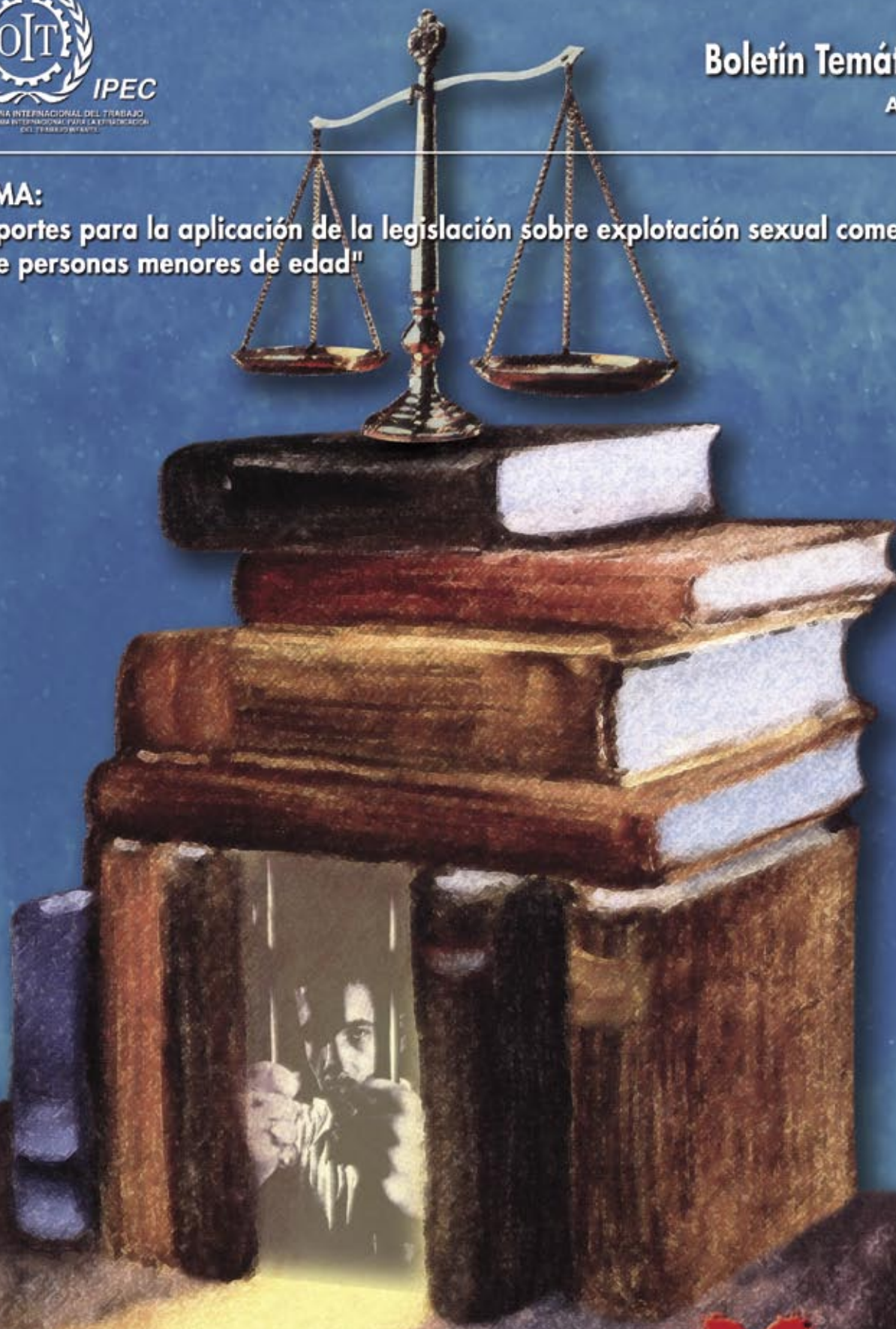


TEMA:

"Aportes para la aplicación de la legislación sobre explotación sexual comercial de personas menores de edad"



¡Ya es hora!

¡Alto a la explotación sexual infantil!

¡Ya es hora! Alto a la explotación sexual comercial de personas menores de edad

Boletín temático del Proyecto OIT/IPEC "Contribución a la prevención y erradicación de la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana
No.5, abril de 2006

Índice	
	Pág.
EDITORIAL	3
1. El deber de denunciar delitos cometidos contra personas menores de edad y el secreto profesional en Costa Rica <i>Adriana Hidalgo</i>	4
2. El proceso penal y la niñez y adolescencia víctima de delitos <i>Justo Solórzano</i>	9
3. Medidas de protección en sede judicial para las personas menores de edad víctimas de explotación sexual comercial. El caso de Panamá. <i>Mariblanca Staff</i>	14
4. Orígenes y reconceptualización del delito de corrupción sexual <i>Ivannia Monge</i>	18
5. El delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad <i>Lilliana Rivera</i>	24
6. El derecho penal ante nuevos retos: la tutela a los derechos de las personas menores de edad en los delitos de pornografía infantil. <i>Victoria Cruz</i>	30
7. El ejercicio de la acción penal en los delitos de explotación sexual comercial. <i>Lilliam Gómez</i>	37
8. La explotación sexual comercial como crimen organizado y su dimensión transnacional <i>Guadalupe Portillo</i>	46
LOGROS Y AVANCES EN LA LUCHA CONTRA LA ESC EN LOS PAÍSES DE LA REGIÓN	51
DIRECTORIO PROYECTO SUBREGIONAL ESC, IPEC/OIT	54
PUBLICACIONES Y MATERIAL INFORMATIVO DEL PROYECTO SUBREGIONAL ESC DE OIT/IPEC	55
ENLACES DE INTERÉS	57

Créditos	
• Oficina Internacional del Trabajo Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil	
• Proyecto "Contribución a la prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana"	
• Responsable general: Guillermo Dema, Coordinador Subregional Programa IPEC/OIT	
• Supervisión: Bente Sorensen, Coordinadora Proyecto Subregional ESC	
• Coordinación, revisión y edición final: Adriana Hidalgo y Victoria Cruz, Oficiales del Proyecto Subregional ESC	
• Recopilación de información y revisión de textos: Oriana Solano, Consultora externa Proyecto Subregional ESC	
• Coordinación de impresión: Virginia Elizondo, Consultora Proyecto Subregional ESC	
• Diseño e Impresión: Ana Cristina Dengo / acd Asesoría Creativa, S.A.	
	OIT/IPEC, Abril 2006

Esta publicación ha sido financiada por el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos y no necesariamente refleja el punto de vista o las políticas del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, ni la mención de marcas registradas, productos comerciales u organizaciones, implica el respaldo del Gobierno de los Estados Unidos.

Copyright (c) Organización Internacional del Trabajo, 2006
Quinta edición, 2006

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

¡Ya es hora! Alto a la explotación sexual comercial de personas menores de edad, 5ª edición

Aportes para la aplicación de la legislación sobre explotación sexual comercial de personas menores de edad. Boletín temático "¡Ya es hora!" No. 5
San José, Costa Rica. Oficina Internacional del Trabajo, 2006

Descriptores: Explotación sexual comercial, Aplicación, Legislación

ISBN: 92-2-318639-0 & 978-92-2-318639-5 (impreso)
92-2-318640-4 & 978-92-2-318640-1 (wep pdf)

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.

Vea nuestro sitio en la red: www.oit.or.cr y www.oit.or.cr/ipec/esc

Impreso en Costa Rica



En la actualidad contamos con diversos instrumentos, tanto en el nivel nacional como internacional, que regulan la materia de la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes. Estos han sido producto de las diferentes tendencias a la protección internacional de los derechos humanos, así como de la promoción de los derechos de las personas menores de edad, que son aún de más reciente reconocimiento. La normativa existente responde a la necesidad de proteger los derechos fundamentales, tales como la integridad, la seguridad, la indemnidad sexual, la intimidad, la libertad, en fin, el derecho a su desarrollo integral.

El principal objetivo de toda norma promulgada en esta materia es la protección del interés superior de la persona menor de edad, principio que debe inspirar las políticas, la legislación así como su aplicación por las autoridades administrativas y judiciales.

A pesar de la existencia de numerosos instrumentos de protección a la niñez y la adolescencia, a menudo el cumplimiento de estos se dificulta debido a la falta de mecanismos de aplicación efectivos, tanto a nivel interno de los Estados como a nivel internacional. Es por ello que deben implantarse medidas que permitan que el desarrollo de la normativa no se dé solamente en el texto de la ley, sino también y principalmente en la práctica.

En la subregión centroamericana y en Panamá existen profesionales de las ciencias jurídicas que han profundizado en el estudio de los tipos penales que sancionan la explotación sexual comercial, quienes también han desarrollado cierta experiencia en la aplicación de las normas pertinentes. Así que existe un importante acervo de conocimientos y prácticas

susceptibles de ser sistematizadas y divulgadas, para poder con ello impulsar el desarrollo de la doctrina jurídica en este ámbito.

