen el título de delitos sexuales del Código Penal a través de un proyecto de ley que se denomine: “Ley contra la Explotación Sexual Comercial de las personas menores de edad”, y que incluya además de la reforma a este capítulo, otras modificaciones a normas de la parte general del Código Penal y reformas a la normativa procesal penal.

No se trata de una “ley especial”, ya que la materia puede ser regulada en los Códigos Penales por tratarse de una forma de violencia sexual cometida contra las personas menores de edad, materia que es objeto de regulación en estos códigos, sino de una ley que tiene un nombre que la distingue pero que en realidad se trata de una reforma a otra(s) ley(es) penal(es), con el único objetivo de cumplir con la obligación del Estado de penalizar esta grave violación de derechos humanos.⁵

Con el reconocimiento internacional de que las diferentes formas de ESC configuran violaciones graves a los derechos humanos de las personas menores de edad, y de la obligación de los Estados de sancionar penalmente estas conductas, es necesario que las propuestas de reforma a la legislación nacional se encuentren apegadas a lo que las convenciones establecen, por el rango constitucional que éstas tienen para los Estados Partes.

Por ello, en las propuestas que se formulan en este documento, se hace una referencia o análisis de las implicaciones que tiene la normativa internacional y de cómo los Estados Partes deben recogerlas en sus leyes penales nacionales.

1) ACTIVIDADES SEXUALES REMUNERADAS CON PERSONAS MENORES DE EDAD

Según el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (ONU, 2000), define lo que se entiende por actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad en el artículo 2 inciso b):

⁵ En Costa Rica, por ejemplo, se impulsó en 1998-1999 la redacción y aprobación de la ley con este nombre, siendo que en realidad se trataba de una reforma a 13 artículos del título sobre delitos sexuales del Código Penal. En ese momento, se valoró que no era estratégico incluir reformas a la legislación procesal para no entorpecer su aprobación. No obstante, luego se pudo determinar que la aplicación efectiva de la norma penal de fondo requiere de un reforzamiento procesal, los cuales han sido paradójicamente más difíciles de obtener, y se han ido planteando de una manera desarticulada.

“utilizar a un niño o niña en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”

De esta definición, se requiere analizar un concepto central que es el de “actividades sexuales”, el cual no se restringe al coito (de ahí que no sea conveniente utilizar la expresión “relaciones sexuales” porque culturalmente se equipara a coito), puede ser cualquier otra forma de relación sexual que implica el acercamiento físico-sexual de quien paga por el cuerpo de las personas menores de edad (no necesariamente “acceso carnal”).

Incluso, es legítimo recurrir a la noción de “actos eróticos” para ampliar aún más la protección, y evitar que se alegue que no se trata de actos sexuales sino de actos eróticos, y que por tratarse de éstos, se estaría frente a una conducta atípica. Al respecto, la tutela de la integridad de las personas menores de edad, así como la afectación de su dignidad y de su formación, impone la punición tanto de los actos sexuales como de los actos eróticos, porque se trata de delitos dolosos, donde el autor tiene voluntad y conocimiento y quiere la realización de la conducta típica; la ilegitimidad esencial en este tipo de ilícitos es la UTILIZACIÓN de los niños y/o niñas DOLOSAMENTE. Además, el interés superior del niño/a fundamenta una medida como ésta, para evitar la impunidad de la ESC, pues en estas acciones existe una sinonimia entre actos sexuales y actos eróticos. Frente a la trascendencia del bien jurídico tutelado, no existe diferencia cualitativa esencial entre las dos acciones.

La noción de “actividades sexuales” debe ser entendida de manera más amplia que “relaciones coitales” (introducción del pene en la vagina) para que abarque otras formas como lo es el sexo oral, anal o tocamientos sexuales a cambio de un pago, empero, no es tan amplia como para que incluya otras formas de ESC como la utilización de personas menores de edad en espectáculos públicos o privados con fines sexuales o utilización de personas menores de edad en la producción de pornografía. Estas conductas serían tipificadas en otros delitos.

Los países de la región pueden ampliar la protección a las personas menores de edad, y lograr la punición de esta forma de ESC cuando medie “promesa de pago” u “ofrecimiento de pago” –sea directamente a la persona menor de edad o a una tercera persona- porque lo que determina el acercamiento físico-sexual con la persona menor de edad es la mercantilización de su cuerpo, independientemente de que se haya hecho efectivo el pago o la retribución.⁶

⁶ En Costa Rica, la reforma de 1999 que creó el “delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad” en el Código Penal (artículo 160) contempla esta figura de la siguiente manera: “quien pague a una persona menor de edad de cualquier sexo o prometa pagarle o darle a cambio una ventaja económica o de otra naturaleza, para que ejecute actos sexuales o eróticos, será sancionado con...”

A pesar de que no concuerde con la nomenclatura de la normativa internacional, es recomendable la denominación de estos delitos como “actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad” u otras expresiones análogas, en lugar de utilizar el concepto de “prostitución infantil” para nombrar este delito. Esto en razón de que la noción de “prostitución” originalmente está referida a la actividad lícita aunque moralmente reprochable por la sociedad patriarcal que funciona a partir de la doble moral, con las siguientes características:

- La palabra *prostitución* hace referencia a la persona que ejerce la prostitución, y deja sin nombrar a la persona que paga para la realización de actividades sexuales.
- En la sociedad patriarcal, la prostitución surge como una actividad fundada en la doble moral, la cosificación y expropiación del cuerpo y de la sexualidad de las mujeres y en la concepción dicotómica de las *mujeres*.
- En la mayoría de los países de la región, la prostitución de personas adultas no es un delito en sí mismo. Es una actividad tolerada y en algunos casos reglamentada, aunque no legalizada. Lo que está penalizado es la prostitución *forzada*⁷ de personas mayores de edad porque implica una violación a la libertad personal, el proxenetismo y la rufianería.
- Recurrir a un concepto que históricamente se asocia con una actividad tolerada, permitida, no penalizada, puede tener implicaciones inconvenientes para combatir ideológicamente la ESC, como lo es el riesgo de que se reproduzcan los mismos mitos y estereotipos relacionados con la prostitución de adultos/as (por ejemplo, que se obvие o se minimize la condición de persona menor de edad equiparándola a una persona mayor de edad, que se califique como una “actividad voluntaria” de la persona menor de edad, que la persona menor de edad “es la que incita”, o bien que se “invisibilice” a quien lo/s/as explota sexualmente de manera que ocurra igual como con la prostitución adulta que recae toda la responsabilidad en la persona prostituida, y no en quien paga (prostituyente), finalmente, la más grave implicación es que se desconozca o se niegue la violencia sexual que implica la prostitución de niños y niñas y adolescentes.

⁷ Prostitución forzada (artículo 2 de la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer, 1993 y artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer). Este término se acuña más que todo para situaciones de explotación sexual contra mujeres adultas o mayores de edad porque la normativa internacional no sanciona la prostitución en sí, sino la explotación y el lucro de terceras personas que se pueda derivar a partir de ella. Tratándose de una persona menor de edad, no interesa si es forzada o no para prohibirla y sancionarla, por ello, la discusión sobre la anuencia de la víctima es irrelevante para definir el delito por parte de quien paga, salvo en el caso de violación sexual de personas mayores de 12 años o de 14 años.

Los bienes jurídicos tutelados de este delito son:

- El derecho a la integridad sexual (que forma parte de la integridad personal) de las personas menores de edad.
- La libertad personal (que incluye la libertad sexual) de las personas mayores de 12 y menores de 18 años de edad.
- La dignidad de las personas menores de edad.
- El derecho al pleno desarrollo de la personalidad de las personas menores de edad.

Una aclaración necesaria con respecto a este delito: la sanción se aplica a la persona que paga o promete pagar a la persona menor de edad (víctima del delito) o a una tercera persona para tener relaciones sexuales con la persona menor de edad, no se penaliza a la víctima. El autor de este delito es el que se denomina “cliente-explotador”, aquel que por muchos años estuvo y sigue impune todavía en algunos países de la región, ya que no se lograba responsabilizar penalmente ni por el delito de corrupción de persona menor de edad ni por el delito de estupro (en el primero, porque la existencia de la figura del “menor corrupto” derivada de la Doctrina de la Situación Irregular y en el segundo, porque exigía que la víctima fuera “mujer honesta” derivado de conceptos sexistas prevalecientes por muchos años en el sistema penal latinoamericano).

Es también una realidad en nuestra cultura que las niñas son atrapadas en esta forma de ESC (por ejemplo, niñas de 8 y 9 años sometidas a actividades sexuales remuneradas) y que también culturalmente estas niñas no son vistas como víctimas, sino como las provocadoras, o bien, como niñas corruptas o deshonestas razón por la cual históricamente se ha considerado que NO existe “daño” alguno cuando un “cliente-explotador” paga por tener relaciones sexuales con ellas (llegándose a pensar incluso en que su actuación es un “acto bueno que ayuda a la persona menor de edad”).

Es por ello que las víctimas menores de edad de este tipo de delitos son colocadas como las acusadas en el proceso penal, y esto ha sido gracias a la forma en que la sociedad las culpabiliza y las señala como las responsables de la violencia sexual, eximiendo a los perpetradores de estos abusos de toda responsabilidad penal, ética y social⁸. Esta es una de las graves secuelas que ha dejado la doctrina de la

⁸ Socialmente, se utilizan mecanismos de justificación y de minimización de la violencia sexual, sobre todo tratándose de mujeres adultas víctimas, pero estos mecanismos también se aplican a algunas niñas y a algunas adolescentes víctimas de violencia sexual. La forma de pensamiento que predomina en la región explica la dinámica de la violencia sexual según la siguiente lógica: la violencia sexual se origina en el impulso sexual masculino instintivo, natural e incontrolable el cual surge por la incita-

situación irregular en la región centroamericana y el Caribe, con importantes deudas de justicia para las víctimas de ESC.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en ese sentido constituye el principal fundamento para que la penalización de este delito se extienda a todas las víctimas menores de 18 años de edad, y con ello atacar las prácticas sociales que miran como aceptable y normal la “prostitución” de adolescentes de 12/14 a 18 años de edad, bajo la consideración de que a esas edades cuentan con la “libertad” suficiente para decidir si “ejercen la prostitución” o no, cuando en realidad esta población es la más vulnerable a la violencia sexual, ya que no están dentro de la definición de violación sexual por la edad (personas menores 12/14 de edad) pero tampoco se trata de personas adultas (mayores de 18 años).

La legislación en general no le confiere a esta población los poderes ni los derechos de las personas mayores de edad, pero la legislación penal al retirar su tutela, aún tratándose de personas menores de edad, recurre a la “adultización”: en materia de delitos, los y las adolescentes son tratados como personas adultas para efectos de excluirlos como víctimas, lo cual violenta los postulados de la Doctrina de la Protección Integral, que extiende sus principios y garantías hasta los 18 años de edad.

En ese sentido, en relación con esta forma de ESC, si la víctima es mayor de 12/14 años (donde la relación sexual no es considerada como violación sexual en razón de la edad), entran en consideración otros elementos, como son:

- el aprovechamiento de la edad;
- la existencia de una relación desigual de poder entre la persona menor de edad y el “cliente-explotador” o quien realice la transacción para tener relaciones sexuales con aquella;
- el rechazo a la cosificación y comercialización del cuerpo y la sexualidad en etapas tempranas del desarrollo de las personas, por las secuelas y lesiones que deja en la vida de éstas;

ción o “provocación” de las mujeres, ergo, los perpetradores de la violencia sexual sí son responsables, pero ellos fueron llevados por la víctima a cometer la violación. De esto se deduce que la violencia sexual es evitable sólo por las víctimas: si una mujer es atacada sexualmente es responsable de ese ataque, el control del impulso sexual masculino lo tienen las mujeres, según esta lógica. Tratándose de personas menores de edad, en Costa Rica, recientemente se conoció la situación de una niña de 9 años de edad embarazada producto de una violación sexual, y uno de los pediatras que la atendió, dió a entender en una comparencia pública que la niña era “precoz” y que le agradaba el presunto violador. Con este razonamiento se deduce que para el médico la niña no era niña ya que tenía comportamientos y gustos de “mujer”, y cuestiona su condición moral de niña víctima, propio de quien utiliza la Doctrina de la Situación Irregular para aproximarse a estas situaciones. Claro, se trataba de una niña de 9 años, de familia migrante indocumentada y de escasos recursos económicos (estas declaraciones dadas en el 2003 constan en las actas de la Comisión Especial Permanente de la Mujer de la Asamblea Legislativa de Costa Rica).

- la tutela al proceso de desarrollo de la persona menor de edad hasta los 18 años en la construcción de un proyecto de vida que incluya los derechos humanos a la dignidad, el desarrollo integral y la integridad personal.

Tratándose de una reforma penal apegada a la Convención sobre los Derechos del Niño, el “delito de actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad” debe contemplar los siguientes elementos:

- La víctima del delito es una persona menor de 18 años de edad (incluye hombres y mujeres).
- El sujeto activo (autor) es aquel que ofrece el pago o paga a la persona menor de edad o a una tercera persona. Si el cliente explotador paga o promete pagar a una tercera persona, ésta puede, a su vez, incurrir en el delito de proxenetismo o rufianería según sea el caso, como intermediario responsable de la ESC.
- Se criminaliza a quien pague o prometa pagar para tener relaciones sexuales con personas menores de edad (“cliente-explotador”), no a la víctima.
- La conducta debe incluir el pago o el ofrecimiento de un pago o darle a cambio una ventaja económica o de otra naturaleza.
- El concepto de “relaciones sexuales” no se restringe al coito (introducción del pene en la vagina), puede tratarse de un pago o promesa de pago para mantener relaciones sexuales orales, anales o para que la persona menor de edad realice determinados actos al “cliente-explotador” que no impliquen penetración (masturbación) o que éste realice actos a la persona menor de edad (introducirle dedos, objetos, el pene en la boca de la víctima, etc.). Para superar el concepto de “acceso carnal”, es recomendable utilizar la formulación “actos sexuales o eróticos” que involucra las conductas descritas y otras.
- El tipo penal puede admitir aumentos o reducciones en el monto de la pena dependiendo de la edad de la víctima (por ejemplo penas mas altas cuando la víctima es una persona de 12/14 años de edad a 15/16 años, y penas mas bajas si la víctima es menor de 18 años de edad y mayor de 15/16 años de edad, esto varía en cada país según sea de la edad límite establecida en el delito de violación sexual, si no se logra una reforma al delito que establezca el límite de 13/14/15 años de edad).

La especificidad de este delito radica en la remuneración o promesa de remuneración. No obstante, puede operar un concurso de delitos (por ejemplo, el delito de actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad con el delito de violación sexual o con el delito de abuso sexual o corrupción) Esto lo tiene que resolver el juzgador/a según las reglas del concurso establecidas en la parte general del Código Penal de cada país.

Los lineamientos político-criminales que se han comentado, se reflejan en un tipo penal que podría contener los siguientes elementos:

Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad.