Es por eso que hemos titulado este número del boletín ¡Ya es Hora! "Aportes para la aplicación de la legislación sobre explotación sexual comercial de personas menores de edad", cuya justificación se encuentra en la pertinencia de hacer un nuevo análisis sobre la normativa vigente en este tema, así como de la jurisprudencia generada a partir de su aplicación e interpretación, ya que con la adopción de instrumentos internacionales y nuevas leyes, el marco jurídico de protección cambia y crecen también las expectativas.

Se presenta en esta edición el análisis de tipos penales específicos, como lo son el delito de corrupción, las relaciones sexuales remuneradas y la posesión de pornografía. Se hace un análisis de la explotación sexual comercial como crimen organizado con dimensión transnacional. Además, se analiza el tema de las medidas de protección a las víctimas y testigos que participen dentro de un proceso penal y se abordan las implicaciones del instituto del secreto profesional, en aspectos referidos a los delitos sexuales contra personas menores de edad.

De este modo, se pretende contribuir con el desarrollo de la doctrina jurídica referente al tema, con el fin de apoyar los esfuerzos nacionales en la aplicación de las normas relacionadas con la explotación sexual comercial de personas menores de edad y de que se cumpla con la obligación de proteger los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes.



El deber de denunciar delitos cometidos contra personas menores de edad y el secreto profesional en Costa Rica

Adriana Hidalgo Flores *

1. El deber de denunciar y la colisión de deberes

A partir del reciente desarrollo de la doctrina de la protección integral, cuyo fundamento esencial lo constituye el llamado *interés superior del niño*, se han aprobado legislaciones especiales de protección a la niñez y la adolescencia y se han producido reformas en las leyes de familia, códigos penales y procesales, entre otros. Estas reformas y promulgación de leyes nuevas tienen como objetivo cumplir con el mandato contenido en el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de efectuar las adaptaciones internas que cada país requiera, para posibilitar el cumplimiento de los principios expresados en ella.

Si bien antes de la Convención existían normas que imponían a determinadas personas, como funcionarias y funcionarios públicos, la obligatoriedad de plantear denuncias cuando conocieran de la comisión de un delito de acción pública, con la generación de normas especiales de protección para la población menor de edad, se han plasmado mandatos expresos para denunciar delitos que afecten a esta última.

Es así como el Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, en vigencia desde finales del año 1998, establece en el artículo 49, que **“los directores y el personal encargado de los centros de salud, públicos o privados, adonde se lleven personas menores de edad para atenderlas, estarán obligados a denunciar ante el Ministerio Público cualquier sospecha razonable de maltrato o abuso cometido contra ellas. Igual obligación tendrán las autoridades y el personal de centros educativos, guarderías o cualquier otro sitio en donde permanezcan, se atiendan o se preste algún servicio a estas personas”**.

El incumplimiento de este deber, de acuerdo con el artículo 188 de ese mismo Código, provoca una falta grave objeto de sanciones administrativas. Bajo el supuesto del artículo 49 citado, cualquier funcionario o funcionaria de centros de salud y de centros educativos, en su más amplio sentido, está obligado/a a plantear la denuncia cuando sospeche la comisión de un delito cometido contra una persona menor de dieciocho años.

Por su parte, el Código Procesal Penal, en su artículo 281, establece la obligatoriedad de denunciar los delitos de acción pública en los siguientes casos:

- funcionarios o empleados públicos que hayan conocido del delito en el ejercicio de sus funciones;
- aquellas personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar (médicos, parteras, farmacéuticos, otros) que conozcan de los hechos al prestar auxilio de su profesión,

salvo amparo de secreto profesional (...). (El resaltado no es del original).

De acuerdo con este artículo, se eximen de la obligación de denunciar los y las profesionales de las ciencias médicas amparados por el secreto profesional. En el artículo 332 del Código Penal, se establece una sanción para funcionarios/as públicos/as que incumplen sus deberes, como vendría a ser el deber de denunciar, que parece no ser aplicable en el caso anterior. Pero, así como quien no denuncia puede ser sujeto de una sanción, también puede serlo quien revela un secreto sin justa causa, de acuerdo con el artículo 203 del Código Penal.

Mientras el Código de la Niñez y la Adolescencia solamente ordena denunciar al personal de centros de salud y de educación -públicos y privados-, el Código Penal lo hace para todo tipo de funcionario o funcionaria pública. La norma del Código de la Niñez puede entenderse en virtud de que en esos dos ámbitos es donde, por lo general, personas menores de edad afectadas por delitos son detectadas y/o atendidas. Sin embargo, también pueden ser detectados mediante la ejecución de programas públicos dirigidos a poblaciones vulnerables y mediante la actuación ordinaria de instituciones de protección a la niñez y la adolescencia como el Patronato Nacional de la Infancia en Costa Rica, de allí la importancia de una previsión más amplia como la del Código Penal.

Nótese también que, por un lado, el Código de la Niñez obliga al personal de centros de salud a plantear la denuncia ante sospecha de delitos, mientras que el Código Penal exime a este mismo personal de denunciar si están amparados por el secreto profesional. Este tema reviste trascendencia tratándose de delitos sexuales contra niñas, niños y adolescentes, ya que este tipo de victimización produce daños y secuelas tanto en el nivel físico como emocional, situación que posibilita la detección de las víctimas en centros de salud. Cabría preguntarse qué ocurriría si su personal se ampara en el secreto profesional.

La constitución del secreto profesional se vuelve aún más compleja si se analiza la contravención denominada “Omisión de dar parte a las autoridades de hechos sospechosos”, artículo 397, inciso 1 del Código Penal, que está referido **“al facultativo o cualquier empleado público de sanidad que, notando en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito grave contra las personas, perseguible de oficio, no diere parte oportuna a la autoridad, salvo el caso de que, por darlo, expusiere a la persona asistida por él a procedimientos penales”**. Este artículo, referido al personal de centros de salud, señala que ante la sospecha de la comisión de un delito de acción pública, éste tiene la obligación de denunciar. Pareciera, sin embargo, que si por

* Abogada, Oficial del Proyecto Subregional ESC, OIT/IPEC



el hecho de plantear la denuncia la persona asistida va a ser perseguida penalmente, no sería obligatorio denunciar.

El interés público y el interés superior del niño conminan no solo a no tolerar la comisión de delitos contra las personas menores de edad sino a reconocer que por su condición de seres humanos en proceso de desarrollo tienen derecho a una protección especial, que pasa por responsabilizar a ciertas personas -como vendría a ser el personal de las ciencias médicas y el personal de los centros educativos- del planteamiento de la denuncia cuando conozcan de delitos cometidos en su contra. En el caso de los delitos referidos a explotación sexual comercial, por la gravedad que revisten las acciones tipificadas y de acuerdo con el interés superior de la persona menor de edad, hace que tengan fundamento suficiente como para ser calificados de acción pública.¹

Estos casos han sido abordados en doctrina como colisión de deberes cuando, por un lado, la ley obliga a denunciar la existencia de delitos -con fundamento en el interés público y el interés superior del niño- pero, por otro, obliga a guardar el secreto profesional -en aras de proteger el derecho a la intimidad de una persona-. Al médico, por ejemplo, "se le plantea la contradicción de incurrir en una acción criminal por no expresar lo que debió, o por denunciar lo que no debió"², debiendo sacrificarse alguno de los dos bienes en conflicto. Estos intereses sociales, colectivos o superiores estarían liberando al profesional de guardar el secreto profesional y más bien, lo obligaría a cumplir el deber de denunciar. No sería el único caso donde derechos individuales ceden ante otros, es el caso de la intervención de las comunicaciones o los intereses tutelados mediante los derechos llamados de "tercera generación".

Es válido preguntarse si se puede constituir y en cuáles casos, el secreto médico ante el conocimiento de un delito de acción pública contra una persona menor de edad y si el o la profesional estaría exento de plantear la denuncia correspondiente y no ser responsable por incumplimiento de deberes.

El secreto profesional tiene como objetivo proteger el derecho a la intimidad de la persona que da a conocer un hecho secreto -que podría haber cometido o haber sido víctima de un delito- en el sentido de que no desea que sea conocido por otros. Ha sido entendido como el "deber que tienen los miembros de ciertas profesiones como médicos, abogados, notarios, etc., de no descubrir a tercero los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión".³ En virtud de la necesidad que puede tener una persona, de recurrir a la asesoría o a la asistencia de otra, es que ciertos hechos, circunstancias o actos que su titular pretende reservar para sí, son revelados a determinado profesional y por ello, "el secreto profesional no viene a proteger otra cosa que el secreto del cliente confiado al profesional".⁴

El artículo 203 del Código Penal establece el conocimiento de un secreto bajo los supuestos de ser conocido en razón de un estado, empleo, profesión o arte. De esta forma, para que opere el secreto profesional, la persona que se ampare en este

debe encontrarse en una situación particular: el hecho secreto debe conocerse en virtud de un estado (condición particular de una persona con relación al matrimonio), empleo (trabajo, actividad laboral), profesión (actividad laboral realizada en virtud de un título habilitante), o de un arte (habilidad para realizar algo).⁵ Son personas que en razón de la función desempeñada o de la condición que ostentan, se obligan a guardar un secreto.

Por lo general, los códigos de ética de los colegios profesionales definen el secreto profesional. El artículo 41 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, lo define como aquellas "...confidencias que se hagan al abogado o abogada con ocasión de su ejercicio profesional por parte del cliente...", también cobija el secreto aquello que un abogado o abogada conozca en razón de una consulta realizada por un colega. El Código de Moral y Ética del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, por su parte, lo define en el artículo 13 como "...todo aquello que, por razón de su profesión, haya llegado a conocimiento del médico, ya sea porque le fue confiado, o porque lo pudo observar o intuir". Todas estas definiciones tienen elementos comunes y, en esencia, puede aducirse que el secreto profesional constituye una limitación a la libertad de expresión y de información.⁶

Pero aún si el secreto profesional restringe estas libertades, su constitución no es irrestricta. En los reglamentos de ética de los Colegios Profesionales se señalan algunos límites para ampararse al secreto profesional. El Código de Ética Profesional del Colegio Profesional de Psicólogos de Costa Rica, reconoce expresamente la existencia del secreto profesional en el artículo 15 y establece algunas restricciones en el inciso b) de ese mismo artículo: "**la información amparada por el secreto profesional solo podrá ser transmitida para evitar un grave riesgo al que pueda estar expuesta la persona atendida o terceros. En todo caso, sólo se podrá entregar la información a las personas estrictamente necesarias de que deba valerse para cumplir el referido objetivo**". Se extrae que la confidencialidad tiene un límite y es la provocación de un peligro para terceros, "que puede interpretarse como aquellos casos en donde esté en peligro la vida, la integridad de las personas, los casos de delitos sexuales y la violencia en general".⁷ Ante situaciones como estas, la opción debe ser siempre denunciar el delito ante el Ministerio Público, que vendrían a ser las "personas estrictamente necesarias".

Así también, el Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, en el artículo 43, establece que "**si un cliente comunica a su abogado o abogada la intención de cometer un ilícito, esta confidencia no es materia de secreto profesional, por lo cual, agotados los medios de disuasión, deberán hacer las revelaciones necesarias para prevenirlo**". No se dice nada acerca de delitos ya ocurridos; posiblemente obedezca que si esto es comunicado a un o una profesional en Derecho, como parte de una eventual contratación para el ejercicio de su defensa penal, quedaría obligado/a a guardar el secreto ya que se está ejerciendo su derecho de defensa garantizado constitucionalmente.



El Código de Moral y Ética del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, reconoce y define el secreto profesional en los artículos 12 y 13, respectivamente, pero no se refiere a su divulgación, lo cual llama la atención partiendo de que las normas de derecho penal de fondo y de carácter procesal, hacen repetidas referencias a profesionales de las ciencias médicas. Sin embargo, existe coincidencia en que el secreto profesional no puede constituirse en casos donde la información transmitida se refiere a la posibilidad de cometer un delito o un grave daño a una persona. Esta vendría a ser una *justa causa* de la que habla el artículo 203 del Código Penal, ya citado.

Su existencia haría que la conducta sea considerada típica pero no antijurídica. Son aplicables las llamadas causas de justificación como las siguientes:

- **Cumplimiento de la ley (artículo 25, Código Penal):** cuando, actuando en cumplimiento de un **deber legal o del ejercicio legítimo de un derecho**, se vulnera el de otra persona. El primer caso opera cuando una persona se comporta de determinada manera atendiendo a un mandato legal y no un mandato moral, social o religioso.⁸ Si una persona, obedeciendo un mandato legal "...ejecuta hechos lesivos de bienes ajenos, su conducta no es antijurídica porque un interés social superior -el de la colectividad- exige que los deberes que la ley considera necesarios para la vida de relación sean cumplidos aún en el caso de que vulneren bienes jurídicos individuales".⁹ En el segundo caso, "obra en ejercicio legítimo de un derecho la persona que ejecuta determinado comportamiento o desarrolla especiales actividades con el expreso respaldo legal"¹⁰ y, al igual que en el caso anterior, aún si este ejercicio conlleva la vulneración de intereses privados, los intereses colectivos o los fines sociales que lo garantizan, ceden ante aquellos.

- **Estado de necesidad (art. 27, Código Penal):** cuando ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, una persona lesiona otro bien jurídico para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Que el peligro sea actual o inminente;
- Que no lo haya provocado voluntariamente;
- Que no sea evitable de otra manera.

El **peligro** ha de ser actual o inminente, se trata de "... un acaecimiento de tal naturaleza que de verificarse habrá de ocasionar lesión de un interés propio o ajeno; **actual**: ya comenzó a causar daño y sus efectos continúan manifestándose; **inminente**: está en potencia de actualizarse de un momento a otro; **inevitable**: imposible de eludir, no puede ser superado si no es enfrentándose a él mediante una acción que lesiona intereses ajenos; que no haya **provocación intencional** por parte del agente: se excluye aquel comportamiento orientado a su producción".¹¹

De esta manera, en los casos donde se aduzca una causa de justificación y se encuentre debidamente sustentada, podría revelarse un secreto profesional sin contraer responsabilidades penales.

2. El secreto profesional en la jurisprudencia de la Sala Tercera

Existe una serie de criterios jurisprudenciales sobre el secreto profesional que posibilitan una mejor comprensión acerca de cuándo se constituye, haciendo especial referencia al personal de instituciones públicas -de centros educativos, del sector salud, del Patronato Nacional de la Infancia- así como del Poder Judicial. También clarifican cómo interpretar algunas normas ya analizadas cuyo contenido parece a veces contradecir la obligación de denunciar que tienen ciertos profesionales o funcionarios/as. Para facilitar su análisis, los criterios se han dividido en tres categorías:

2.1. Conocimiento extraprocesal de los hechos: la jurisprudencia ha puesto de relieve el concepto de las **manifestaciones espontáneas**, para referirse a los hechos que se conocen fuera de un proceso penal, en contraposición con los conocidos en virtud de una orden judicial. Entran en esta categoría profesionales de trabajo social, psicología, educadores/as, funcionarios/as del Patronato Nacional de la Infancia, que conocen de un hecho delictivo a raíz de la divulgación que de él ha efectuado la persona ofendida o el victimario.

En estos casos, no es posible que se amparen al secreto profesional en virtud de que se han enterado de los hechos delictivos mediante declaraciones espontáneas de terceros, donde no medió presión por parte de ninguna persona o ente jurisdiccional. Así se estableció en un caso donde la madre de una niña ofendida comentó sobre el delito cometido contra su hija a una Trabajadora Social del Patronato Nacional de la Infancia y a una maestra de su hija. La Sala señaló que "*...ninguna de las testigos estaba obligada a advertir a las personas que se citan de la existencia de un derecho de abstención, ni se enteraron de los hechos por mediar orden; al contrario, cabe a los funcionarios públicos el deber de denunciar las acciones delictivas de las que tengan conocimiento en ejercicio de sus cargos.*"¹²

Siguiendo este criterio, la resolución 2001-00820 de las 10:05 del 24 de agosto del 2001 la Sala Tercera afirma que no se puede constituir el secreto profesional en un caso donde una mujer relata al médico que la atendió en el hospital, la forma en que fue víctima de violación; el relato en este caso fue espontáneo puesto que no medió orden judicial y el médico que conoció el caso está en la obligación de denunciar, más aún si se considera que la víctima planteó después la denuncia.¹³

Por lo tanto, cuando el hecho se conoce por medio de manifestaciones espontáneas de la víctima, no es posible ampararse al secreto profesional y por el contrario, es deber denunciar como lo prescribe el artículo 46 del Código de la Niñez y la Adolescencia y el 281, inciso a) del Código Procesal Penal.¹⁴

2.2. Conocimiento de los hechos por orden judicial: aquellas manifestaciones que se han externado a un perito judicial como parte de las pericias médicas o psicológicas ordenadas por un juez, no son consideradas espontáneas. La resolución 2000-00122 de las 9:15 horas del 4 de febrero de 2000, señaló que "*...no es lo mismo conocer*



de los hechos en razón de su cargo y fuera de un proceso (como por ejemplo, funcionarias del Patronato Nacional de la Infancia o como trabajadoras sociales), que conocer de los hechos por orden de juez cuando se ha ordenado una pericia médica o psicológica o en el curso de una investigación policial.”