Quien pague o prometa pagar o dar a cambio una ventaja económica o de otra naturaleza a una persona menor de edad de uno u otro sexo o a una tercera persona, para realizar actos sexuales o eróticos con aquélla, será sancionado:

1. Con pena de prisión de cuatro a diez años, si la persona ofendida es menor de trece años de edad.
2. Con pena de prisión de tres a ocho años, si la persona ofendida es mayor de trece años pero menor de quince años de edad.
3. Con pena de prisión de dos a seis años, si la persona ofendida es mayor de quince años pero menor de dieciocho años de edad.

La amplitud de los medios con los que pueden cometerse estos delitos, excede la visión económica que ha imperado tradicionalmente en las relaciones sexuales remuneradas. La simple promesa de pago, reduce muchísimo la admisibilidad de la tentativa. Para la consumación sólo se requiere una promesa real y formal de pago o de una contraprestación similar.

2) PORNOGRAFIA CON UTILIZACIÓN DE IMÁGENES DE PERSONAS MENORES DE EDAD

De la definición que hace la normativa internacional de esta actividad se desprende que las conductas penalmente sancionables son las siguientes:

- a) representar a un niño o niña por cualquier medio con actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o representar las partes genitales de un niño o niña con fines primordialmente sexuales (artículo 2 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 2000).

Con esta definición, se penaliza a la persona que represente por cualquier medio a un niño o niña en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o sus partes genitales con fines primordialmente sexuales. Al referirse a niño o niña se incluye a todas las personas menores de 18 años de edad, según la definición de la CDN. Cuando se refiere a fines sexuales, se entiende que la representación del cuerpo de niños y niñas con fines académicos, educativos u otros fines (por ejemplo, hacer una fotografía del hijo o hija recién nacido desnuda, para tenerla como un recuerdo familiar no se debe penalizar)⁹.

⁹ Culturalmente, en nuestros países esta es una costumbre asumida como legítima, no obstante, desde la tutela de la imagen de los niños y niñas, es posible cuestionarla en términos de que somos los adultos/as, desde la posición de adulto/a, los/as que definimos como legítimas estas prác-

b) producir, distribuir, divulgar, importar, exportar, ofertar, vender o poseer pornografía infantil (artículo 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 niños en la pornografía, 2000)

Además de enunciar las conductas que se consideran prohibidas y sancionables, se hace referencia al concepto de "pornografía infantil" que tendría que ser definido según el artículo 2 del Protocolo Facultativo, arriba comentado.

Las conductas que según este artículo y el preámbulo¹⁰ del Protocolo serían sancionables, son:

- | | | |
|--------------|------------|---------------------------|
| • Producir | • Importar | • Vender |
| • Divulgar | • Exportar | • Poseer intencionalmente |
| • Distribuir | • Ofertar | • Hacer propaganda |
| • Transmitir | | |

Al respecto, es necesario señalar que para efectos de tipificar estas conductas, no es necesario incluir el elemento "con fines comerciales" porque estas actividades pueden realizarse con o sin fines comerciales, y para efectos del Protocolo, los fines son intrascendentes.

Cabe resaltar el hecho de que en el preámbulo se incluya el elemento de la "intencionalidad" en relación con la posesión de material pornográfico, y que ya propiamente en el articulado del Protocolo no se hace referencia a este elemento. Así, en una lectura integral del protocolo, habría que entender que la conducta a castigar es la de "poseer intencionalmente pornografía infantil" (aquí se interpreta que "intencionalmente" quiere decir "dolosamente", lo cual implica que la persona posee o tiene bajo su poder pornografía infantil con conocimiento y voluntad, es decir, que sabía y quería tener ese material). La posesión se debe castigar entonces independientemente de que la misma haya tenido lugar para fines comerciales, o para fines de distribución, lo que habría que demostrar es que era una posesión "intencional"¹¹.

ticas, y es expresión de la relación de poder entre niños/as y adultos/as. Dependiendo del contexto, ésta y otras conductas "normalizadas" pueden ser abusivas o bien pueden ser producto de un relacionamiento natural con el cuerpo sin que medien actitudes abusivas. En todo caso, está muy lejos de ser una conducta penalizada.

¹⁰ El preámbulo del Protocolo dice: "producir, distribuir, exportar, transmitir, importar, poseer intencionalmente y hacer propaganda de este tipo de pornografía"

¹¹ El verbo "poseer" implica una actitud subjetiva por parte del autor: no se puede poseer algo que no se quiere ni que se conoce, por ello, resulta innecesario agregarle la palabra "intencionalmente". Si una persona es acusada de poseer pornografía infantil, porque se hizo un decomiso en su casa de habitación, pero la persona no sabía ni conocía de la existencia de ese mate-

Uno de los temas que ha suscitado polémica en la criminalización de las actividades vinculadas con la pornografía de personas menores de edad, es la inclusión de la tenencia de este material como uno de los verbos que definen el ilícito penal. La tenencia de pornografía infantil constituye, indudablemente, una lesión a la integridad y a la dignidad de la persona menor de edad. No es una situación asimilable a la polémica que suscita la criminalización de la tenencia de drogas, porque en estos casos el consumidor es el titular del bien jurídico salud, en cambio en el caso de la pornografía, el consumidor no es el titular del bien jurídico.

La tutela de la integridad y de la dignidad de la persona menor de edad surge como un bien jurídico autónomo que merece la protección jurídico penal. El que adquiere y posee, conscientemente, la pornografía infantil, cada vez que la reproduce, lesiona la imagen, la dignidad y la libertad de las personas menores de edad¹² que son gravadas previamente. De igual forma, contribuye al desarrollo y prosperidad de una actividad económica degradante, que supone la realización de graves delitos sexuales en perjuicio de niñas, niños y adolescentes.

En este sentido, la discusión que pueda generarse en torno a la penalización de la tenencia de material pornográfico debe ser abordada tomando en cuenta las siguientes posiciones:

- La tenencia de pornografía infantil está prohibida por disposición de ley internacional, en los términos arriba indicados.
- La tenencia de este material, independientemente de los fines del agente, es penalizada por cuanto el consumo derivado de la comercialización es un factor que favorece y reproduce la ESC¹³.
- Frente al conflicto de bienes jurídicos tutelados, la protección y tutela de los derechos de los niños y niñas (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) priva por encima de los derechos de los adultos y adultas a la libertad y a la intimidad. Es decir, por el principio de interés superior del niño/a, los Estados tienen la obligación –en aras de tutelar los derechos humanos de las personas menores de edad- de sancionar la tenencia de porno-

rial, entonces, esa persona no lo poseía, el material estaba ahí, pero no era posesión de la persona, quien no podía poseerla porque ni siquiera sabía de su existencia. Otra posible lectura de esta formulación es la que plantearía de “poseer con intención de...” pero como no se completa la idea, no es posible recurrir a esta interpretación.

¹² E incluso puede afectar los derechos de personas mayores de edad cuando las fotografías tomadas siendo persona menor de edad siguen circulando.

¹³ “Si no existieran consumidores no habría negocio” ese es un argumento utilizado para defender la penalización de la tenencia de material pornográfico.

grafía infantil, y ello no implica que se estén violentado otros derechos humanos (como la libertad y la intimidad/privacidad, especialmente)¹⁴.

La posesión o tenencia de material pornográfico de personas menores de edad, no sólo es una grave manifestación de una desenfadada apología del delito, sino que constituye una lesión a los intereses de mayor trascendencia de las personas menores de edad; este acto es uno de los eslabones más importantes dentro de una red que produce y reproduce una actividad económica perversa y que exige, de parte del Estado, la determinación de un límite muy claro.

No se trata en este caso de la clásica polémica entre la libertad de pensamiento y palabra y de la intimidad, que abarca la creatividad artística y la pornografía de adultos, que se ha planteado en la jurisprudencia constitucional norteamericana¹⁵. La tenencia de pornografía no es un acto que sólo cause daño a su poseedor, que sería el criterio que justificaría su impunidad. Se trata de una acción que puede ser objeto de prohibición y represión, pues la trascendencia que tiene la integridad y la dignidad de la persona menor de edad, justifica, más allá de toda duda razonable, la criminalización de tal conducta. Existe en esta situación un daño a un bien jurídico socialmente relevante y ninguna persona tiene derecho a ocasionar un daño relevante a otra persona. La posesión de pornografía de personas menores de edad no provoca ningún perjuicio a las libertades fundamentales, porque contrario a lo que ocurre con la de adultos/as¹⁶, el bien jurídico tutelado, en este caso, el interés superior de la persona menor de edad es igual o superior a las limitaciones que se imponen a las personas adultas infractoras.

Sobre esta materia, el tipo penal que se sugiere, debería al menos contener los siguientes elementos:

¹⁴ En Costa Rica, cuando se discutió la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad en 1999, privó la tutela de la intimidad y la libertad, argumentándose que la penalización de la tenencia podría implicar "injusticias" en la aplicación de la ley frente a la eventualidad de que una persona lleve o compre este tipo de materiales sin saber de que se trataba de personas menores de edad. También se alegó exceso en la intromisión de la vida privada si el material era para uso personal bajo la argumentación de que esta conducta no implica ningún daño, siempre que no involucre a terceras personas. Esta postura dominó la discusión, e hizo que la tenencia no fuera penalizada, a la fecha, sólo se sanciona si es con fines comerciales.

¹⁵ Casos como el *Ginsburg contra los Estados Unidos- 1966* y *Paris Adult Theatre I' contra Slaton*. Sin embargo, en el primer caso, la mayoría del Tribunal Supremo norteamericano estableció que "...material obsceno debe ser obviamente ofensivo, porque peca contra las reglas de la comunidad contemporánea...". A pesar de las imprecisiones de esta definición, se debe admitir que la producción y posesión de pornografía de persona menor de edad son actos obviamente ofensivos, porque contravienen las reglas de la comunidad contemporánea. Ferrater Mora, José y Cohn, Priscilla. "Ética aplicada. Del aborto a la violencia". Alianza Editorial. España. 1983.- p. 160.

¹⁶ En el caso de la pornografía de adultos/as, su eliminación provoca un daño superior: la supresión de una libertad tan importante como la libertad de pensamiento y palabra. *Ibid.* Ferrater Mora y Cohn.- 175.

Pornografía con utilización de la imagen de personas menores de edad

Se impondrá pena de cinco a diez años de prisión a quien por cualquier medio, sea directo, mecánico o con soporte informático, electrónico o de otro tipo, financie, produzca, reproduzca, distribuya, importe, exporte, ofrezca, comercialice, difunda material donde se utilice la imagen de personas menores de edad en acciones o actividades pornográficas¹⁷ o eróticas. Igual sanción se impondrá a quien organizare espectáculos, públicos o privados, en los que se hace participar a persona menor de edad en acciones pornográficas o eróticas.

El tema que puede suscitar alguna polémica es la definición de “actividad pornográfica”. Sin embargo, como se señala supra, este es un concepto que se ha definido en las Convenciones Internacionales¹⁸.

La pluralidad de verbos que definen el núcleo del tipo delictivo, reflejan la multiplicidad de manifestaciones de una actividad empresarial ilegítima que presenta rasgos similares al crimen organizado¹⁹.

Como tipo penal subsidiario, merecedor de una sanción:

¹⁷ Conforme al derecho internacional, se define pornografía como la acción de “.. a) representar a un niño o niña por cualquier medio con actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o representar las partes genitales de un niño o niña con fines primordialmente sexuales (artículo 2 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 2000) Es importante esta referencia al derecho internacional, porque en la doctrina se afirma que el concepto de lo que es pornográfico queda ligado a cuáles son las representaciones valorativas sociales del momento, razón por la que se le suele definir en forma negativa, considerándolo como representación de contenido sexual, destinada a la excitación o satisfacción de instintos sexuales y carente de valor artístico, científico, etc. Ver “Comentarios al Código Penal”- Rodríguez Mourullo y otros. Ed.Civitas. España. 1997.- p. 543.

¹⁸ En el artículo 13 del anteproyecto de reforma al código penal hondureño se opta por una definición más explícita de las acciones que constituyen pornografía, señalando que son aquellas en que las personas menores de edad posan desnudas, manipulan sus órganos genitales en forma obscena, realizan todo tipo de actos sexuales en pareja o grupo de personas del mismo sexo o edad.

¹⁹ La pornografía infantil es una actividad criminal que presenta casi todas las características que la Unión Europea ha establecido para el crimen organizado: a- Más de dos personas; b- distribución de funciones entre ellas; c- permanencia; d- control interno- jerarquía vertical.; e- actividades delictivas graves; f- Internacionalización, lo que exige una estrategia específica; g- Violencia; e- Uso de estructuras comerciales o de negocios; h- Blanqueo de dinero; i- Presión sobre el poder público; j- Ánimo de lucro. De estas características tal vez pueden excluirse la violencia y el blanqueo de dinero, manifestándose muy claramente el resto de las características.

Posesión de pornografía con utilización de la imagen de personas menores de edad.

Se impondrá pena de dos a cuatro años, a quien posea material pornográfico en el que se utilice la imagen de personas menores de edad en acciones o actividades pornográficas o eróticas²⁰.

La criminalización de esta situación, es uno de los objetivos fundamentales de una política criminal de control y represión de la ESC de las personas menores de edad. Según se expuso supra, no existe ninguna razón para considerar que la posesión de pornografía infantil sea un acto del exclusivo ámbito privado. Una acción no es privada cuando lesiona bienes jurídicos de trascendencia constitucional e internacional.

- c) quien explote a un niño/a en espectáculos o materiales pornográficos (artículo 34 Convención de los Derechos del Niño), y
- d) utilizar, reclutar u ofertar/ofrecer niños/as para la producción de pornografía o actuaciones pornográficas (inciso b) del artículo 3 del Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, y el punto 12 inciso b) de la Recomendación 190 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999)

En estas dos normas, se hace referencia a la utilización directa de niños, niñas y adolescentes en la producción de pornografía infantil, y tiene similitudes con los delitos de proxenetismo y corrupción.

Los verbos son:

- “Utilizar”...
- “Reclutar”...
- “Ofrecer”

Las personas menores de edad para la producción de materiales pornográficos, espectáculos y actuaciones pornográficas

- e) incluye la divulgación de pornografía infantil por cualquier medio (internet, videocintas, documentos impresos) (referencia en el Preámbulo del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 2000).

Los tipos penales que sancionan la producción, divulgación, venta, posesión inclusive y demás actividades delictivas relacionadas con la pornografía con personas menores de edad, deben incluir una frase que diga “por cualquier medio” de manera

²⁰ En Italia se prevé como delito la tenencia de material pornográfico, imponiendo penas de reclusión de hasta tres años o multa, a quien adquiera o posea material pornográfico producido mediante la explotación sexual de persona menor de dieciocho años.

que el tipo penal abarque la internet, videocintas y los documentos impresos, y si existen otros medios, también quedan cubiertos por el tipo penal. Por ejemplo, si una persona posee material pornográfico infantil realiza la acción típica, independientemente de que éste se encuentre en el disco duro, en un disquette o en un disco compacto; o bien, si la forma de transmitir la pornografía infantil a otra persona fue vía internet o vía impresa, lo determinante es que realice la conducta de transmitir usando los medios que sean.

La regulación penal debe ser formulada de manera que sancione los siguientes supuestos:

- Mostrar, exhibir, difundir, distribuir o comercializar pornografía en general a personas menores de 18 años de edad.
- Mostrar, exhibir, difundir, distribuir o comercializar pornografía que utilice la imagen de personas menores de edad a cualquier persona (sea mayor o menor de edad).

f) tentativa, complicidad y otras formas de participación, sanción a los intermediarios (artículo 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 niños en la pornografía, 2000)

En relación con la tentativa, ya se ha indicado que es de necesaria aplicación las reglas de la participación incluidas en la parte general de los Códigos Penales de cada país. Los intermediarios pueden serlo en su condición de cómplices o de instigadores.

g) incluye la responsabilidad penal, civil o administrativa de las personas jurídicas (artículo 3 inciso 4 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 2000)

Tratándose de un Derecho Penal del acto, y siendo que en nuestros países latinoamericanos por regla general la responsabilidad penal es personal, no es posible, a corto plazo, establecerla a personas jurídicas, pero sí existe la posibilidad de que se incluyan normas expresas en relación con su eventual responsabilidad civil, la cual puede ser reclamada en la vía penal por medio de la acción civil resarcitoria o la querrela.

En relación con la responsabilidad administrativa de personas jurídicas, es posible plantear como sanciones administrativas:

- La suspensión o pérdida de patentes o permisos municipales.
- El cierre temporal de los negocios o sitios en los que se produjeron los hechos relacionados con la ESC.

3) TRAFICO INTERNACIONAL DE PERSONAS MENORES DE EDAD PARA ESC

Tratándose de personas menores de edad, la normativa específica internacional establece que ése se configura cuando se realizan las siguientes conductas vinculadas con ESC:

“sustraer, trasladar o retener a una persona menor de edad de un país a otro con propósitos de prostitución, explotación sexual o servidumbre; o por medios ilícitos como el secuestro, el consentimiento fraudulento o forzado, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de las personas encargadas” (artículo 2 de la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, 1994).

En esta definición, se contempla “la servidumbre”, que puede ser “servidumbre sexual” o “servidumbre laboral”, por lo que abarca otras situaciones que no necesariamente configuran ESC.

Según esta Convención, el tráfico internacional de personas se configura cuando se realiza con propósitos ilícitos o por medios ilícitos, y puede tener lugar cuando los fines ilícitos están directamente relacionados con formas de ESC o cuando los medios son ilícitos independientemente de los fines, o bien, cuando ambos (medios y fines) son ilícitos²¹.

El tráfico internacional de personas menores de edad no debe confundirse con la venta de personas menores de edad²² ni con la trata de personas²³.

²¹ El tráfico no sólo incluye actividades relacionadas con ESC, sino también otras modalidades como “tráfico de personas menores de edad para adopción” y “tráfico para la comercialización de órganos”. En el caso del tráfico de personas menores de edad para adopción, al intermediario, que podría ser cómplice en la clasificación tradicional, se le homologa al autor.

²² Por ejemplo, el Código Penal de Costa Rica incurre en esta confusión entre “tráfico de personas” y “venta de personas” con la reforma en el 2000 del artículo 376, que se titula “pena por tráfico de personas menores de edad” y formula la conducta típica de la siguiente manera: “quien venda, promueva o facilite la venta de una persona menor de edad y perciba por ello cualquier tipo de pago, gratificación, recompensa económica o de otra naturaleza...”. Según la definición de la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, lo que interesa es que la sustracción, el traslado o la retención de una persona menor de edad se realice con propósito o fines ilícitos, en ese sentido, la venta o el pago es uno de los medios ilícitos para consumir el delito de tráfico internacional de personas menores de edad, pero no la única forma.

²³ Sobre esta distinción, que no queda muy clara en la normativa internacional, se ha señalado que “el tráfico viene a ser entonces el género y trata la especie y si la finalidad es ilícita, hablamos entonces de trata”, ver HIDALGO, Adriana, “La trata y el tráfico en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, en OIT/PEEC, Boletín Temático No. 2, junio de 2003, pág. 3.

Con respecto a la venta de personas, ésta actividad es ilícita porque el acto en sí es ilícito (la venta de una persona o de un ser humano es absolutamente nula por contravenir los postulados básicos de derechos humanos) pero la venta puede tener lugar sin que ello implique tráfico. La venta puede estar relacionada con la ESC o con otros fines (por ejemplo, para sustracción de órganos o para explotación laboral).

Luego, la trata de personas hace referencia a una actividad con medios y/o con fines ilícitos: explotación sexual, servidumbre sexual o servidumbre laboral (relacionada con la esclavitud).

La tentativa de las conductas anteriormente descritas está expresamente contemplada en el artículo 2 inciso b) de la Convención, cuando define lo que entiende por “tráfico internacional de personas menores de edad” así:

Significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de una persona menor de edad con propósitos o medios ilícitos.

Los países de la región deben garantizar en las reglas de la responsabilidad penal, la figura de la tentativa para sancionar estos delitos en esta modalidad.

Los bienes jurídicos de este delito son:

- Derecho a la integridad personal (física, psíquica, emocional, sexual).
- Derecho a la libertad personal.
- Derecho a la dignidad.
- Derecho a vivir libre de violencia (física, sexual y psicológica).
- Derecho al desarrollo de la personalidad.

4) TRATA DE PERSONAS MENORES DE EDAD CON FINES DE ESC

En algunos Códigos Penales, se le denomina “trata de mujeres y de personas menores de edad”, y en los más antiguos “trata de blancas”²⁴. La trata de personas se ha regulado en la normativa penal como una actividad delictiva vinculada a la prostitución²⁵.

²⁴ Esta expresión tiene su origen en los sistemas esclavistas que legitimaban la esclavitud de personas negras, razón por la cual el delito se configuraba cuando la trata era de mujeres blancas.

²⁵ En Costa Rica, la reforma al delito de “trata de mujeres y personas menores de edad” del Código Penal mediante la Ley contra la Explotación Sexual de Personas Menores de Edad, lo denomina correctamente como “trata de personas”, se ubica en la parte de “delitos sexuales” (no se reformó el nombre del título, que debe denominarse en su lugar como “delitos de violencia sexual”)

No obstante, el concepto es ampliado por el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (ONU, 2000) que se pronuncia en general sobre “la trata de personas”, y en específico hace mención a la TRATA DE PERSONAS MENORES DE EDAD CON FINES DE ESC, dejando claro que si la acción se realiza en perjuicio de un niño(a) con fines de explotación sexual se considerará “trata de personas”, independientemente del consentimiento de la víctima. Con este instrumento, se amplía el concepto más allá de la “prostitución”, cuando el inciso a) del artículo 3 habla de “otras formas de explotación sexual”.

Se tiene, entonces que de este protocolo la definición de lo que constituye TRATA DE PERSONAS MENORES DE EDAD CON FINES DE ESC incluye los siguientes elementos:

captar, transportar, trasladar y acoger o recibir a personas menores de 18 años de edad recurriendo o no a la amenaza, el uso de la fuerza y otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder, la situación de vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación sexual (artículo 3 ídem) (el énfasis no es del original).

En los Códigos Penales de la región, es recomendable que el tipo penal contemple todas y cada una de las conductas recogidas en esta descripción, y por tratarse de personas menores de edad con fines de explotación sexual, debe incrementar la pena (que puede ser denominado como “trata de personas agravado”) con respecto a la pena de la trata de personas en general.

Algunas de las circunstancias que se recomiendan en la agravación de la pena son las siguientes:

- Con fines de explotación sexual de personas menores de 18 años de edad (no sólo para fines de prostitución y/o mantenerlos(as) en servidumbre sexual, sino también con fines de utilización y producción de pornografía con utilización de personas menores de edad y utilización en espectáculos públicos y privados).
- Utilización de engaño, violencia física, intimidación o coacción.

y la reforma incluyó además “la servidumbre laboral”, con el único inconveniente de que si ésta se da en forma independiente de la servidumbre sexual no se relaciona con la violencia sexual, como los demás delitos que conforman esta parte del Código, por lo que no existe coherencia con los bienes jurídicos tutelados.

- Situación de necesidad o vulnerabilidad (pobreza, minoridad, discapacidad, dependencia, discriminación sexual o étnica).
- Relación de poder o de autoridad (puede ser un poder formal como la policía, o no formal como un líder religioso).
- Relación de confianza entre el autor y la víctima (que se refiere a vínculos de amistad, noviazgo u otros vínculos afectivos, etc.).
- Relación de parentesco entre el autor y la víctima (en estos vínculos, se recomienda incluir aquellos que son derivados de relaciones de hecho, no formalizadas, por ejemplo, la unión de hecho, relaciones de pareja sin convivencia, y también el parentesco por afinidad, además de consanguinidad).

Esto significa que se configuraría el delito como delito simple si se constata que una persona capta, transporta, traslada y/o acoge y/o recibe a personas adultas con fines de prostitución o servidumbre sexual. El delito se agravaría si concurrieran una o varias de las circunstancias descritas en el párrafo anterior.

El artículo 4 del citado Protocolo hace referencia a cuando estos delitos son de carácter transnacional y con la participación de un grupo delictivo organizado y en el artículo 5.2 incisos a) y b) hace referencia a la tentativa y la complicidad en las conductas descritas anteriormente.

En este aspecto, las legislaciones penales nacionales deben cubrir estos supuestos mediante las reglas de la participación de la parte general de cada Código Penal, de manera que la punición alcance a todos los partícipes: autores (y autores mediatos), cómplices e instigadores. La figura de los intermediarios debe ser subsumida a una de estas formas de participación, dependiendo del dominio del hecho. La diversidad de verbos que podrían definir la acción delictiva, como la de promover, facilitar o favorecer, incluyen al intermediario. En estos delitos se estima que la gravedad y trascendencia de los bienes jurídicos tutelados, desdibujan las diferencias que tradicionalmente se hacen entre un intermediario y un coautor.

Los bienes jurídicos tutelados de este delito son:

- Derecho a la integridad personal (física, psíquica, emocional y sexual).
- Libertad personal de las personas menores de edad.
- Derecho a la dignidad.
- Derecho a la personalidad.
- Derecho a vivir libre de violencia (física, psicológica y sexual).

Conforme a los lineamientos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, cuyo contenido incide en el diseño de una política criminal en esta materia, el tipo delictivo sobre trata de personas agravado, podría ser el siguiente:

Trata de personas menores de edad
Quien promueva, facilite o favorezca el traslado interno o internacional de

personas, para explotación sexual o para mantenerlas en servidumbre sexual o laboral, será sancionado con pena de prisión de cuatro a diez años.

El tipo penal que se propone, contempla una serie de acciones que tal como se expuso supra, definen al intermediario como coautor, en virtud de la amplitud de los verbos definatorios del ilícito, al incluir la promoción, facilitación y favorecimiento. De igual forma, en casos muy excepcionales podría darse la tentativa, porque la promoción incluye todos los actos que tradicionalmente se catalogarían como tentativa.

5) VENTA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (PERSONAS MENORES DE EDAD)

En el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, (ONU, 2000), artículo 2 inciso a), se define qué se entiende por este concepto, de la siguiente manera:

transferir a un niño o niña a otra persona a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución

Los bienes jurídicos tutelados de este delito son:

- Derecho a la dignidad de las personas menores de edad.
- Derecho a la integridad sexual.
- Derecho a la libertad personal.
- Derecho a la personalidad.

En relación con la competencia territorial, se establece en el artículo 3 párrafo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (ONU, 2000), que los actos o actividades descritos en el artículo 2 deberán ser comprendidos en la legislación penal del Estado Parte tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras.

6) TURISMO SEXUAL

En la normativa se hace referencia a esta actividad cuando se menciona para efectos de aunar esfuerzos entre los Estados para lograr el castigo de los responsables de la ESC, pero no es un término que forme parte de las definiciones de ESC:

Cooperación internacional para el castigo de los responsables de actos de venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía

o el turismo sexual (artículo 10.1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, ONU, 2000).

En varios países se han planteado la necesidad de reprimir las actividades relacionadas con el turismo sexual de personas menores de edad, tal como se ha hecho en Italia, en donde se imponen penas de seis a doce años de prisión, a las personas que organicen u ofrezcan en publicidad viajes que tengan como finalidad el disfrute de actividades de ESC en perjuicio de personas menores de edad²⁶.

La recomendación que se hace en relación con esta modalidad, es crear un tipo penal que sancione conductas que están fuera de otros tipos penales relacionados, como el de proxenetismo y el de actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad, y se podría recurrir a la técnica de tipificar como autoría conductas que pueden ser sancionadas por complicidad.

El tipo penal de turismo sexual podría incluir conductas como promocionar la ESC dentro y fuera del país por diferentes medios, ya sea creando sitios web donde se incluya información que promocióne a un país como destino de ESC, etc.

7) ESCLAVITUD SEXUAL

El Estatuto de la Corte Penal Internacional hace referencia a la esclavitud sexual, en los siguientes términos:

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa por parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil o con conoci-

²⁶ En Guatemala, Nicaragua y Honduras, se han planteado en los anteproyectos de reforma a los códigos penales, tipos delictivos que reprimen el comercio sexual, definiéndolo como: "Turismo sexual de niñez o adolescencia. Será reprimido con pena de prisión de cuatro a ocho años a quien permita, tolere, coopere o realice actividades encaminadas a promover el país como un destino accesible para el disfrute de servicios sexuales en perjuicio de personas menores de edad". Se han propuesto tipos similares en Nicaragua y Guatemala. El tipo penal prevé una multiplicidad de acciones que definen el núcleo del tipo, previsión que convierte a los intermediarios en coautores. El hospedaje de personas menores de edad, es un tipo delictivo que complementa el control sobre las posibles actividades de ESC relacionadas con el turismo. El artículo 350 del Código Penal de República Dominicana, prevé una disposición específica que reprime tales actividades, en los siguientes términos: "Hospedaje de persona menor de edad. Se impondrá pena de seis meses a dos años de prisión a quien hospede a una persona menor de edad en un hotel o motel, o en un establecimiento similar, sin la compañía de sus padres o sin la autorización de estos o de la autoridad competente. En caso de reincidencia, el juez podrá decretar el cierre del establecimiento por un término de quince a treinta días".

miento de dicho ataque: (...) g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado...” (artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998).

No obstante, sólo define “esclavitud” en los mismos términos en que la Convención sobre la Esclavitud (1926) que tampoco hace referencia a la esclavitud sexual, pero sí define lo que se entiende por “esclavitud” en general:

Es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad a algunos de ellos. (artículo 1).

Y la trata de esclavos comprende:

Todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle, todo acto de cesión por venta o intercambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos (artículo 1).

Por esta razón, no se cuenta con una definición en la normativa internacional de lo que ha de entenderse por esclavitud sexual, no hay una descripción de las conductas que abarcan este concepto, pero sí se hace referencia en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956, como instituciones análogas a la esclavitud sexual que se relacionan con ESC:

quien pague en dinero o en especie a los padres/madres, al tutor, a su familiar o a cualquier otra persona o grupo de personas a fin de contraer matrimonio con una mujer -sin que le asista a ella el derecho a oponerse- (artículo 1 idem)

quien reciba pago en dinero o en especie de otra persona a cambio de entregar para matrimonio a una mujer sin que le asista el derecho a oponerse (artículo 1 idem)

quien ceda a un tercero a título oneroso o de otra manera a su esposa o a un miembro de la familia (artículo 1 idem)

La esclavitud esta relacionada al dominio y sumisión consecuente de una persona con respeto a otra(as) de manera que su libertad y su autonomía son anuladas. Estos conceptos relacionados con la esclavitud e instituciones y prácticas análogas serían aplicables a la ESC si estas conductas son realizadas con fines sexuales.