La resolución 2002-00750 de las 10:45 del 29 de julio de 2002 señala que si una persona que fue examinada por un perito se abstiene de declarar, el perito deberá guardar silencio sobre todo lo que el paciente le comentara acerca de la sintomatología y de los orígenes del problema sometido a criterio técnico, ya que no fueron manifestaciones espontáneas, pero aclara también que sí podrá dar una conclusión técnica o diagnóstico científico sobre el punto sometido a peritación y estas manifestaciones podrán ser tomadas en el juicio como prueba legítima, así como las conclusiones a partir de la aplicación de los tests.¹⁵

Este criterio es congruente con lo expresado en el artículo 223 del Código Procesal Penal, que expresa la obligatoriedad del perito de guardar reserva de cuanto conozca con motivo de su actuación.

2.3. Conocimiento del hecho sin mediar ejercicio de profesión, cargo o función alguna: cuando el conocimiento de estos hechos se da por parte de una persona que no ostenta cargo alguno en particular como ser perito o funcionario público. Estas personas pueden plantear la denuncia tratándose de delitos de acción pública y también podrán declarar en la causa que se le sigue al imputado aún si este se abstiene de declarar, ya que son personas que no pueden ampararse al secreto profesional ni tiene el deber de formular la prevención de abstención. En la resolución 2002-750 de 10:45 horas del 29 de julio de 2002, se plantea el caso de un imputado que relata los hechos a un tercero, en forma voluntaria y libre; el tercero podrá declarar en juicio aún si el imputado se abstiene. En este mismo sentido se expresa la resolución 455-98 de las 9:55 del 15 de mayo de 1998, en un caso donde una víctima menor de edad y su madre contaron a una vecina y a una exmaestra de la víctima, acerca del delito cometido en su perjuicio: fue una declaración voluntaria, ya que el

hecho no fue conocido ni en razón de su cargo ni por el ejercicio de cargo alguno.¹⁶

3. Conclusiones

Ha quedado claro que existe una obligación de denunciar ante el conocimiento de delitos cometidos contra niñas, niños y adolescentes, por parte de profesionales que se desempeñan en la función pública en campos como la Medicina, Trabajo Social, Psicología y específicamente hace mención de los y las funcionarias del Patronato Nacional de la Infancia. Lo mismo ocurre con personas que sin ostentar cargo alguno, tienen conocimiento de un hecho delictivo de acción pública. Distinto es el caso de los peritos que están obligados a guardar el secreto profesional cuando la persona con facultad de abstenerse de declarar, decide no hacerlo en el juicio. El secreto, en este caso, abarca todo aquello que le haya sido mencionado acerca del delito, aunque sí está en posibilidad de externar criterios técnicos acerca de la persona que ha entrevistado a partir de la información recabada.

Es fundamentalmente a partir del análisis de la jurisprudencia de la Sala Tercera, que se clarifica el contenido de ciertas normas penales y de carácter procesal penal que, por un lado, conminan a denunciar delitos de acción pública conocidos en el ejercicio de su función pública y, por otro lado, eximen de esta obligación en caso de que constituya un secreto profesional. Las normas de los códigos éticos de los colegios profesionales, ayudan también a esclarecer cuándo debe plantearse una denuncia por conocimiento de delitos, descartando así la constitución del secreto profesional para exonerarse de esta responsabilidad.

Es posible igualmente darse cuenta de que no es poco usual aducir argumentos como la configuración de un secreto para descartar o invalidar pruebas e incluso el acto mismo de la denuncia. Así se extrae de los votos de la Sala Tercera analizados. De allí la relevancia de los criterios jurisprudenciales formados en esta materia. Tratándose de delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad, es todavía más imperiosa la necesidad de que el personal de centros educativos, centros de salud e instituciones de protección como el Patronato Nacional de la Infancia, tengan clara la obligación que constituye la interposición de la denuncia.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS VALVERDE (Óscar), *El Secreto Médico en Costa Rica*. En *Medicina Legal de Costa Rica*, Volumen 7, No.2, noviembre 1990.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Medir, Editorial Espasa Calpe, S.A., 22 edición, T II, 2001.

MORENO CATENA (Víctor). *El secreto profesional en la prueba de testigos del proceso penal*. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1980.

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. CRUZ (Fernando) y MONGE (Ivannia). San José, 2004.

OIT/IPEC. *Explotación sexual comercial y masculinidad. Un estudio regional cualitativo con hombres de la población general*. José Manuel Salas, Álvaro Campos. San José, costa Rica. OIT, 2004.

OSSORIO (Manuel). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Ciencias Sociales*. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1982.



REYES ECHANDÍA (Alfonso). Derecho Penal. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2002.

RODRÍGUEZ CAMPOS (Alexánder). El Secreto Médico: apuntes sobre el secreto profesional del Médico Forense en Costa Rica. En Medicina Legal de Costa Rica, Volumen 16, No. 1-2, mayo-setiembre 1999.

RUIZ MIGUEL (Carlos). La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de 7 de noviembre de 1949.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley No. 7739 de 6 de enero de 1998.

Código Procesal Penal, Ley No. 7594 de 10 de abril de 1996.

Código Penal, Ley No. 4573 de 4 de mayo de 1970.

Ley contra la Explotación Sexual de Personas Menores de Edad, No. 7899 del 3 de agosto de 1999.

NORMATIVA COLEGIOS PROFESIONALES

Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, aprobado en sesión de Junta Directiva No. 50-2004 del 25 de noviembre de 2004 y ratificado el 2 de diciembre de 2004 en sesión No. 52-2004.

Código de Ética Profesional del Colegio Profesional de Psicólogos de Costa Rica.

Código de Moral y Ética del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, 4 de abril de 1981.

RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA

No. 000487-98 de las 9:50 horas del 22 de mayo de 1998. Causa seguida contra D.A.A. por el delito de Abusos Deshonestos.

No. 2001-00820 de las 10:05 del 24 de agosto del 2001.

Causa seguida contra L.L.M.M. por el delito de Violación.

No. 2003-00604 de las 9:30 horas del 24 de julio de 2003. Causa seguida contra E.S.C., por el delito de Abusos Deshonestos.

No. 2002-00750 de las 10:45 del 29 de julio de 2002. Causa seguida contra A.E.B. por el delito de Abusos Deshonestos Calificados y Violación Calificada.

No. 2002-0100 de las 10:30 horas del 8 de febrero de 2002. Causa seguida contra J.H.C. por el delito de Abusos Deshonestos Agravados en concurso material.

No. 2001-00820 de las 10:05 del 24 de agosto del 2001. Causa seguida contra J.L.M.M. por el delito de Violación.

No. 2002-00009 de las 8:50 horas del 18 de enero de 2002. Causa seguida contra A.H.G. por el delito de Abusos Deshonestos contra persona menor de edad.

No. 2000-00122 de las 9:15 horas del 4 de febrero de 2000. Causa seguida contra S.U.M. por el delito de Violación Calificada en concurso material.

No. 2002-00750 de las 10:45 del 29 de julio de 2002. Causa seguida contra A.E.B. por el delito de Abusos Deshonestos Calificados y Violación Calificada.

No. 455-98 de las 9:55 del 15 de mayo de 1998. Causa seguida contra R.A.M.G. por el delito de Corrupción Agravada.

¹ 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. CRUZ (Fernando) y MONGE (Ivannia). San José, 2004, pág. 56.

² ARIAS VALVERDE (Óscar), El Secreto Médico en Costa Rica. En Medicina Legal de Costa Rica, Volumen 7, No.2, noviembre 1990, página 46.

³ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Medir, Editorial Espasa Calpe, S.A., 22 edición, T II, 2001.

⁴ MORENO CATENA (Victor). El secreto profesional en la prueba de testigos del proceso penal. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1980, pág. 130.

⁵ Estas definiciones han sido extraídas principalmente de Rodríguez Campos, op.cit., págs. 49-50 y OSSORIO (Manuel). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Ciencias Sociales. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1982.

⁶ RUIZ MIGUEL (Carlos). La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pág. 98.

⁷ OIT/IPEC. Explotación sexual comercial y masculinidad. Un estudio regional cualitativo con hombres de la población general. José Manuel Salas, Álvaro Campos. San José, Costa Rica. OIT, 2004, página 42

⁸ REYES ECHANDÍA (Alfonso). Derecho Penal. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2002. Pág. 176.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid, pág. 181.

¹¹ REYES ECHANDÍA, op.cit., págs. 164-165.

¹² Resolución 2002-0100 de las 10:30 horas del 8 de febrero de 2002.

¹³ Bajo este mismo criterio, la resolución 2002-00009 de las 8:50 horas del 18 de enero de 2002, estableció que "la trabajadora social del Hospital de Alajuela, funcionaria pública, conoció la situación en el ejercicio de su cargo, por lo que tenía el deber de denunciar los hechos llegados a su conocimiento, de conformidad con el artículo 281 inciso primero del Código Procesal Penal, al ser un delito perseguible de oficio".

¹⁴ Para efectos de la participación en juicio, estas personas no tendrán impedimento para comparecer como testigos y rendir su declaración: "...cuando se trata de educadores, trabajadores sociales y psicólogos que conocen del hecho en virtud de laborar en una escuela o en un hospital al que acude una víctima de un delito sexual, por ejemplo, ellos pueden válidamente declarar en juicio aquello que en forma espontánea y voluntaria les haya narrado la víctima y sus familiares, con la posibilidad de que se tome en consideración para sustentar una sentencia, incluso condenatoria...". (Voto de la Sala III, 2000-00122 de las 9:15 horas del 4 de febrero de 2000).

¹⁵ Así lo confirma la resolución 2003-00604 de las 9:30 horas del 24 de julio de 2003, al señalar "Pero esto no significa, como pareciera entenderlo el impugnante, que las conclusiones que el profesional extrae, no sólo de la información que el acusado le da, sino de la aplicación de los tests y la interpretación de que sus conocimientos le permitan obtener, no puedan ser utilizadas, porque la valoración fue voluntariamente aceptada por el imputado...".

¹⁶ La resolución señalada expresa que "...en el presente caso quienes declararon en el debate sobre lo acontecido, no obtuvieron el conocimiento de los hechos en razón de sus funciones o en ejercicio de cargo alguno, sino que lo hicieron porque la madre y la niña perjudicada se los contaron motivadas en sentimientos de confianza y amistad. Así ocurrió con las vecinas y la exmaestra de la citada menor que comparecieron al juicio oral...".



1. Introducción

La víctima se ha encontrado en una situación de lamentable abandono en el proceso penal, hecho que se agrava cuando ésta es un niño, niña o adolescente. Al final las garantías y los derechos siempre son para el sindicado, el procesado y el condenado, pues este debe enfrentarse a un fuerte y gran sistema de represión estatal.¹ Aunque en los últimos años se ha dado un avance en materia de derechos de la víctima, especialmente en cuanto a su participación en el proceso penal y respecto del reclamo de la reparación de los daños y perjuicios que le ha ocasionado el delito, en el caso específico de los derechos de la niñez y adolescencia víctima los esfuerzos han sido insuficientes, pues las personas menores de edad que han sufrido un hecho delictivo no están pensado en la reparación civil o en la condena del autor del delito, sino en su particular situación y en su propio sufrimiento. El delito perpetrado en su contra constituye una experiencia traumática que marcará su vida, pues su mecanismo de defensa es notablemente diferente y más débil que el de la víctima adulta.

Ahora bien, tampoco se trata de promover una justicia como la que persigue el movimiento americano a favor de los derechos de la víctima, en donde se ofrece una declaración de impacto de la víctima entre el veredicto del jurado y la determinación de la pena por el juez, ya que con ello se corre el peligro de que por el testimonio de personas justificadamente enfadadas se puedan aplicar sentencias desproporcionadas y orientadas más por la idea de venganza que por los fines propios del derecho penal.² Entonces, de lo que se trata es de asegurar una participación de la víctima en el proceso penal, que sea respetuosa de sus derechos y que tome en cuenta que el proceso judicial implica para ella revivir la experiencia traumática del delito, principalmente cuando se trata de un niño, niña o adolescente.³

En ese sentido, la víctima necesita ser comprendida, respetada, ayudada y apoyada. Las personas menores de edad exigen una especial atención y una comunicación funcional por parte de todas las personas e instituciones que tienen contacto con ellas, para promover que la herida generada por el delito sane, y evitar así que crezca. Por esto, la víctima no puede ser tratada únicamente como mecanismo para activar el sistema de justicia mediante la denuncia y la testificación, o como especial colaboradora de la justicia⁴, sino que debe ser atendida con una especial consideración, que contemple su particular situación y su interés superior, y que conceda un espacio real para escuchar las necesidades que tiene alguien cuyo proceso de desarrollo de personalidad está siendo alterado y afectado por la comisión de un hecho delictivo.

En ese contexto, es un hecho que en los últimos años se está poniendo en duda la eficacia del positivismo jurídico, pues se ha

comprobado su lejanía de la realidad que pretende regular, sobre todo cuando se trata de la niñez y la adolescencia, pues al final las normas jurídico-penales siempre serán demasiado formales y dogmáticas para entender el drama humano y la carga emotiva que conlleva el hecho de ser víctima de un delito.⁵ De ahí que en los últimos años, a partir de diversos congresos e instrumentos internacionales⁶, se ha exigido una humanización del derecho aplicado a las personas menores de edad, promoviendo la introducción de principios jurídicos que pretenden que la realidad subjetiva y objetiva del niño, niña o adolescente sea apreciada cada vez que se les aplica una norma jurídica. Por esto se afirma que dos principios rectores que deben estar presentes cada vez que una norma es aplicada a una persona menor de edad, son el interés superior y el derecho de opinión.⁷

Desde 1924 se ha venido desarrollando un conjunto de instrumentos internacionales que reclaman el respeto de los derechos de la niñez y la adolescencia en general, y particularmente de la víctima, tales como la Declaración de los Derechos del Niño -más conocida como Declaración de Ginebra de 1924-, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990, que señala en el artículo 3 que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Por su parte, el artículo 12 establece que: "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". Todo esto implica, como es obvio, que los Estados deben implementar en el proceso penal las medidas legislativas y administrativas que sean necesarias para dar efectividad a dichos derechos.

Dado que la Convención propone una nueva forma de ver y tratar a las personas menores de edad, en donde estas dejan de ser objetos de tutela y pasan a ser sujetos de derecho, superando los antiguos paradigmas etiológicos que los trataban como "menos personas", "menos capaces", "menos inteligentes" y con "menos derechos" que los adultos, uno de los retos que debe plantarse el derecho procesal penal moderno es el de buscar fórmulas adecuadas para respetar la autonomía propia del niño, niña o adolescente, conjuntamente con garantizar el ejercicio de sus propios derechos, principalmente cuando estos son víctimas de delito. Tradicionalmente, por la persona menor de edad víctima ha respondido y "negociado" su representante legal, sin considerar su opinión, al punto de que antes de escuchar al niño o niña víctima se escucha a los padres y se llega al colmo de pedirle autorización a estos para que el niño(a) pueda declarar. Hoy, en cambio, debe dejarse

* Oficial de Protección, UNICEF-Guatemala

atrás la idea de concebir a las personas menores de edad como simples recipientes de las decisiones de los adultos y de su familia, pues al final se sabe que el entorno familiar no siempre es el más estable y seguro para ellas, dado que, en muchos casos, es ahí donde son objeto de hechos ilícitos.

En pocas palabras, el nuevo paradigma de los derechos de la niñez y la adolescencia exige repensar y reformular el moderno derecho penal y procesal penal, atendiendo a las necesidades de las víctimas de delito. Por ello, los Estados deben asegurarse de contar con tipos penales que promuevan una protección real de los bienes jurídicos cuya lesión puede ocasionar un perjuicio en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. De ahí que en primer lugar se plantee una revisión de los códigos penales -desde el ámbito de los delitos sexuales⁸ hasta la protección del orden jurídico familiar-, así como una revisión de las penas y medidas de seguridad por imponer, pues los delitos contra la niñez y adolescencia no pueden combatirse con el sistema clásico de penas y medidas de seguridad.

En segundo lugar, se debe revisar la legislación procesal, pues esta debe asegurar no solo la persecución y efectiva condena del delincuente, sino que también debe asegurar que la víctima no sufrirá de nuevo por el delito. Es decir, el proceso penal debe garantizar que se evitará, hasta donde sea posible, la victimización secundaria, de manera que se buscará optimizar la intervención de la persona menor de edad en el proceso penal: se evitarán declaraciones innecesarias, se pondrá en marcha un acompañamiento social y psicológico durante todo el proceso, se asegurará la reserva de las actuaciones, se promoverá la celeridad del caso, se evitará el contacto del niño víctima con el agresor, entre otras medidas.⁹

2. Sobre los derechos de las víctimas del delito

Recientemente se han aprobado diversos instrumentos internacionales que promueven que los Estados adopten medidas administrativas y legislativas para garantizar un trato más respetuoso y adecuado de la víctima en general y particularmente de la niñez y adolescencia víctima, considerando que en la actualidad, ésta ya no solo es víctima de los clásicos delitos, sino que ahora sufre de hechos ilícitos vinculados con redes internacionales de crimen organizado. En esa línea, el artículo 24 de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* señala que cada Estado Parte establecerá procedimientos para asegurar la protección física de los testigos, así como normas que permitan que estos presten su testimonio sin poner en peligro su seguridad, por medio de tecnologías de comunicación como videoconferencias y otros medios adecuados.

Por su parte, el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños*, que complementa la citada convención, establece en el artículo 6 que el Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas. Por otra parte,

exigen una especial atención, entre otros, el *Convenio 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil*, la *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994*, la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*, la *Declaración del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños de 1996*, y la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*.