El Convenio 29 de la OIT sobre Trabajo Forzoso, lo define en el artículo 2 de la siguiente manera:

...la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido al individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

Para efectos del presente trabajo, esta definición no resulta de utilidad por cuanto la ESC no se conceptualiza ni como trabajo ni como servicio.

Se debe crear una figura delictiva que defina, conforme a los conceptos que se han desarrollado en el derecho internacional, lo que puede considerarse como esclavitud o servidumbre. Este tipo delictivo permitiría incluir algunas actividades en las que pueden existir ESC de personas menores de edad, pero que no pueden subsumirse dentro de los tipos delictivos principales.

El tipo penal que sancionaría los actos en los que se somete a otra persona a la condición de servidumbre podría contener los siguientes elementos:

Servidumbre

Quien reduzca o mantenga a una persona en servidumbre o en otra condición en la cual la persona ofendida, aún sin servir al agente, se encuentre sometida a él, será sancionado con pena de prisión de cuatro a doce años.

La misma pena se aplicará a quien se haga mantener de una persona sometida a servidumbre.

8) PROXENETISMO

Según la normativa internacional, se define como proxeneta en términos generales a:

quien para satisfacer las pasiones de otra concertare o explotare la prostitución de otra persona aún con el consentimiento de tal persona (artículo 1 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, 1949)

Esta última definición incluye un elemento que para los conceptos actuales es intrascendente como lo es el de "satisfacer las pasiones de otra persona". Con esta normativa, el tipo penal del delito de proxenetismo debe sancionar las siguientes conductas:

- Concertar
- Explotar

No obstante, en la doctrina y en la legislación más reciente, se incluye las siguientes modalidades:

- Promover, facilitar, inducir y reclutar la prostitución y/o la ESC

Además, se debe incluir las siguientes formas de participación en el proxenetismo:

mantener una casa de prostitución, la administre o a sabiendas la sostuviera o participare en su financiamiento (artículo 2 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, 1949), y

quien da o tome a sabiendas en arriendo un edificio o local o cualquier parte de los mismos para explotar la prostitución ajena (artículo 2 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, 1949)

Proxenetismo (relacionado con personas menores de edad)

Con respecto al proxenetismo que involucra a personas menores de edad, la normativa internacional indica lo siguiente:

utilizar, reclutar u ofertar/ofrecer niños/as para la prostitución (Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, 2000, artículo 3 inciso b)

ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño o niña con fines de explotación sexual (artículo 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 niños en la pornografía, 2000)

ofertar/ofrecer, poseer, adquirir o entregar a un niño con fines de prostitución (artículo 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 niños en la pornografía, 2000)

quien explote a un niño/a a través de la prostitución y otras prácticas sexuales ilegales (artículo 34 inciso b) de la Convención de los Derechos del Niño)

Según estas definiciones, el proxenetismo no sólo implica relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad, como se define el proxenetismo en tratándose de víctimas adultas. Siendo ESC el proxenetismo puede incluir otras formas de explotación sexual como la utilización de personas menores de edad en espectáculos sexuales y en "otras prácticas sexuales ilegales", y así debe redactarse el tipo penal, de manera que abarque otras formas de ESC además de las relaciones sexuales remuneradas.

También es necesario recalcar que el tipo penal se consuma sin que interese si la persona que lo realiza lo hace con fines de lucro, o no. Este elemento debe ser eliminado de los tipos penales de proxenetismo, así como la referencia a "la satisfacción de los deseos ajenos o de otras personas".

Lo recomendable es que se formule un tipo penal de proxenetismo simple, donde se tipifique y se sancionen las conductas relacionadas con la explotación de la prostitución de personas adultos/as, y luego, un tipo penal de proxenetismo agravado, donde se incluyan los siguientes supuestos:

- Que la víctima sea persona menor de 18 años de edad.
- Que las conductas sancionadas sean de explotación sexual.
- Que exista un vínculo de parentesco entre el autor(a) y la víctima. Incluye aquel derivado de vínculos de hecho (convivencia de pareja, noviazgo, etc.).
- Que exista una relación de poder, de dependencia o de confianza entre el autor(a) y la víctima, independientemente de que exista vínculo de parentesco.
- Que exista engaño, violencia, intimidación, coacción, abuso de autoridad, situación de necesidad para la víctima.

Recogiendo todos los elementos conceptuales con los que pueden trazarse los principios que orientarían el control y represión de las actividades ligadas a la promoción de ESC de personas menores de edad, se podría definir el tipo delictivo de proxenetismo y sus agravantes, en los siguientes términos:

Proxenetismo

Quien induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de personas de uno u otro sexo, las mantenga en ella, o a quien las reclute con ese propósito, será sancionado con la pena de prisión de dos a cinco años.

El alcance de los verbos que definen el tipo delictivo, es muy amplio, aunque debe admitirse que en todos los casos se trata de conductas que tengan alguna trascendencia en relación al estado de prostitución. En todo caso, la definición es muy amplia, equivalente a "contribuir de algún modo"; aunque siempre es necesario que la acción tenga algún nexo causal directo con la actividad que se pretende reprimir.

Proxenetismo agravado

...La pena será de cuatro a diez años de prisión si el autor induce, promueve, favorece o facilita la explotación sexual de personas menores de 18 años de edad (...)

9) RUFIANERÍA

La rufianería consiste en que una persona se hace mantener total o parcialmente por otra, explotando las ganancias provenientes de la prostitución o la ESC de ésta. El elemento central de este delito, según se ha valorado recientemente, es la coacción,

la imposición que hace una persona sobre otra para que la mantenga con las ganancias que le genere la prostitución o la ESC²⁷.

La norma internacional más cercana al delito de rufianería es la siguiente:

quien explote la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona (artículo 1 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, 1949)

En este caso, es conveniente que se aplique la técnica recomendada, de formular un tipo penal base de rufianería, que incluya como elemento objetivo del tipo, la coacción o cualquier condición que debilite la voluntad de la víctima, creando, además, una figura agravada, en los casos en que la víctima sea una persona menor de edad. En este último supuesto, debe eliminarse la coacción como elemento objetivo del tipo, que es admisible cuando el sujeto pasivo es mayor de 18 años de edad. La trascendencia constitucional que tiene la protección de las personas menores de edad, no requiere que el sujeto activo realice una acción calificada para que se produzca el delito; pierde relevancia una supuesta aquiescencia de la víctima, cuando ésta tiene menos de dieciocho años.

Conforme a los requisitos recién citados, el tipo delictivo de rufianería podría definirse en los siguientes términos:

Rufianería

Quien coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, se haga mantener, aunque sea en forma parcial, por una persona que ejerza la prostitución, explotando las ganancias provenientes de esa actividad, será sancionado con pena de prisión de dos a ocho años.

La pena se agravará:

- 1- Se impondrá pena de cuatro a diez años de prisión, cuando la ofendida es menor de trece años de edad.
- 2- La pena será de tres a nueve años de prisión, si la persona ofendida es mayor de trece años, pero menor de dieciocho años de edad.

En los dos supuestos anteriores, no se requiere que el sujeto activo ejerza ninguna coacción, engaño o abuso para la comisión del delito.

²⁷ Tratándose de personas adultas, la coacción es central para que se configure el delito, porque existe la posibilidad de que una persona adulta que ejerce la prostitución mantenga a su pareja con el dinero obtenido por una actividad que no es delictiva, si esa es su voluntad y su decisión. Lo que no es permitido es que la pareja la coaccione para que la mantenga mediante el ejercicio de la prostitución. Existen situaciones donde la ex pareja continúa asediando, amenazando e inclusive golpeando a la víctima para que ésta le siga entregando determinada suma de dinero. Se trata de una prostitución forzada que no es ni más ni menos que una modalidad de servidumbre.

C) DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL RELACIONADOS CON LA ESC

Considerando que muchas veces, las situaciones de ESC van a acompañadas o tienen como antecedente violaciones sexuales y/o abusos sexuales²⁸ y que la ESC es una forma -no la única- de violencia sexual contra las personas menores de edad, la reforma penal que aquí se propone debe necesariamente abarcar la revisión y reforma de la parte especial de los Códigos Penales, a efectos de lograr una legislación congruente que se fundamente en los principios de la Doctrina de la Protección Integral y en los preceptos normativos desarrollados en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Convención de Belem do Pará y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

A continuación, se hace referencia a cada uno de estos delitos, con una propuesta de reforma para cada uno.

1) VIOLACION SEXUAL

A la fecha, se sigue considerando que la violación sexual es el delito más grave de los delitos de violencia sexual, por tratarse de una severa invasión al cuerpo de la víctima. No obstante, se han elaborado críticas sobre el concepto tradicional de "acceso carnal" asociado a la penetración del pene en el ano y la vagina, se considera que la conducta de introducir el pene, los dedos u objetos o lengua en determinadas partes del cuerpo (boca, ano, vagina) incluida la penetración por medio o con la utilización de animales, son conductas más graves que otras que también constituyen violencia sexual, y que estas conductas son constitutivas del delito de violación sexual, más gravemente sancionado que todos los demás delitos de violencia sexual.

Los bienes jurídicos tutelados del delito de violación son:

- Integridad personal (física, sexual y emocional)
- Libertad sexual (tratándose de personas mayores de 15/16 años de edad)
- Dignidad

En la discusión sobre la violación sexual, se debe tomar en cuenta que no existe unanimidad en el criterio de la edad tope que tutele a niños y niñas. Algunas legislacio-

²⁸ En la ruta crítica del estudio hecho en Costa Rica sobre explotación sexual, se determinó que de la población estudiada víctima de ESC, un alto porcentaje (79.3%) a su vez fue víctima de abuso sexual, y que éste se configura como uno de los factores impulsores en la ruta crítica. Véase UNICEF, Explotación sexual en Costa Rica, Análisis de la ruta crítica de niños, niñas y adolescentes hacia la prostitución, Costa Rica, 1998, pág. 111.

nes sancionan como violación realizar la conducta típica independientemente del consentimiento, uso de fuerza física o intimidación, cuando la víctima es menor de 12 años de edad, y otros países han ampliado su tutela a las víctimas menores de 13 años de edad, y hay sectores que promueven la tutela a las personas menores de 15 años de edad.

Según el criterio de la máxima tutela jurídica posible, es importante lograr ampliar la edad al menos a los 13 años de edad en la legislación penal de la región.

2) ABUSO SEXUAL CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD

Bajo esta modalidad, se incluyen aquellas conductas sexualmente abusivas que no constituyen violación sexual (porque no existe penetración) y tampoco ESC (porque no media pago o promesa de pago o remuneración).

Luego, el delito denominado en muchos países como “abuso deshonesto” debe ser nombrado como “abuso sexual” y es aquel que involucra todas aquellas conductas de violencia sexual que no impliquen penetración (que serían los tocamientos, roces, besos) pero que invaden el cuerpo de las víctimas.

La conducta a penalizar es la realización de actos sexuales contra una persona menor de edad que no configure el delito de violación sexual y que no medie una remuneración o promesa de pago.

Por ejemplo, en Costa Rica, con la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, se crearon dos tipos penales: abuso sexual contra personas menores de edad e incapaces, y abuso sexual contra personas mayores de edad, estableciéndose penas más altas para el primer delito. En la formulación del tipo penal, los legisladores optaron por utilizar el concepto “actos con fines sexuales” debido a que se dio toda una polémica sobre los límites y naturaleza de los actos que estaban siendo penalizados con este delito. Con esta formulación se resolvió la discusión de si se estaba penalizando el acto, por ejemplo, de bañar a un/a niño/a o de besarle como expresión de cariño: es un acto sexual el tocamiento con fines sexuales del cuerpo de una persona menor de edad.

Como ya se indicó, el tipo delictivo supone la supresión del concepto de “abusos deshonestos”, sustitución que permite enfatizar que estas figuras punitivas protegen la libertad sexual y la integridad sexual.

El tipo delictivo que se propone podría definirse, en los siguientes términos:

Abusos sexuales contra personas menores de edad y personas incapaces.
Quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una perso-

na menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años.

La pena será de cuatro a diez años de prisión en los siguientes casos:

- 1) Cuando la persona ofendida sea menor de trece años de edad.
- 2) Cuando el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.
- 3) Cuando el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.
- 4) Cuando el autor se prevalega de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

Es interesante definir qué se entiende por "vulnerabilidad", concepto muy importante respecto de las personas menores de edad. Dicho concepto debe entenderse como la situación en que el sujeto pasivo estima que no tiene alternativa razonable y que debe someterse a la voluntad del sujeto activo, que en el caso de una persona menor de edad siempre tiene elementos de juicio muy limitados para poder valorar una situación.

3) DELITO DE ESTUPRO Y SODOMIA

La reforma a estos delitos se hace necesaria en el tanto el origen del delito de estupro está más vinculado con las concepciones superadas de que el bien jurídico tutelado de los "delitos sexuales" era la honestidad. Con la concepción actual, y según los postulados de la Doctrina de la Protección Integral y el principio de derechos humanos de no discriminación, debe igualarse la tutela de las víctimas sin distinción de sexo y eliminarse la calificación de la víctima como la de "mujer honesta". En su lugar, debe formularse un tipo penal que sancione a aquellas personas que se aprovechan de la edad de la víctima para tener relaciones sexuales con el consentimiento de ésta y sin que medie pago alguno, tratándose de víctimas de 12/13 a 15/16 años de edad.

Esta regulación responde al objetivo de no penalizar el ejercicio de la sexualidad de la población adolescente pero sin desconocer que existen desigualdades de poder entre las personas adultas y las personas adolescentes.

Relaciones sexuales con personas menores de edad

Quien aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal con persona, de uno u otro sexo, mayor de trece años y menor de quince años de edad, por vía oral, anal o vaginal, con su consentimiento, será sancionado con pena de prisión de dos a seis años.

Igual pena se impondrá si la acción consiste en la introducción de uno o varios dedos, objetos o animales por vía vaginal o anal.

La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando la víctima sea mayor de trece años y menor de dieciocho años de edad, y el agente tenga respecto de ésta la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador.

El delito que se propone, tutela la libertad e integridad sexual de un sector de la población, la que se encuentra entre los doce/trece y los quince años de edad, al que tradicionalmente no se le había brindado ninguna protección. El sujeto activo debe aprovecharse de la inmadurez de la víctima, dada por la edad, para obtener el acceso carnal.

4) DELITO DE RAPTO

Utilizan conceptos derivados de concepciones no vigentes sobre la violencia sexual, vinculándolo más con delitos contra el honor, la honestidad, o el pudor. Estos delitos por lo general incluyen elementos subjetivos como “fines libidinosos” y “mujer honesta” y distingue si se realizan con fines de matrimonio o no.

Por éstas razones, y según la doctrina de la protección integral y el principio de no discriminación sexual, se deben derogar en los Códigos Penales de la región y en su lugar, reforzar los delitos de abusos sexuales, de privación de libertad sin ánimo de lucro, secuestro, coacción, amenazas y extorsión, que en realidad son los que serían de aplicación.