Desde esa perspectiva, el derecho penal y procesal penal moderno deben atender los aportes de la victimología, pues esta ha cobrado especial importancia dentro del marco de la denominada "seguridad ciudadana", al convertirse en una de las principales funciones y preocupaciones del actual Estado Social y Democrático de Derecho, que deja atrás el antiguo esquema de la "seguridad nacional", característico de los Estados autoritarios que "gobernaron" durante las últimas décadas en la mayoría de los países latinoamericanos. Se entiende que la seguridad actual constituye un derecho que el ciudadano tiene frente al poder estatal, y que debe ejercitarse dentro de un marco de garantías que le permitan tener acceso a la justicia de forma sencilla, rápida, humana y eficaz.¹⁰ En ese sentido, el derecho a la seguridad ciudadana debe garantizar también un trato digno y adecuado a la situación de sufrimiento que el delito genera en la víctima, así como al resarcimiento de los daños provocados como consecuencia del mismo.¹¹

El concepto de seguridad ciudadana no puede ni debe ser entendido exclusivamente desde el punto de vista de la defensa de la sociedad ante el delito, sino también debe apreciarse desde el punto de vista de los niños, niñas o adolescentes víctimas, ya que estos sufren las consecuencias directas de la violencia provocada por el hecho criminal (victimización primaria), además de sufrir la violencia que el propio sistema penal genera para poder investigar su caso y perseguir penalmente a su ofensor (victimización secundaria); y, asimismo, la violencia social manifestada en las diversas actitudes y estereotipos sociales que se configuran alrededor de las personas menores de edad víctimas de delitos, por ejemplo, en el seno de su propia familia, de su comunidad y en el medio social (conocida como victimización terciaria).¹²

Un ejemplo claro de la victimización en sus tres niveles, se puede apreciar con los estereotipos y paradigmas que la sociedad ha creado alrededor de la niñez y adolescencia víctima de explotación sexual comercial, ya que a pesar de que algunos códigos penales ya reconocen la explotación sexual remunerada como un delito, los y las adolescentes explotados no son tratados como víctimas por el sistema penal, sino como victimarios, puesto que se dice que ellos practican actividades sexuales "porque quieren o porque les gusta".¹³ En consecuencia, la puesta en marcha de políticas públicas orientadas a la prevención de la explotación sexual comercial se dificulta pues se enfrenta a sociedades en donde la "prostitución" o el maltrato infantil se ve como algo normal y por tanto culturalmente aceptado.



La preocupación por la persona menor de edad víctima del delito es reciente; no fue hasta 1962 cuando se acuñó el término “síndrome del niño maltratado” (battered child syndrome), por Kempe.¹⁴ Uno de los motivos que despertó el interés por los niños y las niñas que sufren malos tratos, fue la violencia sobre la mujer y la niñez que en los años sesenta se hizo pública, así como el trabajo que en este tema desarrolló el pediatra Kempe, quien celebró un congreso interdisciplinario en 1960 cuyas conclusiones ayudaron a reestructurar las actitudes de los poderes públicos hacia el tratamiento de la niñez.¹⁵ Sin embargo, respecto del ámbito de la explotación sexual comercial, la pornografía infantil, la explotación laboral, no es sino hasta en los años noventa, con la aprobación de instrumentos internacionales, cuando el tema sale a discusión pública.

En síntesis, los niños, niñas y adolescentes, por su especial situación de vulnerabilidad frente al delito, constituyen un grupo socialmente diferenciado de víctimas, y como tal deben recibir un trato especial. Sus diferencias con el adulto víctima, en el plano de la realidad, deben tomarse en cuenta para establecer y aplicar las medidas normativas y administrativas más adecuadas para evitar que sean revictimizados por la violencia que genera el propio proceso penal, por la falta de un trato digno y humano, por la falta de información sobre la situación del proceso, por la falta de asistencia jurídica y psicológica y por la falta de atención adecuada y especializada. En general, debe evitarse que el drama psicosocial que sufre la víctima de un delito se convierta en un número de expediente o en un órgano más de prueba, y por tanto, carente de toda consideración de humanidad.¹⁶

En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala, en la Opinión Consultiva No. 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, que los niños poseen derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. Con ese fin, los Estados tienen el deber de adoptar las medidas positivas y evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, así como suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

De ahí que, evitar la segunda victimización de las personas menores de edad en el proceso penal surge como una obligación para los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), pues esta establece en el artículo 19 numeral 1 que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental...”. En esa línea, debe entenderse que el Estado debe adoptar todas las medidas que sean adecuadas y necesarias para proteger a la persona menor de edad contra toda forma de violencia, incluida la que genera el propio proceso penal.¹⁷ Por esto, deben destacarse las directrices elaboradas en Costa Rica con el propósito de disminuir la revictimización de los niños, niñas y adolescentes y lograr que los operadores judiciales apliquen la normativa referida al tema.¹⁸

3. Medidas de protección para niñas, niños y adolescentes víctimas

Ala normativa de la convención e instrumentos internacionales

citados, debe sumarse la establecida 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*¹⁹, que en los artículos 2, 3, 8, 9 y 10 regula la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes víctimas. Entre otros deberes que los Estados asumen al ratificar el Protocolo, se pueden mencionar los siguientes:

- Legislar penalmente tipificando como delitos: 1. La transacción de niños, niñas y adolescentes a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; 2. La utilización de niños, niñas o adolescentes en actividades sexuales a cambio de remuneración; y 3. La pornografía infantil.
- Reconocer la vulnerabilidad de la niñez y adolescencia víctima y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales. Por ejemplo, al declarar como testigo, una medida adecuada sería recibir la declaración de la víctima menor de edad a través de salas especiales con circuito cerrado o su protección a través de biombo o mamparas, de tal manera que se evite el contacto visual y físico con el supuesto agresor. Asimismo, permitir el acompañamiento y asistencia psicológica durante el desarrollo del debate.
- Informar a los niños, niñas y adolescentes víctimas en una forma adecuada sobre sus derechos y su papel en el proceso, así como sobre el alcance, las fechas, la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa. Este deber no solo corresponde al fiscal del caso sino también a los jueces respectivos.
- Autorizar la presentación y consideración de opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños, niñas y adolescentes víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales. En ese sentido, el juez debe escuchar la opinión de la víctima y tomarla en cuenta en las resoluciones que dicte dentro de las distintas fases del proceso penal, sin importar si aquella es o no parte del proceso formalmente hablando, es decir, si está o no constituido como querellante adhesivo o actor civil, pues debe recordarse que estos son derechos que la persona menor de edad no puede legalmente ejercer por sí misma, a contrario sensu de los establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo.
- Prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños, niñas y adolescentes víctimas, la cual no debe limitarse a la de carácter psicológico y social, sino que debe de extenderse a la jurídica. Para el efecto debe designarse a la persona menor de edad un abogado que vele por sus derechos.
- Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas y adoptar las medidas que sean necesarias para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas.
- Velar por la seguridad de las víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias, aplicando la Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal (en el caso de Guatemala).
- Evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda la reparación a los niños, niñas y adolescentes víctimas.



- Asegurar una formación apropiada, particularmente en los ámbitos jurídico y psicológico, de las personas que trabajan con víctimas de delitos.
- Adoptar medidas orientadas a proteger la seguridad e integridad de las personas u organizaciones dedicadas a la prevención o la protección y rehabilitación de la niñez y adolescencia víctimas de delitos.
- Prestar particular atención a las personas menores de edad que se encuentren especialmente vulnerables de ser víctimas de delitos sexuales o sean víctimas de estos, por ejemplo los niños de la calle y las niñas utilizadas en la explotación sexual comercial.

En general, la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos debe caracterizarse por: a) facilitar la interposición de la denuncia por parte del niño, niña o adolescente víctima de delitos; b) facilitar la participación de estas víctimas en el proceso judicial, escuchando su opinión y tomándola en cuenta en función de su edad y madurez en todas las fases del proceso penal, independientemente de si este se constituyó o no en querrelante adhesivo, así como promoviendo y aceptando los recursos que la propia víctima interponga; c) en los casos de negligencia en la representación legal de la persona menor de edad y en los casos de conflicto de intereses entre el representante legal y el acusado, designar inmediatamente un abogado del Estado para que vele por sus intereses; y d) facilitar la declaración testimonial de la persona menor de edad víctima a través de la implementación de salas con circuito cerrado, colocación de biombos o mamparas y entrevistas dignas y adecuadas.²⁰

Al pensar en adoptar futuras medidas relacionadas con la niñez y adolescencia víctima de delito en coherencia con la normativa de la CDN y su Protocolo, así como las recomendaciones de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder (1985), los esfuerzos deben encaminarse, entre otros aspectos, a:

- Con respecto a las instituciones de atención a la víctima, por ser quienes tienen el primer contacto con el niño, niña o adolescente víctima :
 - Fortalecer las oficinas de atención a la víctima del Ministerio Público y de la Policía Nacional Civil, procurando la creación de servicios especiales y permanentes de asistencia psicosocial y jurídica para la víctima, en todo el territorio nacional.

- Fortalecer los mecanismos de protección y ayuda inmediata -no solo de carácter policial- para colaborar con la víctima en su seguridad inmediata (asegurar su residencia, arreglar las puertas, facilitarle transporte), trasladarle a un lugar adecuado y seguro (en coordinación con los juzgados respectivos), préstamos inmediatos de dinero o ropa, prestación de asistencia médica, acompañamiento psicosocial, etc.

- En materia procesal, orientados a evitar la victimización secundaria:

- Construir o equipar salas especiales para recibir las declaraciones de las personas menores de edad víctimas en circuito cerrado o a través de biombos.
- Asegurar el resarcimiento de los gastos ocasionados por el proceso judicial, que incluyan por lo menos el transporte, la alimentación, la ausencia escolar, etc. Para el efecto se puede crear un fondo de acompañamiento procesal del niño, niña o adolescente víctima del delito, a cargo de las oficinas respectivas (por ejemplo las oficinas de atención a la víctima).
- Facilitar la participación de la persona menor de edad en el proceso penal como querrelante adhesivo, designándole un abogado en forma gratuita²¹, que vele por sus intereses y el respeto de sus derechos.

- En materia legal, en relación con la asistencia social de la niñez y adolescencia víctima:

- Procurar la aprobación de una ley orientada a satisfacer las necesidades económicas de quien es víctima de delitos violentos, creando para el efecto un "fondo de compensación económica para las personas menores de edad víctimas de delitos violentos o sexuales". En algunos países, como España, se han creado estos fondos. El fundamento legal de los fondos de compensación debe buscarse en las propias constituciones de los Estados, pues estos son los responsables de la defensa y seguridad del ciudadano frente al delito. Por tanto, los Estados deberán también ser responsables de los gastos que los ciudadanos realicen como consecuencia de la falencia de su defensa y seguridad, principalmente cuando la víctima es un niño, niña o adolescente, por la obligación constitucional de protección especial que los Estados tienen hacia este grupo de población.²²

BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS y LARRAURI. Victimología: presente y futuro, Colombia, Editorial Temis, 2ª. Ed., 1993.

CASA ALIANZA. Informe sobre Impunidad 1990-1998: Violación a los Derechos Humanos de los Niños y Niñas de la Calle.

MORENO CATENA (V). La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español, en Revista Penal, No. 4, Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, Barcelona, Editorial Praxis, 1999, pág. 60.

FLETCHER (G). Las víctimas ante el jurado, trad. de Juan José Molina Ariza y Antonio Muñoz Aunió, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997.

GARRIDO (V), STANGELAND (P), REDONDO (S). Principios de Criminología, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

HODGKIN (R), NEWELL (P). Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ginebra, UNICEF, 2001.



ORGANISMO JUDICIAL-UNICEF. La Ciudadanía Social de la Niñez y la Adolescencia, Panamá, Organismo Judicial - UNICEF, tomo IX, 2000.

RODRÍGUEZ BARILLAS, (A). Los derechos de la niñez víctima en el proceso penal guatemalteco. Guatemala, Proyecto "Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño", Organismo Judicial-UNICEF, 2002.

SOLÓRZANO LEÓN (J). Los Derechos Humanos de la Niñez, Guatemala, Proyecto "Justicia Penal de Adolescentes y Niñez Víctima, Organismo Judicial-UNICEF, 2003.

Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, aprobada por la Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Declaración del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Estocolmo, Suecia, junio de 1996.

Opinión Consultiva No. 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- ¹ Rodríguez Barillas sostiene que el tradicional abandono de la víctima ha implicado ante todo el esfuerzo del aparato estatal por concentrarse exclusivamente en el delincuente y en políticas represivas. Esta situación ha repercutido en todas las manifestaciones científicas y de políticas públicas. RODRÍGUEZ BARILLAS, (A). Los derechos de la niñez víctima en el proceso penal guatemalteco. Guatemala, Proyecto "Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño", Organismo Judicial-UNICEF, 2002, pág. 1.
- ² En esa línea, la Asociación Americana de Abogados reconoce y recomienda en su modelo de Ley Uniforme de las Víctimas de Delito (Uniform Victims of Crime Act), el derecho a ofrecer una "declaración de impacto de la víctima". Para más detalles, ver FLETCHER (G). _ trad. de Juan José Molina Ariza y Antonio Muñoz Aunio, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, págs. 267 y ss.
- ³ Los delitos contra los niños y niñas son los delitos más graves que se pueden cometer dentro de la comunidad, pues comprometen irremisiblemente su desarrollo integral. Por ello, entender los efectos devastadores que la intervención inadecuada de los agentes del sistema penal puede ocasionar en la niñez es imprescindible para lograr un tratamiento digno y humano y evitarle mayores perjuicios. RODRÍGUEZ BARILLAS, op. cit., pág. 3.
- ⁴ Hasta épocas recientes el legislador ha sido insensible al problema de riesgos y victimización secundaria de los testigos, e incluso de los peritos. La imposición del deber ciudadano de colaboración con la administración de justicia parecía un título suficiente para recabar el concurso de los testigos en un proceso penal, aún cuando estos son niños o niñas de corta edad, como un ejercicio de conciencia cívica, sea en la persecución de las conductas delictivas, sea para liberar a un acusado injustamente, sin tomar en consideración otras implicaciones relevantes. Cfr MORENO CATENA (V). La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español, en Revista Penal, No. 4, Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, Barcelona, Editorial Praxis, 1999, pág. 60. En esa línea, señalan Garrido, Stangeland y Redondo que con respecto al sistema penal, la víctima es un pilar básico (y en general no apreciado en su justa medida). GARRIDO (V), STANGELAND (P), REDONDO (S). Principios de Criminología, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, pág. 72.
- ⁵ Cfr SOLÓRZANO LEÓN (J). Los Derechos Humanos de la Niñez. Proyecto "Justicia Penal de Adolescentes y Niñez Víctima, Guatemala, Organismo Judicial-UNICEF, 2003, págs. 72 y ss.
- ⁶ En esa línea, ver la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, aprobada por la Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- ⁷ En ese sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en diferentes informes, expresó que el interés superior del niño y el derecho de opinión son los principios "rectores-guías" en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. HODGKIN (R), NEWELL (P). Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ginebra, UNICEF, 2001, págs. 37 y ss.
- ⁸ De ahí que debe penalizarse la explotación sexual cometida con niñas y niños, entendiendo por ésta aquellas conductas que persuadan o coaccionen a estos a participar en cualquier actividad sexual ilícita, introducirles en prácticas sexuales ilegales, utilizarlos para la elaboración de material pornográfico, abusos sexuales, y la trata con fines de explotación sexual.
- ⁹ Al respecto ver la Declaración del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Estocolmo, Suecia, junio de 1996.
- ¹⁰ Sobre la ciudadanía de los niños y las niñas ver: ORGANISMO JUDICIAL-UNICEF. La ciudadanía social de la niñez y la adolescencia, Panamá, Organismo Judicial - UNICEF, tomo IX, 2000.
- ¹¹ En relación con el derecho de resarcimiento de la víctima, se ha generado un movimiento de legislación a favor de su regulación. Por ejemplo, en España la Ley 35/95 sobre la asistencia a las víctimas de actos delictivos violentos y contra la libertad sexual, contempla la indemnización para las víctimas a través de la compensación económica por baja laboral, los gastos de terapia, etc. Estas ayudas solo se conceden a aquellas víctimas que no hayan facilitado la agresión por su conducta imprudente. Además se han implementado las Oficinas de Ayuda a la Víctima, en donde se brinda información, asesoramiento y acompañamiento técnico especializado que incluye la asistencia de un abogado, cuando así fuere necesario.
- ¹² SOLÓRZANO LEÓN, op. cit., págs. 52 y ss.
- ¹³ En ese sentido, se han establecido algunos mitos sobre la explotación sexual comercial de las personas menores de edad. Se dice que: "son prostitutas y ese es su trabajo", "están en eso porque les gusta", "ganan mucho dinero", "se aprovechan de los hombres, los seducen y les sacan dinero", "el sexo con niños es más seguro". Para más detalles ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva No. 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.
- ¹⁴ GARRIDO, STANGELAND, REDONDO, op. cit, pág.582.
- ¹⁵ Ídem.
- ¹⁶ Cfr. BUSTOS y LARRAURI, Victimología: presente y futuro, Colombia, Editorial Temis, 2º. Ed., 1993, pág. 30.
- ¹⁷ En el mismo sentido se expresa RODRÍGUEZ BARIILLAS, op cit, págs. 25 y ss..
- ¹⁸ Las directrices fueron aprobadas por la Corte Suprema de Justicia, en sesión IXX-02, del 6 de mayo de 2002.
- ¹⁹ Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 54/263 de 25 de mayo de 2000.
- ²⁰ Asumo las recomendaciones formuladas por CASA ALIANZA, en el Informe sobre Impunidad 1990-1998, Violación a los Derechos Humanos de los Niños y Niñas de la Calle, págs. 65 -75, y por RODRÍGUEZ BARILLAS, op cit, pág 171.
- ²¹ Mientras que el acusado siempre tiene el derecho a un abogado de oficio, la víctima del delito no suele recibir ninguna asistencia de un letrado, salvo que ella cubra los honorarios. Cfr. BUSTOS, LARRAURI, op. cit., págs. 84 y ss, GARRIDO, STANGELAND, REDONDO, op cit, págs. 679 y ss.