5) DELITO DE CORRUPCIÓN

En la legislación de la región se incluye el delito de corrupción originalmente para sancionar a quien realice actos sexuales “prematurados, perversos y excesivos” con una persona menor de edad. El tipo penal se realizaba –desde esta lógica- siempre que la víctima no fuera corrupta.

La figura de corrupción en realidad corresponde a una tradición que ha sido superada por los postulados de derechos humanos y de la doctrina de la protección integral. Actualmente, quien realice actos sexuales con personas menores de edad realiza abuso sexual; los efectos que éste abuso deja en las víctimas son secuelas o parte de la lesión y no se denomina corrupción. Por ello, el delito de corrupción deja de tener vigencia y debe ser reformulado para que corresponda con los postulados de la moderna doctrina en derechos humanos de personas menores de edad. La reformulación debe incluir desterrar el mismo concepto de “corrupción” y penalizar las conductas como abuso sexual y eliminar disposiciones que revictimicen y desprotejan a las víctimas como lo es la calificación de ésta como corrupta/o.

D) NORMAS PENALES DE FONDO Y PROCESALES RELACIONADAS CON LA APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE ESC

1) MODIFICACIONES DE LAS NORMAS SUSTANTIVAS

1.a) REGLAS SOBRE PRESCRIPCIÓN. LA DEBILIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Las omisiones sobre tipicidad, las penas leves previstas en los delitos relacionados con la ESC de personas menores de edad, así como los conceptos tradicionales que han imperado en el tema de la prescripción, han debilitado, notablemente, la tutela judicial efectiva de las personas menores de edad que han sido víctimas de abusos sexuales, incluyendo la explotación sexual comercial.

La potestad de someter a una persona a un proceso penal es un poder que requiere límites que logren asegurar el debido proceso, el derecho a la justicia de la víctima y el principio de igualdad entre las partes.

En el modelo procesal tradicional, la víctima ha sido postergada y en mayor medida si es una persona menor de edad. Esta invisibilidad también se manifiesta en las reglas sobre prescripción, que realmente no captan la grave asimetría que existe entre el adulto que abusa de su posición y la persona menor de edad, situación que convierte el proceso en un instrumento que asume, erróneamente, una mítica igualdad que las partes en conflicto no tienen.

En realidad la prescripción responde, básicamente, a una decisión político criminal cuyo contenido debe respetar un valor constitucional y penal importante: el principio de proporcionalidad. La potestad persecutoria del Estado no puede tener límites indeterminados. El plazo en el que caduca la potestad persecutoria debe ser proporcional a la gravedad y magnitud de la infracción que se pretende perseguir.

Respecto a los plazos de la prescripción, la visión tradicional sobre los abusos sexuales cometidos en perjuicio de personas menores de edad, la tendencia a considerarlo un conflicto intrafamiliar y privado, ha provocado que los plazos de prescripción de las infracciones penales denoten una grave desproporción entre la entidad y gravedad del hecho y el breve plazo de prescripción que permitiría una intervención estatal a través del sistema punitivo.

En esta materia deben encontrarse soluciones que permitan establecer un adecuado equilibrio entre el principio de proporcionalidad y la tutela judicial efectiva que merece la persona menor de edad que ha sufrido los graves efectos de la explotación sexual comercial.

Esta ponderación de valores puede justificar, en algunas hipótesis, la imprescriptibilidad de algunas infracciones, tal como ocurre, por ejemplo, con el genocidio²⁹, en el que se considera que la gravedad del hecho, así como la impunidad que rodea el infractor, al contar con el apoyo del aparato estatal, impide su persecución hasta que se produzca un cambio en el régimen político³⁰.

Se introduce de esta forma un concepto muy importante que influye en la definición de la prescripción: si el infractor puede ejercer un dominio que le asegura su impunidad frente a las agencias de persecución y juzgamiento, no puede admitirse la prescripción, porque la víctima no ha podido ejercer, como corresponde, su derecho a una tutela judicial efectiva y el Estado no ha podido reaccionar como correspondía.

Es indudable que los mismos presupuestos mencionados le son aplicables a las conductas relacionadas con la promoción o explotación sexual comercial de personas menores de edad. Se trata de hechos muy graves en los que el sujeto activo mantiene un control absoluto sobre la capacidad de reacción de las víctimas, de tal forma que en estas condiciones es posible proponer, como se ha hecho en el proyecto de código penal costarricense, que cuando se trata de estas infracciones, los delitos son imprescriptibles³¹. En el último párrafo del artículo ocho del proyecto se establece que:

“es imprescriptible la acción penal y la pena, tratándose de conductas punibles contra el Derecho Internacional Humanitario; de terrorismo, de genocidio, tráfico ilícito de personas, órganos, materiales anatómicos, u óvulos fecundados en cualquier etapa de desarrollo; y de promoción o explotación sexual comercial de personas menores de edad...”

Los diversos plazos de prescripción previstos para los delitos, reflejan necesidades de orden político criminal, así como la inevitable selectividad del derecho penal³². La trascendencia del bien jurídico protegido determina, conforme al principio de proporcionalidad, el plazo de prescripción, que en el caso de los delitos vinculados con

²⁹ El apartado cuarto del artículo 131 del código penal español establece la imprescriptibilidad del delito de genocidio. De igual forma, el apartado segundo del artículo 133 establece la imprescriptibilidad de la pena por el delito de genocidio.

³⁰ Ver Juan Antonio Lascurain Sánchez- “Código Penal comentado”- Ed.Civitas. España. 1997- p. 374.

³¹ Existen algunas infracciones tan graves, que la única respuesta posible para mantener la proporcionalidad y evitar la impunidad, es su imprescriptibilidad.

³² El límite temporal a la persecución estatal, es una decisión en la que el legislador aplica criterios de razonabilidad, oportunidad y proporcionalidad. La evaluación del bien jurídico tutelado tiene un efecto determinante. Pastor, Daniel. “Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal”. Ed. Del Puerto. Argentina- 1993- p. 42-43.

la ESC de personas menores de edad, es de tal entidad y trascendencia, aunado a la clara manifestación de una grave asimetría, según se refirió supra, que sin violentar los límites de razonabilidad, se justifica que sean delitos imprescriptibles. No existe realmente ninguna diferencia sustancial entre las asimetrías que propician el genocidio y sus graves efectos y las que caracterizan las infracciones más graves que lesionan la dignidad y la integridad de las personas menores de edad.

La verdadera naturaleza jurídica de la prescripción se define mejor como una sanción a los órganos de persecución y enjuiciamiento estatal por el reprochable retardo en el cumplimiento de sus deberes. Sólo por este motivo se justifica la prescripción. Se trata de una sanción a los órganos estatales por su inactividad³³. No podría justificarse realmente la prescripción, si no ha existido una inactividad reprochable de las agencias de persecución³⁴.

No puede desarrollarse el plazo de prescripción mientras el Estado no tenga los elementos básicos para poder iniciar una acción efectiva de investigación y persecución. Esta situación es evidente en diversas hipótesis, una de ellas es cuando el autor mantiene un dominio sobre la ejecución del hecho, tal como ocurre con los delitos permanentes o de efectos permanentes. En esta situación, el infractor mantiene un control sobre la ejecución del hecho, de tal forma que las agencias estatales no inician la persecución no por causa de una reprochable inactividad, que es la situación que justificaría la prescripción.

³³ Pastor, Daniel. Ibid. p.46.

³⁴ Ver del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, sentencia número 31-F-99. Además en el voto 391-99, se reitera que la prescripción tiene un carácter sancionador, conforme a lo que establece la "...jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, emitida a través de la Sala Constitucional, en punto a la naturaleza sancionatoria de la prescripción; esto es, no se trata de un derecho del imputado, sino de una sanción procesal por la inactividad de las partes en el plazo predeterminado por la ley. En concreto ha dicho el tribunal de constitucionalidad en el caso *Medina Pérez* ya citado: «... no existe un derecho constitucional a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela judicial efectiva y a la igualdad... la prescripción es un instrumento jurídico creado a efecto de declinar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, que actúa a modo de sanción procesal por la inactividad de los sujetos procesales en los procesos iniciados o no...». En tanto el Tribunal de Casación Penal ha señalado: «... La prescripción es una sanción por el transcurso del tiempo, ante la inactividad del interesado, y solamente cuando esta opera surge el derecho para otro... En tratándose de la prescripción de la acción penal, es una sanción a la inercia del actor que deja pasar el tiempo sin impulsar el proceso; de donde resulta claramente que, en tanto no se realice algún acto de los señalados por ley para la interrupción... o suspensión... de la acción penal, el tiempo sigue corriendo... La prescripción -como se dijo- es una penalización procesal, un castigo ante la inactividad del actor; la inacción es el supuesto de hecho y la prescripción el efecto jurídico...» (C.R. vs. *Levy Levy*, Tribunal de Casación Penal integrado por los jueces Dall'Anese y Cruz y la jueza Aguilar, N° 133-F-99 de 23 de abril de 1.999)..."

Otra hipótesis es cuando se trata de delitos funcionales, en los que el infractor tiene una situación de privilegio que le asegura su impunidad, pues difícilmente el hecho se puede conocer e investigar mientras el autor se mantenga como funcionario estatal.³⁵ En estos casos se prevé una causal de suspensión del plazo de prescripción, iniciándose el plazo de prescripción a partir del momento en que el autor deje de ser funcionario estatal.³⁶ Se trata de casos en que el infractor tiene una situación de privilegio que le permite impedir la detección de la infracción o su investigación.

Los privilegios del poder estatal o las graves asimetrías que pueden existir en los delitos de ESC de personas menores de edad, aseguran un alto grado de impunidad y no permiten aplicar la prescripción, porque frente a un infractor que controla la investigación o que ejerce un poder abrumador frente a la víctima, no existe una reprochable inactividad del Estado que justifique la prescripción de la persecución estatal. En estas condiciones, la prescripción no puede convertirse en un instrumento que propicie la impunidad.

Asumiendo los presupuestos y condicionantes que se han examinado, debe admitirse que los hechos vinculados a la ESC de personas menores de edad, son hechos muy graves en los que existe una asimetría evidente entre la víctima y el victimario, situación que justifica la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena, tal como se propuso en el proyecto de código penal de Costa Rica.

En España se ha propuesto una solución legislativa diferente, suspendiendo el plazo de prescripción hasta el momento en que la persona menor de edad que ha sido víctima de delitos sexuales, alcance la mayoría.³⁷ El artículo 132.1 del código penal español establece que "...en la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen

³⁵ Según lo explica Bovino, este tratamiento diferenciado del régimen de prescripción para los funcionarios estatales que incurrir en un delito funcional se justifica, entre otras razones "...por la particular situación en la que se encuentra el funcionario mientras continúa desempeñando su cargo. Esa particular situación, en este sentido, contribuye a impedir u obstaculizar la detección o la persecución del ilícito. Por este motivo se justifica que, mientras permanezca en su cargo, no corra para él el plazo de prescripción aplicable a las demás personas que no gozan de su posición...". Ver del autor "La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino".- Editores del Puerto. 2001- p. 89

³⁶ El apartado b- artículo 34 del código procesal penal de Costa Rica establece que la prescripción se suspende en los delitos cometidos por funcionarios públicos "...en el ejercicio del cargo o con ocasión de él mientras sigan desempeñando la función pública y no se les haya iniciado el proceso...".

³⁷ Mediante Ley Orgánica del 30 de abril del 11/ 99 se modificó el apartado primero del artículo 132 del código penal español, ampliando el catálogo de delitos en los que se suspende el plazo de prescripción, agregando múltiples infracciones cometidas en perjuicio de personas menores de edad.

y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere persona menor de edad, los términos se computarán desde el día en que éste haya alcanzado la mayoría de edad y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento...". Esta fórmula legislativa se funda en los mismos presupuestos que justifican la imprescriptibilidad de los delitos vinculados a la ESC de personas menores de edad.

Es posible proponer otras soluciones legislativas, planteando como causal que suspende el plazo de prescripción, cuando se trate delitos que lesionen la libertad sexual de personas menores de edad, cometidos por sus padres, tutores o guardadores, mientras éstos mantengan el ejercicio de su cargo. No puede existir una inactividad reprochable de los órganos de persecución del Estado y por tanto, no puede correr el plazo de prescripción, mientras se mantenga vigente una relación de poder y de control entre la víctima y el victimario. Si en el caso de los funcionarios públicos que han cometido hechos delictivos, se suspende el plazo de prescripción hasta que dejen de ser funcionarios estatales, con mayor razón se justifica una disposición similar cuando existe una relación de poder y de control entre el agresor sexual y su víctima. La norma que se propone como causal de suspensión de la prescripción podría contener el siguiente texto:

Causal de suspensión

El cómputo de la prescripción se suspenderá.....en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos por los padres, tutores o guardadores en perjuicio de personas menores de edad, mientras éstos se mantengan bajo su cuidado o control...

1.b) DELITOS INTERNACIONALES. NEUTRALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE DOBLE INCRIMINACIÓN

Es necesario incorporar el principio de Justicia Universal o también llamado de justicia mundial, cuando se trata de delitos en que existe la ESC de personas menores de edad. No se aplican en estos casos las limitaciones que imponen los principios de personalidad, territorialidad o el real o defensa. Por tratarse de conductas que han alcanzado especial trascendencia para la comunidad internacional, a ésta le interesa que todos los Estados tengan legitimidad en su persecución y juzgamiento. La internacionalización de estos crímenes superan la visión nacionalista que orienta los tradicionales principios de territorialidad, personalidad y de protección. Impera de esta forma una visión cosmopolita, en la que el *ius puniendi* se desliga de su adscripción a la soberanía nacional y se convierte en una misión de cooperación internacional, al servicio de valores humanos que no responden a los limitados horizontes locales o nacionales.³⁸

³⁸ Rodríguez Mourullo, "Derecho Penal- Parte General"- Ed. Civitas. España. 1977- p.166.

Conforme a esta orientación, en el ordenamiento jurídico español se admite la persecución y enjuiciamiento por hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como delitos relativos "...a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces..."³⁹ De igual forma, en el proyecto de código penal de Costa Rica, se incluye como delito internacional la ESC de personas menores de edad.

El artículo 8 del proyecto al definir los delitos internacionales establece que:

"...Independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión de la conducta punible y de la nacionalidad del autor, se puede juzgar y sancionar conforme a la ley costarricense a quienes:5- Exploten o promuevan la explotación sexual de personas menores de edad; ...8-Tomen parte del tráfico ilegal de publicaciones pornográficas..."

Esta disposición tiene la ventaja que excluye el requisito de la doble incriminación, pues en Costa Rica se juzgaría por esos delitos, "...independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión de la conducta punible..."⁴⁰ El requisito mencionado se convierte en fuente de impunidad, porque es probable que en otros países no sólo se toleren las acciones vinculadas a la ESC de personas menores de edad, sino que no se encuentran claramente tipificadas como acciones criminales. La transnacionalización de este tipo de actividad delictiva, especialmente el turismo sexual y la pornografía infantil, encontraría en el principio de doble incriminación el mejor aliado para asegurar su impunidad.

1.c) SUPUESTOS DEL PERDÓN JUDICIAL. EFECTOS DEL MATRIMONIO ENTRE EL SENTENCIADO Y LA VÍCTIMA

En algunas legislaciones, como la de Costa Rica, se prevén disposiciones que permiten el perdón al infractor que ha incurrido en delitos que lesionan la libertad sexual de personas menores de edad. En el inciso siete del artículo 93 del código penal, se prevé una disposición que autoriza el perdón a favor del infractor en delitos como el rapto, el estupro y los abusos deshonestos.⁴¹ En el inciso ocho de la nor-

³⁹ Reforma del apartado e- del numeral cuarto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada mediante reforma introducido en Ley Orgánica 11/1999 del 30 de abril.

⁴⁰ Respecto del principio personal, en la legislación española también se admite la excepción al principio de doble incriminación cuando tal exclusión se infiere de un Tratado Internacional o de un acto normativo de una Organización internacional "...de la que España sea parte...". (Art. 23-2-a de la Ley Orgánica del Poder Judicial)

⁴¹ Según lo establece el artículo 93 del código penal, se extingue la pena a causa del perdón que en sentencia puedan conceder los jueces al condenado, previo informe que rinda el Instituto Na-

ma recién mencionada, se establece que para los mismos delitos se puede otorgar el perdón judicial, cuando los autores de tales ilícitos "...manifiesten su intención de casarse con la ofendida mayor de quince años, ésta consienta, el Patronato Nacional de la Infancia también lo haga expresamente y todas las circunstancias del caso indiquen que la oposición al matrimonio, por parte de quien ejerce la patria potestad, es infundada o injusta...". Estas disposiciones evidencian la tradicional trivialización que ha imperado en la valoración social y judicial frente a las acciones lesivas a la dignidad y la libertad sexual de las personas menores de edad.

El perdón judicial siempre se autoriza en casos en los que existe una evidente reducción del juicio de reproche por la acción criminal cometida, de tal forma que el perdón judicial se convierte en una forma de extender los efectos de una causal que reduce el juicio de reproche por el hecho delictivo cometido (culpabilidad disminuida); sin embargo, cuando se trata relaciones sexuales o abusos sexuales en perjuicio de personas menores de edad, así como el rapto, que es un hecho tan grave, no es admisible una reducción del juicio de reproche por el hecho. Salvo que se mantengan los arraigados prejuicios que le dieron sustento a una cultura que invisibilizó los derechos de las personas menores de edad y su dignidad, no podría justificarse un perdón judicial frente a acciones tan graves.

Las acciones delictivas que lesionan la dignidad, la libertad y la indemnidad sexual de las personas menores de edad, merecen una respuesta punitiva, pues su naturaleza jurídica y las motivaciones del sujeto activo, así como la entidad del perjuicio ocasionado al bien jurídico tutelado, no justifican un perdón que se convierte, de hecho, en un expediente que disfraza la impunidad.

El panorama analizado se agrava aún más, al autorizar el perdón judicial en los delitos mencionados, cuando el infractor promete matrimonio a la víctima, mayor de quince años, admitiendo que el juez pueda conceder el perdón, aunque se opongan los padres de la persona menor de edad.⁴² Esta solución refleja con mayor dramatismo, los prejuicios que imperaron respecto a la condición de las personas que además de ser menores de edad, eran mujeres.

cional de Criminología sobre su personalidad, en los siguientes casos: al autor de un delito de rapto, estupro o abusos deshonestos si la persona ofendida o sus representantes legales conjuntamente con aquél lo soliciten. El Juez no podrá otorgar el perdón si el Patronato Nacional de la Infancia se opone cuando la persona fuere menor de edad.

⁴² Como antecedente de esta disposición, puede mencionarse el artículo 132 del código penal argentino, que establece que en los casos de "...violación, estupro, rapto o abuso deshonesto de una mujer soltera, quedará exento de pena el delincuente si se casare con la ofendida, prestando ella su consentimiento, después de restituida a casa de sus padres o a otro lugar seguro...". Un antecedente más antiguo se encuentra en el viejo código penal italiano, edición de 1972, cuyo artículo 544 establecía que para los delitos de violación, abusos deshonestos, rapto, propio e impropio, estupro y la corrupción de persona menor de edad, el matrimonio que el autor del deli-

No existe ninguna razón político criminal para considerar que frente a hechos tan graves, el matrimonio pueda tener un efecto preventivo o rehabilitador. Un acto de tanta complejidad y trascendencia como el matrimonio, no puede convertirse en un instrumento reparador del derecho penal. Es decir, que la violencia y la grave lesión a la dignidad que conlleva actos tan reprochables como el rapto, los abusos deshonestos o el estupro, se “solventan o compensan” con el matrimonio. Pareciera que la ejecución de tales acciones es una forma de llegar al matrimonio; es decir, que frente a hechos violentos y lesivos de la dignidad, el Estado y la sociedad retroceden, dejando que sea el matrimonio el que ejerza un efecto disuasor y rehabilitador.

El despropósito de esta disposición, es evidente. El matrimonio se convierte en un instrumento con el que se lesiona la tutela judicial efectiva de la víctima. Es una fórmula que propicia una conciliación que ni siquiera cumple con los requisitos que deben orientar las fórmulas de solución alternativa de conflictos. El matrimonio se sigue utilizando como una fórmula de impunidad, cuando se establece, tal como ocurre en Costa Rica, que la acción penal y la pena por delitos contra la honestidad, se extinguen cuando en los casos en que es legalmente posible, el procesado o condenado se casa con la ofendida. Nuevamente en esta hipótesis resurgen los mismos interrogantes y objeciones que ya fueron expuestos. La unión matrimonial entre infractor y ofendida no es más que una muestra más de la trivilización que usualmente se ha hecho, en el plano legal y judicial, de las acciones lesivas a la integridad sexual y la dignidad de las personas menores de edad.

Muy acertada es la disposición que contiene el Código Penal español, que establece que en los delitos contra la libertad sexual, el perdón del ofendido o de su representante legal, no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase. (art. 191-2 del código penal español). Esta disposición refleja muy bien el viraje que se ha dado en la concepción político criminal que orienta el control y represión de estos delitos, especialmente si las víctimas son personas menores de edad.

1.d) LA REPARACIÓN DEL DAÑO (RESPONSABILIDAD CIVIL)

La intervención del sistema penal no sólo pretende la sanción del infractor, sino que también debe asegurarse, hasta donde sea posible, la reparación de los daños oca-

to contraiga con la persona injuriada extinguirá la infracción, aun respecto a quienes hayan concurrido en ella. Señala además, que si hubiese recaído condena, cesará su ejecución y sus efectos penales. Los arraigados prejuicios que han orientado la tutela de las mujeres menores de edad que han sido víctimas de abusos y vejámenes, se evidencia en el hecho que autores como Soler y Maggiore, se refieren a las causales de extinción de la acción y del delito, sin brindar mayores explicaciones. (ver de Soler- “Derecho Penal Argentino”- Ed. TEA. Argentina. 1973- Tomo III- p. 338 y ss; de Maggiore consultar “Derecho Penal”. Ed. Temis. Colombia. 1972. Tomo IV- p. 134.) Con todas estas fórmulas se infiere que la violencia era una forma legítima de acceder al matrimonio.

sionados a las víctimas. La decisión del juez no sólo debe sancionar penalmente al infractor, sino que el juzgador debe tener la posibilidad de imponer algunas medidas que reduzcan los graves daños, físicos y psíquicos, ocasionados a las personas que han sufrido graves lesiones a su dignidad y su libertad.

Dado que con la imposición de una sanción al ofensor lo que se persigue es, no sólo castigar al culpable, sino reparar, en la medida de lo posible, los daños causados a la víctima y, teniendo en cuenta, que con la pena de prisión este segundo objetivo no se cumple en su totalidad, se hace necesario que el juez establezca una serie de medidas dirigidas a paliar, hasta donde sea posible, los daños ocasionados a la víctima de este tipo de delitos que por su especial crudeza causan importantes perjuicios tanto en la salud física como psíquica de la persona ofendida.

El cumplimiento de estas obligaciones debe ser uno de los criterios que debe tomar el juzgador al aplicar, durante la ejecución de la pena, medidas que significan una reducción de la pena o la concesión de un régimen penitenciario de confianza o de intenso contacto con la comunidad. En la legislación penal podría introducirse una disposición que imponga otras obligaciones al condenado. La norma que se propone, es la siguiente:

Al dictar sentencia, el juez deberá imponer al condenado la obligación de pagar una indemnización que cubra la reparación de los daños físicos y psíquicos producidos a la salud de la víctima.⁴³

Otro modelo más explícito sobre esta materia, es el que propone la ley modelo para combatir la trata de personas del Departamento de Estado norteamericano. Conforme a dicha proposición, las normas que podrían regular el deber de indemnizar a las víctimas en los delitos de ESC, serían las siguientes:

En los delitos contra la libertad sexual y la ESC de personas menores de edad, el juez, al dictar sentencia, le impondrá al condenado la obligación de indemnizar a la víctima, en los siguientes extremos:

- 1) los costos del tratamiento médico o psicológico;
- 2) los costos de la terapia y rehabilitación física y ocupacional;
- 3) los costos del transporte, vivienda provisional y cuidado de persona menor de edad que sean necesarios;

⁴³ Una norma similar se ha propuesto en el anteproyecto de reforma al código penal de Nicaragua, sin embargo, se incluye en ella el tratamiento compulsivo para el ofensor, obligación que lesiona derechos individuales, pues contraviene el principio de libertad de conciencia y de autodeterminación, en términos generales. A pesar de la condena que pueda imponerse, el tratamiento psicológico no puede ser coactivo.

- 4) los ingresos perdidos;
- 5) los honorarios de los abogados y otros costos, por ejemplo, los honorarios de los defensores de víctimas;
- 6) a) el ingreso bruto o el valor para el acusado de los servicios o el trabajo de la víctima o b) el valor de los servicios de la víctima garantizados conforme a [insertar referencia a las leyes uniformes del trabajo pertinentes] si éste es mayor;
- 7) indemnización por perturbación emocional, dolor y sufrimiento, y
- 8) cualquier otra pérdida sufrida por la víctima.

La indemnización se cancelará de inmediato a la víctima y el producto de los bienes decomisados se aplicará primero al pago de dicha obligación. El retorno de la víctima a su país de origen, u otro motivo de ausencia de la víctima de la jurisdicción en que se juzga el hecho, no perjudicará su derecho a ser indemnizada.

1.e) EL COMISO

Como consecuencia accesoria que produce la condena penal, es necesario en los casos de ESC de personas menores de edad, establecer reglas más precisas que permitan decomisar los bienes e instrumentos utilizados en la ejecución de este tipo de ilícitos, que en algunos casos, por ser una criminalidad que tiene un perfil similar al crimen organizado, se obtienen ganancias significativas y los infractores destinan una importante cantidad de recursos, a título de "inversión", con el fin de conseguir un alto rendimiento económico.

Las normas que regulan el comiso, deben tener un alcance mayor que las que se han utilizado tradicionalmente,⁴⁴ incluyendo las ganancias y los "insumos" que invierten los infractores en la ejecución de esta "empresa delictiva". Los fondos no deben sufragar actividades de investigación y represión, sino que deben destinarse, exclusivamente, a la indemnización y tratamiento de las víctimas de estos crímenes. La norma básica sobre el comiso, podría establecer:

- Toda pena que se imponga por un delito relacionado con la ESC de personas menores de edad, llevará consigo la pérdida de todos los bienes, inclui-

⁴⁴ El artículo 110 del código penal costarricense, por ejemplo, refleja un concepto muy restrictivo sobre los objetos cuya expropiación debe decretarse en virtud del comiso; sólo se refiere a los instrumentos con los que se cometió el delito y de las cosas y valores provenientes de su realización. Esta definición tan lacónica ha provocado una aplicación muy restrictiva de lo que debe considerarse bienes susceptibles de comiso. La disposición comentada, también asume una visión estatista sobre el destino de los bienes, ignorando las necesidades que requiere la rehabilitación e indemnización de las víctimas.

dos entre otros, dinero, objetos de valor, bienes raíces y vehículos que se utilizaron en el ilícito o se intentaba utilizar, o que se obtuvieron en su ejecución, o las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que hayan sido las transformaciones que hayan podido experimentar.

- Todos los bienes citados serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.
- Cuando no se trate de dinero o valores, los bienes decomisados, si son de lícito comercio, serán subastados por la autoridad judicial y el producto de dicha venta se destinará a la indemnización y tratamiento de las víctimas de estos delitos.
- También se decomisarán los bienes de las personas condenadas por estos delitos que se encuentren en el extranjero, en la medida en que puedan ser recuperados por el gobierno.

2) LINEAMIENTOS EN EL ÁREA PROCESAL

2.a) DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA

La gravedad y trascendencia de los bienes jurídicos que tutelan los tipos penales vinculados con la ESC de personas menores de edad, requiere que la acción penal en estos ilícitos, sea pública. Siendo tan graves los hechos criminales que lesionan a las personas menores de edad, no se justifica, de ninguna manera, que estos delitos sean de acción privada o de acción pública a instancia privada.

Es un hecho notorio, que en muchas ocasiones la lesión a la indemnidad sexual y a la dignidad de las personas menores de edad, proviene del círculo de adultos que ejercen sobre ellos un poder o representación, de tal forma que las limitaciones de acceso a la justicia y a los órganos de persecución que provocan los delitos de acción privada y los de acción privada a instancia, se convierten en otro instrumento que propicia la impunidad. Tanto en los delitos de acción privada como en los de acción pública a instancia privada, las infracciones a las que se aplica tales regímenes de la acción, son de mediana o escasa gravedad; sin embargo, cuando se trata de hechos criminales en los que existe la ESC de personas menores de edad, son hechos de tal gravedad que se justifica que cualquier persona pueda denunciarlos o que las autoridades judiciales o policiales puedan intervenir de oficio. No existe respecto de estas infracciones una justificación que legitime un régimen de acción privado o cuasi-privado.

2.b) PROHIBICIÓN DE CONCILIACIÓN

No siempre la indemnización de la víctima de un delito grave, es suficiente. Es posible que el interés social requiera algún grado de intervención. Este objetivo es muy

evidente en el caso de los ilícitos delictivos vinculados a la ESC de personas menores de edad. Cabe preguntarse si las fórmulas de conciliación cumplen propósitos terapéuticos, que en los casos de comentario, es evidente que no.

Todas las fórmulas alternativas suponen siempre una exclusión total o parcial del juez y del Ministerio Público, lo que se traduce en una privatización del conflicto, lo que supone que los ilícitos en los que se produce la conciliación son de escasa o mediana gravedad, o que siendo graves, se resuelven muy bien con una indemnización.

Los objetivos preventivo generales que persigue el proceso, como efecto colateral inevitable, desaparecen con la conciliación. Siempre existe el peligro que el infractor perciba que el crimen paga, que las infracciones las puede solventar siempre mediante una indemnización. En este sentido deben limitarse las ocasiones en que puede plantearse una conciliación, especialmente si se trata de infracciones muy graves. En este sentido tampoco el juez puede determinar si la conciliación responde a un arrepentimiento constructivo del infractor.

Los graves problemas de asimetría entre víctima y victimario pueden ser muy serios en cualquier conciliación, pero se agravan aún más cuando la víctima es una persona menor de edad que ha sufrido un grave vejamen; la agresión que sufren las personas menores de edad en los hechos vinculados a la ESC, no se manifiesta sólo en el hecho criminal, sino que es un proceso acumulativo de origen estructural. No podemos asumir una visión ingenua sobre las relaciones de dominación que se producen entre las personas, sin necesidad de que intervenga un poder estatal formal. ¿Tendrá libertad la persona menor de edad de escoger la solución más conveniente? La asimetría entre la víctima y el victimario se puede agravar en un escenario procesal, cuyas formalidades no captan las relaciones de poder que generaron los graves abusos contra la dignidad y la libertad de las víctimas.

La conciliación como solución alternativa del proceso, no es una solución aplicable cuando se trata de delitos vinculados a la ESC de personas menores de edad. En estas infracciones tan graves, no se justifica una privatización del conflicto, que es lo que al fin y al cabo representa la conciliación. La especial protección que merecen las personas menores de edad frente a infracciones que lesionan su integridad y su dignidad, no justificaría propiciar soluciones alternativas del proceso que pongan a la víctima y al victimario en la búsqueda de un pacto que nunca solventará los efectos, individuales y sociales, que tales ilícitos han ocasionado.⁴⁵ Como bien lo ha señalado la Sala Constitucional costarricense, la "...conciliación parte del diálogo directo y libre que debe darse entre el imputado y víctima, y surge como un

⁴⁵ Opinión parcialmente contraria expresa Javier Llobet Rodríguez- "Derecho Penal Juvenil " Ilnud. Costa Rica. 2002.- p.162-163.

medio para que la víctima reasuma su papel protagónico en la solución del conflicto. En el caso de las personas menores de edad, la igualdad de condiciones entre las partes para negociar no existe y en razón de ello, el impedimento establecido por el legislador resulta constitucionalmente válido...".⁴⁶

2.c) ANTICIPO JURISDICCIONAL DE LA PRUEBA

El anticipo jurisdiccional de prueba es un recurso que permite al Ministerio Público y a los jueces asegurar los testimonios de las víctimas menores de edad en los delitos de ESC, asumiendo que son declaraciones que por el transcurso del tiempo pueden sufrir diversos grados de contaminación, entre los que pueden citarse, la presión del círculo familiar, amenazas, coacciones de diversa índole, que en el caso de las personas menores de edad, puede alcanzar niveles dramáticos.

Se trata de anticipar las características de oralidad e inmediatez en la declaración testimonial, sin esperar a la etapa de debate del proceso. Se pretende que el testigo, en este caso la persona menor de edad, pueda enfrentar algún obstáculo difícil de superar, como serían las amenazas y coacciones. Por esta razón se anticipa su declaración, citando el juzgador a las partes, quienes tendrán derecho a asistir, con todas las facultades y obligaciones que les corresponden. Se toma acta del acto o bien puede filmarse, conservando tal declaración hasta el momento del debate, en donde puede reproducirse, en caso que la persona menor de edad no pueda rendir su declaración.

Es un instrumento procesal que permite evitar los efectos tan negativos que provoca la contaminación de los testigos por presiones de las partes intervinientes en el proceso, que aprovechan el largo tiempo que transcurre entre el momento en que se descubre el hecho y la fecha en que se realiza la audiencia oral y pública. Es un recurso procesal que reduce, notablemente, la posibilidad que la acción planteada por la Fiscalía fracase en el debate.⁴⁷

2.d) DECLARACIÓN PROTEGIDA DE LA VÍCTIMA

La persona menor de edad testigo requiere una serie de medidas que le protejan, manteniendo un razonable equilibrio, conforme al principio de propor-

⁴⁶ Ver voto de la Sala Constitucional costarricense número 7115-98.

⁴⁷ El artículo 293 del código procesal penal costarricense prevé una norma sobre anticipo de prueba, sin embargo, el artículo 277 del código procesal penal hondureño es más específico, al señalar que se puede anticipar la prueba cuando el testigo corra peligro de ser expuesto a presiones, mediante violencia, amenazas, ofertas o promesas de dinero u otros beneficios análogos. En esta hipótesis debe incluirse, por supuesto, a las víctimas menores de edad en los delitos vinculados con la ESC.

cionalidad,⁴⁸ entre los derechos de la defensa, las reglas del debido proceso y los derechos de la persona menor de edad. En España⁴⁹ y en República Dominicana, por ejemplo, se han introducido normas que modifican la recepción de los testimonios de las personas menores de edad tanto en la etapa preliminar, como en el debate.

En cuanto a la etapa sumarial y en la audiencia oral, debe preverse una disposición en la que se establezca que cuando la declaración deba rendirla una persona menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias que enfrente el testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial, que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.⁵⁰

Estas reglas reconocen que para lograr la tutela de la víctima y la eficacia del proceso, debe admitirse, como dato incontrovertible, la asimetría que existe entre el autor del hecho y la parte ofendida, brindando a ésta un escenario procesal que sin debilitar el principio de inmediación y las garantías de la defensa, se evite, nuevamente, que las reglas tradicionales del proceso legitimen la impunidad y revictimicen

⁴⁸ A la luz del artículo 40-3-b de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, debe aplicarse un criterio amplio en aquellos casos en que en un proceso judicial la persona menor de edad debe confrontar al acusado y presunto agresor; se impone una visión que permita equilibrar las garantías tradicionales del proceso, frente a los derechos humanos del niño o de la niña. La invisibilidad de las personas menores de edad convirtió el juicio oral y público, en un vergonzoso escenario que revictimiza a quien reclama una tutela judicial efectiva.

⁴⁹ Con base en las recomendaciones del Convenio Europeo sobre Indemnización a las víctimas de delitos violentos (1983) y la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1985), orientadas hacia un mejor trato a la víctima, se propone, entre otras medidas, a fin de evitar la victimización secundaria, que declaren en salas separadas del acusado, así como la posibilidad de declarar por video y el resarcimiento de los gastos que se le hayan ocasionado. Ver Larrauri, Elena. "Victimología: presente y futuro". Ed. Temis. 1993- p.77.

⁵⁰ Así se establece en artículo 448 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. De igual forma, en el artículo 202 del código procesal penal de República Dominicana se establece que cuando se reciba el testimonio de personas que se encuentren en circunstancias especiales de vulnerabilidad, puede recibirse en privado y con la asistencia de familiares o personas especializadas. Para la etapa de debate, el artículo 327 del código procesal penal dominicano establece que "...Siempre que el interrogatorio pueda perjudicar la serenidad del menor de edad, a petición de parte o de oficio, el tribunal puede disponer una o más de las siguientes medidas: 1- Escuchar su declaración sobre la base de las preguntas presentadas por las partes; 2- La celebración a puertas cerradas de la audiencia; 3- Que el menor de edad declare fuera de la Sala de Audiencia y, que se dispongan los medios técnicos que permitan a las partes y al público presenciar el interrogatorio desde la Sala. Esta decisión puede ser revocada durante el transcurso de la declaración. El Presidente puede auxiliarse de un pariente del menor de edad, de un experto en psicología o de otra ciencia de la conducta...". El artículo 247 de la Ordenanza Procesal Alemana contiene una disposición similar.

a las personas menores de edad cuya dignidad se ha conculcado a través de la ESC. La utilización de un circuito cerrado puede evitar, exitosamente, la confrontación visual entre el testigo y el encausado, sin que se lesionen los principios de intermediación, publicidad, contradicción e igualdad de armas.

Algunos plantean incluso la posibilidad, que cuando declare la persona menor de edad, puede ubicarse al imputado fuera de la Sala de Audiencias, quedando legítimamente representado por su defensor técnico; se considera que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos lo puede ejercer, válidamente, el defensor, sin que deba estar presente el encausado. El derecho del imputado a la presencia en el acto del juicio bien podría ser limitado cuando lo aconsejen “excepcionales razones de garantía de derechos y libertades de terceros”.⁵¹ La trascendencia de los intereses que representa el interés superior de la persona menor de edad podría justificar una restricción al principio de publicidad, alejando al imputado de la Sala de Audiencias mientras declara el testigo menor de edad.

Dentro de esta orientación de equilibrio entre las reglas de un proceso justo y los derechos y garantías de las personas menores de edad, es necesario establecer como principio, la imposibilidad de practicar careos con testigos que sean menores de edad, salvo que el Juez lo estime imprescindible y que no sea lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial; esta disposición la contempla el artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española. Es una regla conveniente, porque frente a los intereses de las personas menores de edad, no existen las condiciones de equidad e igualdad que justifique una diligencia de careo como la que tradicionalmente se admite para las personas adultas.

2.e) NORMAS SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES EN ESC

La intervención de comunicaciones orales es una de las medidas de investigación más importantes en relación al control y represión de las figuras delictivas relacionadas con la ESC de personas menores de edad. Delitos como el proxenetismo, la corrupción, elaboración y producción de pornografía, el tráfico y la trata de personas, en las que las víctimas sean personas menores de edad son, de tal gravedad, que requieren la intervención de las comunicaciones orales.

La intervención de las comunicaciones orales es un instrumento indispensable en la persecución y control de una criminalidad tan compleja y oculta como las acciones en que las personas menores de edad se convierten en un “negocio lucrativo”.

⁵¹ Tamarit Sumalla, Josep María. “La protección penal del menor de edad frente al abuso y la explotación sexual” Ed.Aranzadi. España 2002. P. 145. Respecto de esta opinión, se menciona, entre otros, la de Marqués de Prado y Martínez Arrieta.

La intervención de comunicaciones se justifica, siempre y cuando se ajuste tal intervención a los principios de proporcionalidad⁵² y control judicial.

Su utilización en Centroamérica como un instrumento de investigación legítimo, tiene escasa trascendencia, pues enfrenta limitaciones constitucionales y culturales. En Costa Rica se promulgó una ley que permite, mediante autorización y control judicial, la intervención de las comunicaciones orales, incluyendo, entre otros delitos, el secuestro extorsivo, corrupción de persona menor de edad, proxenetismo de personas menores de edad, producción y elaboración de pornografía y trata de personas menores de edad.

En Panamá también se autoriza la intervención de comunicaciones orales, cuando se trata de delitos relacionados con el trasiego de drogas, asociación ilícita y delitos conexos, sin embargo, el marco legal que regula esta medida, conculca principios básicos del Estado de Derecho, pues las intervenciones no tienen límite temporal y las ordena el Procurador General de la Nación, sin un control judicial satisfactorio

En el Salvador, el artículo 24 de la Constitución Política, prohíbe, expresamente, las intervenciones telefónicas. El artículo 24 de la Constitución Política guatemalteca, aunque no lo prohíbe, tampoco autoriza la intervención, mediante orden judicial, de las comunicaciones telefónicas, lo que sí prevé, expresamente, el artículo 100 de la Constitución Política hondureña. La ampliación y utilización de este instrumento de investigación, elevaría notablemente la eficacia en la política de persecución de las conductas más graves relacionadas con la ESC de personas menores de edad.

Hasta hace pocos años, la ESC de personas menores de edad, ha sido un hecho de difícil visibilidad en Centroamérica. Muchas de sus acciones se ocultan en los porcentajes impenetrables de la cifra negra, pero su existencia y trascendencia social es un hecho incontrovertible, tal como se aprecia en los estudios que se han hecho en todos los países de la región.

⁵² Frente a una garantía individual tan importante como la intimidad, que es lo que se limita con la intervención de comunicaciones orales, su aplicación debe ajustarse a los criterios que definen la proporcionalidad, que supone el cumplimiento de las siguientes exigencias: 1-Actuar sobre base de una sospecha de intensidad relevante. Exige situaciones de sospecha, cuya naturaleza e intensidad varía según el medio que se utilizará. 2-Indispensabilidad de la medida para la investigación. Este criterio se refiere a la necesidad de la medida, determinando si la investigación se frustraría en caso que no se decrete la intervención de comunicaciones orales. Requiere una valoración concreta del estado de la prueba. La necesidad de la intervención, al igual que la detención, requiere la valoración de la gravedad del hecho, que en el caso de las personas menores de edad es evidente. 3- Debe existir una adecuada proporción entre la intromisión en el derecho, en este caso, la intimidad, la gravedad de los hechos a investigar y la pena a imponer. Estos criterios exigen, como es evidente, una aplicación casuística.

La intervención de comunicaciones orales, es una medida de investigación que debe autorizar la autoridad judicial cuando existen fundadas sospechas de que una persona puede ser el autor de un ilícito grave, incluyendo por supuesto, las conductas vinculadas a la ESC de personas menores de edad. La intervención no puede decretarse por meras conjeturas o sospechas infundadas.

Desde el punto de la investigación tiene una naturaleza ambigua, porque por una parte constituye una fuente inmediata de investigación y permite, por otro lado, la adquisición de fuentes de prueba.

La intervención de comunicaciones orales afecta el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad. Sin embargo, los graves perjuicios que ocasiona la ESC de personas menores de edad y la trascendencia de los valores que se pretende tutelar, justifica la limitación a la intimidad de aquellas personas sobre las que recaen fundadas sospechas de que pueden ser autores de tales ilícitos.

Por tratarse de un derecho fundamental que integra el status de libertad de la persona, debe establecerse y reconocerse el monopolio jurisdiccional para el control y autorización de la intervención a las comunicaciones de los sospechosos. Excepcionalmente, en casos de extrema urgencia, la podría decretar una autoridad administrativa, pero requiere, finalmente, la aprobación judicial.

La intervención telefónica requiere una autorización constitucional y un desarrollo legislativo. La limitación de derechos constitucionales fundamentales como la intimidad, exige una voluntad legislativa específica. La ley debe ser precisa, definiendo los límites dentro de los que puede decretarse, legítimamente, la intervención de las comunicaciones.

Por tratarse de una intervención a la intimidad, la ley requiere una precisión especial, estableciendo, claramente, los delitos en que se que justifica la intervención, fijando, además, un límite temporal de la intervención.

La gravedad del delito, el grado e intensidad de la sospecha, la previsibilidad del éxito, son los criterios determinantes para decretar la intervención. Debe existir un material probatorio concreto que le dé sustento a la sospecha. No se refiere, exclusivamente, a la intervención de la comunicación telefónica, sino que abarca cualquier instrumento que se utilice en una comunicación privada. En el caso de la ley costarricense, se autoriza la intervención de telecomunicaciones fijas, móviles, inalámbricas y digitales.

Puede ordenarse la intervención de los sujetos o de terceros que utiliza el sospechoso como instrumento de comunicación. En esta hipótesis se requiere, conforme al principio de proporcionalidad, que la sospecha sea muy calificada. Se requiere el conocimiento de hechos concretos que demuestren que son intermediarios.

La intervención de las comunicaciones orales del sospechoso, no supone una violación a la garantía constitucional que tiene el imputado de abstenerse de declarar. Tampoco excluye la conversación con parientes que tengan derecho a abstenerse, situación que no significa que el pariente con privilegio de abstención, deba declarar.

Lo que diga la persona sospechosa durante la intervención de la comunicación, siempre será un indicio. No puede dársele el valor jurídico de una confesión.

La práctica de esta medida requiere escrupulosidad, aplicando procedimientos de autenticación adecuados, asegurándose que el juez efectivamente mantenga un control efectivo sobre su ejecución, que en algunos casos puede prolongarse durante varias semanas o meses.

2.f) PAUTAS DE INVESTIGACIÓN POLICIAL EN LOS DELITOS DE ESC DE PERSONAS MENORES DE EDAD. UTILIZACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

Por el momento pareciera que no es necesario introducir una ley que regule la función del agente encubierto, tal como se le conoce en la Argentina, Alemania y España. El agente encubierto, según se establece en la jurisprudencia de los países recién citados, se encuentra bajo un estado de necesidad justificante cuando en sus actividades de investigación pueda incurrir en una acción que se considere formalmente delictiva. Este tipo de investigador requiere una alteración oficial de su identidad. En realidad son informantes que penetran la organización y que como agentes policiales interrogan, sin limitaciones, al sospechoso e ingresan a los domicilios, sin mandato judicial explícito.

Estas situaciones suscitan algunos interrogantes de orden constitucional. Por esta razón su introducción requiere una ley específica que determine sus límites y potestades. Las normas que lo regulan deben evitar un grave peligro: que se conviertan en un instrumento con el se evaden las limitaciones que enfrentan los policías oficiales. Presentan algunas características que pueden vulnerar los principios que definen el concepto de proceso justo, pues se trata de funcionarios dirigidos por el Estado, que aunque sean particulares, deben someterse a las reglas exigibles a los policías oficiales. La introducción del agente encubierto requiere una evaluación política muy cuidadosa, tal como se ha hecho en Argentina, Alemania y España. Requiere una ley específica que responda a las reglas básicas del debido proceso y al principio de proporcionalidad.⁵³

⁵³ Sobre el tema, consultar artículo de Fabricio Guariglia: "El agente encubierto. ¿Un nuevo protagonista del proceso penal?" Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Número doce.

En la región no es necesario, por el momento, promulgar una ley que defina las funciones de un agente encubierto de la forma en que se ha regulado en Alemania y la Argentina, sin embargo, se pueden utilizar los mismos procedimientos de investigación que se desarrollan en la investigación de drogas. El agente policial desarrolla una estrategia que le permite comprobar el elemento subjetivo del infractor, sin convertirse, por supuesto, en un provocador o instigador del delito, porque en tal hipótesis, excedería los límites que deben orientar la acción policial en un Estado democrático.

El investigador policial puede penetrar el círculo en el que se desarrolla la acción delictiva, comprobando, previamente, que existen indicios fundados que demuestran que los sospechosos incurrir en actividades criminales sin necesidad de ser instigados o provocados por la autoridad policial; éste sólo comprueba el curso de la actividad delictiva que el sujeto activo, sin ningún estímulo extraño, ya había venido desarrollando espontáneamente.⁵⁴ El agente policial puede desarrollar diversos ac-

⁵⁴ Según lo ha establecido la Sala Penal costarricense, en voto 583-98, el agente encubierto en drogas sólo se limita a realizar los actos que realizaría cualquier particular; en el caso de las drogas, la adquiere como cualquier cliente. No existe, como ya se ha expuesto supra, una ocultación y alteración de la identidad. La identidad del colaborador se mantiene oculta mientras se realiza la investigación, pero posteriormente, en la etapa de juicio, se conoce su verdadera identidad. "... El hecho de que, en estos casos, la intervención policial sólo viene a aportar elementos de comprobación de la actividad delictiva en curso, es un criterio reiterado en la jurisprudencia de esta Sala: "...en los ejemplos de investigación de delitos relacionados con el tráfico de drogas, se ha considerado que la intervención de la policía es solamente para verificar los hechos que fueron puestos en su conocimiento, hechos que por sí mismos ya constituyen el núcleo del tipo objetivo que se examina en tales casos (venta de droga, almacenamiento, transporte, etc), y que de por sí significan un atentado o lesión al bien jurídico en tutela..." SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. V-559-F-93. San José, de las nueve horas treinta y cinco minutos del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres. En el mismo sentido V-22-F-95, de las nueve horas veinte minutos del veinte de enero de mil novecientos noventa y cinco V-627-F-96, de las nueve horas con cuarenta minutos del veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y seis. V-812-F-96, de las once horas del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y seis; V-121-F-97, de las diez horas diez minutos del catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete). En realidad, el agente encubierto se presenta en todos aquellos casos en que se infiltra en una organización, o se tiene contacto incluso ocasional con otra persona dedicada a realizar hechos delictivos, con el fin de poder acumular prueba sobre la existencia del delito y para identificar a sus responsables, sometiéndolos así al proceso penal (véase el voto de esta Sala: V-22-F-95, de las nueve horas con veinte minutos del veinte de enero de mil novecientos noventa y cinco). En consecuencia, su actividad constituye una técnica de investigación necesaria para enfrentar cierto tipo de delincuencia (no convencional o especialmente grave), que se desarrolla en forma altamente organizada, empleando tecnología especializada y sofisticada. Atendiendo a la gravedad de los delitos en los que se puede realizar, la investigación encubierta se presenta como una herramienta útil y adaptada a la naturaleza y dinámica esencialmente clandestina en la que se desenvuelve la actividad delictiva que interesa desentrañar. En otras palabras, es un mecanismo no convencional de investigación, útil y necesario para combatir delitos no convencionales....". Sobre el mismo tema consultar voto No. 168-98 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

tos de investigación que le permiten comprobar que los sujetos se dedican al trasiego y elaboración de pornografía o a la ejecución de acciones vinculadas con la prostitución; puede presentarse como cliente o como colaborador, desarrollando el mismo tipo de estrategia que se utiliza en la investigación de los delitos de narcotráfico.

Este procedimiento de investigación, que no es realmente un genuino agente encubierto y que por esta razón no suscita graves interrogantes constitucionales; se puede convertir en un instrumento de investigación que le daría mayor eficacia a la represión de los actos vinculados a la ESC de personas menores de edad.

En algunos países han optado por sancionar, legalmente, cualquier acto de instigación policial⁵⁵, sin embargo, en esta materia existe una zona gris en que es legítimo que exista una provocación policial cuando esta actividad no induce hacia la consumación del ilícito penal, en cuyo caso no existiría suficiente necesidad político criminal de imponer una sanción. No existiría en esta hipótesis una perturbación sensible a las normas básicas de convivencia, por esta razón no se justificaría la imposición de una pena. Sólo cuando la inducción del agente provocador ponga en peligro efectivo el bien jurídico o lo lesione realmente, podría admitirse la sanción del agente provocador.⁵⁶ Así, por ejemplo, en el caso de las relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad, el agente policial puede realizar todas las actividades de investigación que le permitan determinar las intenciones del sujeto activo (cliente explotador o comerciante sexual), sin necesidad que se consumen las actividades sexuales con la víctima. De igual forma, en el caso de la elaboración y difusión de la pornografía, el agente policial puede realizar todas las actividades de investigación que le permitan demostrar las intenciones del sujeto investigado, impidiendo que el material pornográfico elaborado, se difunda o se comercialice.

2.g) POLÍTICA CRIMINAL Y SANCIONES. PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Los nuevos conceptos que se han introducido en el derecho internacional sobre los derechos humanos, el protagonismo de la víctima en el proceso penal moderno, el principio de tutela judicial efectiva como valor que se había ignorado en los modelos de enjuiciamiento criminal inquisitivo, el abandono de una visión eminentemente privada de los delitos sexuales en perjuicio de personas menores de edad, el debilitamiento de la familia como área de dominio patriarcal que excluye al Estado y la

⁵⁵ El artículo 25 del código penal austriaco prohíbe a los "órganos de seguridad así como a todos los funcionarios y contratados públicos, bajo severo castigo, intentar la obtención de causas de sospecha o de probar la culpabilidad de un sospechoso de manera que sea inducido al empujamiento, continuación o consumación de un acto punible o a confesiones, por personas encubiertas con el fin de llevarlo a los tribunales...".

⁵⁶ Muñoz Sánchez, Juan. "El agente provocador". Ed. Tirant lo Blanch. España. 1995- p. 166, 167 y ss.

sociedad, son factores que han propiciado una transformación decisiva del bien jurídico que se protege en los delitos vinculados con la ESC de personas menores de edad.

Todas las transformaciones culturales que se han reseñado, inciden decisivamente en los presupuestos socio-políticos y culturales que requiere una política criminal orientada hacia la protección de las personas menores de edad. La definición del bien jurídico, la determinación de las acciones punibles, así como de las sanciones aplicables, requieren un enfoque diferente, cuyo contenido responde a un enfoque más claro y definido sobre la dignidad de la persona menor de edad, el bien jurídico tutelado y el principio de proporcionalidad.

A partir del supuesto sobre el carácter fragmentario del derecho penal,⁵⁷ debe asumirse que los bienes jurídicos que se tutelan en todos los tipos penales vinculados a la ESC de personas menores de edad, son fundamentales. La dignidad, la libertad y la indemnidad sexual de las personas menores de edad, el reconocimiento internacional y constitucional del interés superior del niño/a, son valores que justifican su tutela penal. No se trata de valores que puedan ser eclipsados por la trascendencia de la familia o que se ubiquen, estrictamente, en la esfera privada, como se ha hecho tradicionalmente.

Las conductas vinculadas con la ESC de personas menores de edad, atentan contra principios fundamentales, constituyendo, además, los ataques más intolerables frente a valores en los que existe un indiscutido interés social. Por esta razón todas las conductas mencionadas deben sancionarse con la pena de prisión, al igual que se hace con los ataques más graves contra la salud, la vida o la propiedad. La tutela a la dignidad e indemnidad sexual de las personas menores de edad, forma parte de los valores que constituyen una ética social fundamental y que merecen la tutela de la norma penal. Se trata de un bien jurídico que cumple con la triple cualidad que propone Mayer:

1. Es merecedor de protección;
2. Necesita protección;
3. Es capaz de protección.⁵⁸

La perturbación a ese orden de valores tan importantes, es intolerable y por este motivo se requiere una clara intervención punitiva.

⁵⁷ El carácter fragmentario del derecho penal implica que sólo se reprimen las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes. Muñoz Conde, Francisco. "Introducción al Derecho Penal". Ed. Bosch. España. 1975- p. 71. En los delitos vinculados a la ESC de personas menores de edad, es evidente, aunque no lo ha sido en el pasado, que se tutelan bienes jurídicos de especial trascendencia, en cuyo caso se justifica la intervención del derecho penal.

⁵⁸ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit.- p. 72.

La inadmisibilidad y gravedad de los ataques contra la dignidad y la indemnidad sexual de las personas menores de edad, se encuentran dentro de los presupuestos que justifican la intervención del derecho penal como la última "ratio legis" y como expresión del principio de intervención mínima. La trascendencia de los bienes jurídicos que tutelan los delitos de ESC de personas menores de edad, justifican, sobradamente, la imposición de sanciones penales.

El monto de la pena que corresponde a los delitos, debe ser proporcional a la trascendencia y gravedad del atentado al bien jurídico.⁵⁹ Se impone en esta hipótesis, un trato punitivo que permita imponerle a cada infractor, la sanción que merece. Sería contrario al principio de justicia y proporcionalidad, prever una sanción una pena que no guarde consonancia con la magnitud y trascendencia de la lesión al bien jurídico.

Los delitos vinculados a la explotación sexual comercial de las personas menores de edad, constituyen un atentado muy grave a la dignidad e indemnidad sexual de personas que constitucionalmente requieren una tutela especial y privilegiada, por esta razón el monto de la sanción de prisión a imponer en estos casos, debe ser similar a las que se impondrían por atentados graves contra la propiedad, la vida o la salud pública.

Toda actividad que lesione la dignidad de las personas menores de edad, convirtiéndolos en objetos lucrativos, de trueque o de placer, deben sancionarse con penas de prisión cuyo extremo mínimo sea de cinco años y como máximo, en algunos casos, pueda llegar a quince o veinte años de prisión.

Para delitos de robo agravado, trasiego de drogas, sin importar el monto, homicidio simple, las penas previstas en la mayor parte de los códigos penales latinoamericanos, tienen como extremo menor, una sanción de cuatro a cinco años y como extremo máximo, se prevé entre quince y veinte años; no existe ninguna diferencia cualitativa esencial entre los bienes jurídicos citados y la tutela de la dignidad e indemnidad sexual de las personas menores de edad. La trascendencia del perjuicio ocasionado en estas infracciones, no justificaría, de ninguna manera, que en estos casos se establezca una pena pecuniaria.

⁵⁹ Las penas deben ser proporcionales a la entidad y gravedad del delito cometido, sin que se justifique una sanción que exceda la trascendencia del daño ocasionado por el delito. Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit. - p.78.

BIBLIOGRAFÍA

Bovino, Alberto. "La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino". Editores del Puerto. 2001.

Guariglia, Fabricio. "El agente encubierto- ¿Un nuevo protagonista del proceso penal? Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Número 12.

Hidalgo, Adriana. "La trata y el tráfico en los instrumentos internacionales de derechos humanos"- Boletín temático número 2-Junio 2003- OIT-IPEC

Larrauri, Elena. "Victimología: presente y futuro"- Ed. Temis. 1993.

Lascaurain Sánchez, Juan Antonio. "Código Penal Comentado"- Ed.Civitas. España. 1997.

Llobet Rodríguez, Javier. "Derecho Penal Juvenil" Ilanud. Costa Rica. 2002.

Maggiore, G. "Derecho Penal"- Ed. Temis. Colombia. 1972.

Martínez Arrieta, Andrés. "La entrada en el proceso de la víctima"- publicado en obra sobre Victimología. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. España. 1993.

Muñoz Conde, Francisco. "Introducción al Derecho Penal"- Ed. Bosch. España. 1975.

Muñoz Sánchez, Juan. "El agente provocador". Ed. Tirant lo Blanch. España. 1995.

Pastor, Daniel. "Prescripción de la persecución penal y Código Procesal Penal". Ed. Del Puerto. Argentina. 1993

Rodríguez Mourullo, Gonzalo. "Derecho Penal- Parte General"- Ed. Civitas. España. 1977.

Soler, Sebastián. "Derecho Penal Argentino"- Ed. TEA. Argentina. 1973.

Tamarit Sumalla, Josep María. "La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual". Ed. Aranzadi. España. 2002.

UNICEF, Explotación sexual en Costa Rica, Análisis de la ruta crítica de niños, niñas y adolescentes hacia la prostitución, Costa Rica, 1998

Viquez Jiménez, Mario. "Explotación sexual comercial de personas menores de edad: Represión o Atención y prevención". (artículo tomado de internet).

La explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes hasta los 18 años de edad es una de las violaciones más severas de sus derechos humanos. A la vez que un acto delictivo, es una forma de explotación económica asimilable a los trabajos forzados y la esclavitud.

Según el Convenio 182 de la OIT, así como otros instrumentos de derecho internacional, es una actividad que debe ser íntegramente comprendida en la legislación penal de los Estados.

La OIT reconoce el derecho de las personas menores de edad a ser protegidas contra la explotación sexual comercial e insta a la búsqueda, procesamiento y sanción penal de quienes se encuentran involucrados en la utilización y reclutamiento de niños, niñas y adolescentes para actividades sexuales comerciales.



¡Alto a la explotación sexual comercial infantil!

www.ipec.oit.or.cr/region/areas/esc