Medidas de protección en sede judicial para las personas menores de edad víctimas de explotación sexual comercial.

El caso de Panamá

Mariblanca Staff Wilson*

1. Justificación

Las personas menores de edad son seres humanos con derechos reconocidos universalmente, entre los cuales destaca el de ser protegidas por toda la sociedad y por leyes específicas que les garanticen un desarrollo pleno y con dignidad.

La comunidad internacional, a través de diferentes instrumentos y resoluciones, ha establecido un marco jurídico para la efectiva protección de las garantías fundamentales de la niñez y la adolescencia. Uno de esos instrumentos es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN), que encuentra fundamento en la consideración de los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos plenos, merecedores de respeto, dignidad y libertad y los reconoce como titulares de todos los derechos que poseen las personas adultas, sumándoles otras garantías por su condición especial de personas en desarrollo.

De igual manera, la Convención establece una nueva forma de abordaje de los derechos de la niñez y la adolescencia, a través de una doctrina de protección integral que se estructura con base en los principios establecidos en este y otros instrumentos internacionales, anteriores y posteriores, que integran e interpretan aquella. De particular importancia es el artículo 34 de la Convención, el cual consagra la protección de los niños, niñas y adolescentes contra la explotación sexual comercial (ESC), por constituir una de las más severas violaciones a sus derechos humanos, en tanto que el artículo 39 contempla la obligación de los Estados de promover su protección, su recuperación psicológica y su integración social.

Como complemento a la Convención, en el año 2000 se expidió el Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, protocolo que, en el ámbito judicial, establece un conjunto de garantías que representan un gran desafío para los sistemas judiciales de América Latina, pues exige simultáneamente modificaciones importantes al sistema de justicia penal y al de protección de los derechos de la infancia, entre otros aspectos.

Con base en lo anterior se viene desarrollando el concepto del "enfoque de derechos humanos", que se refiere a una nueva visión para comprender el bienestar y el desarrollo humano, a través de una ética que permita orientar los comportamientos tanto personales, como profesionales y colectivos. En el caso específico de las personas menores de edad, el principio rector de esta nueva perspectiva consiste en reconocer a los niños, niñas y adolescentes como personas, como sujetos plenos de derechos y en establecer que las personas adultas y los Estados deben verlos como integrantes de la comunidad y, por

tanto, están en la obligación de respetarlos y garantizarles el ejercicio efectivo de sus derechos humanos sin discriminación ni distinción de ninguna índole.

Este enfoque de derechos implica nuevos lineamientos que modifican no solo el modo de ver, concebir y tratar a los niños, niñas y adolescentes, sino también las formas de participación, tanto de las personas menores de edad en el desarrollo de la comunidad, como de esta última en todas las acciones dirigidas a la protección integral.

La aplicación de este nuevo enfoque de derechos y de protección integral, lejos de contraponerse a una dimensión de atención especializada a las víctimas, la complementa y enriquece, permitiendo que las respuestas institucionales a los casos sean flexibles, oportunas, adecuadas para cada caso, y con mayor comunicación y colaboración entre las agencias que intervienen. Significa modificar patrones obsoletos y creencias erradas acerca de las personas adultas y de las personas menores de edad. Implica también abrir espacios de participación para que los niños, niñas y adolescentes puedan ejercer plenamente su ciudadanía; que puedan ejercer su derecho a opinar y a plantear sus necesidades, inquietudes y aportes. Finalmente, supone convertir a las comunidades en espacios formativos y de desarrollo integral que estén comprometidos con el cumplimiento, la promoción y defensa de los derechos de la niñez y la adolescencia.

2. Protección judicial de las personas menores de edad víctimas de explotación sexual comercial

¿A qué nos referimos cuando hablamos de los derechos de la niñez y la adolescencia? Estamos hablando de las garantías, las reglas y las leyes establecidas para que vivan con dignidad y que sus derechos sean respetados tanto por las personas como por los Estados. Lo anterior se traduce en que se les brinde atención, asistencia y protección especial de acuerdo con su edad; en que no sean discriminados por ninguna razón, por ninguna persona o institución; en que disfruten del más alto nivel de salud; en que tengan condiciones de vida que les permitan su desarrollo integral; y en que sean protegidas del abuso y la explotación de cualquier índole.

Es por ello que tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, como su Protocolo Facultativo, contemplan la protección judicial de las personas menores de edad víctimas de explotación sexual comercial. En este ámbito resalta el artículo 8 del Protocolo, el cual dispone específicamente la protección de las víctimas, teniendo especial consideración a su vida, a su integridad y a todos sus derechos durante los procedimientos judiciales. Esta norma sustenta la incorporación del enfoque

* Abogada y escritora. Exmagistrada de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.



de derechos humanos para una adecuada protección en sede judicial de las personas menores de edad víctimas de ESC, a través de una serie de principios y garantías fundamentales que deben regir los procedimientos, a saber:

1. Garantía en la restitución de derechos. Debe garantizarse a las víctimas la restitución del ejercicio pleno de todos los derechos que les han sido violados; en especial educación, salud y convivencia familiar.
2. Especialización de los procedimientos. Estos deben adaptarse para tener como prioritario en toda actuación el interés superior del niño, niña o adolescente, es decir, la garantía de sus derechos en atención a su situación de vulnerabilidad, debiendo proteger especialmente su integridad al declarar como testigos.
3. Especialización profesional. Debe garantizarse que los/las operadores/as del sistema de justicia en todos sus niveles reciban formación jurídica y psicológica especializada, continua y sistemática sobre el enfoque de derechos, para poder relacionarse adecuadamente con las víctimas de la explotación sexual y de cualquier otro delito.
4. Claridad conceptual. Los/las operadores/as del sistema judicial deben tener claridad conceptual respecto de que las personas menores de edad involucradas en la ESC no son delincuentes; son víctimas y como tales no deben ser tratadas como si fueran las responsables de los hechos, y no deben ser expuestas a condiciones que prolonguen y recuerden innecesariamente la situación de explotación de la que han sido víctimas. De igual manera, deben tener presente que no tiene validez el consentimiento prestado por las personas menores de edad en actividades de explotación sexual.
5. Opinión de las víctimas. En toda acción o plan de protección se debe tomar en cuenta la opinión de las personas menores de edad víctimas de explotación sexual comercial.
6. Deber de información. Las víctimas deben ser informadas sobre sus derechos y su papel en el proceso, y sobre el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y resoluciones judiciales.
7. Asistencia a las víctimas. Esta incluye no solo la asistencia legal en todo proceso judicial, sino también la de carácter psicológico, social o de cualquier otra índole que fuere necesaria.
8. Protección de la intimidad, identidad y seguridad. Implica establecer normas específicas que prohíban la divulgación de la identidad de las víctimas y otros aspectos propios de su intimidad, así como tomar todas las medidas para proteger a las víctimas o testigos de cualquier forma de agresión, amenaza o represalia.
9. Garantizar resolución rápida y oportuna de la causa. Implica una investigación eficaz y oportuna, así como la aplicación de la legislación vigente para sancionar ejemplarmente a los explotadores y evitar la impunidad judicial.
10. Evitar la institucionalización de las víctimas. Se debe tomar en consideración que la institucionalización de las personas menores de edad víctimas de ESC no debe ser la única y primera alternativa para garantizar su protección.

La efectiva incorporación de estos principios y garantías en el sistema judicial es lo que promueve el enfoque de derechos humanos, lo que asegura la integralidad de la protección en sede judicial, favoreciendo que las acciones dirigidas a prevenir

y a salvaguardar los derechos de las personas menores de edad explotadas sexualmente consideren conjuntamente el goce de sus otros derechos y se eviten así efectos contraproducentes o nocivos.

3. Protección judicial en la legislación panameña

El acceso al sistema de justicia constituye una garantía que tienen todas las personas para hacer efectivos sus derechos e incluso, en algunos casos, los de otras personas. Los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos necesarios para garantizar su efectividad. En el caso de los niños, niñas y adolescentes, este derecho se les garantiza a través del acceso a las instancias que les pueden ayudar a proteger sus derechos cuando estos les hayan sido violados o sufran amenaza de violación. Uno de los mecanismos que garantizan esta protección es el ordenamiento jurídico existente en cada país.

En ese sentido, la República de Panamá se ha caracterizado por su interés, liderazgo y compromiso permanente por el respeto de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, habiendo suscrito y ratificado todos los convenios internacionales sobre la materia. En la legislación interna contempla diversas normas generales de protección, como son, entre otras, el Código de la Familia, el Código Penal, el Código Judicial y el Código de Trabajo.

Así, por ejemplo, a través del Código de la Familia se contempla un régimen de protección especial para los niños, niñas y adolescentes -y sus familias- que viven situaciones socioeconómicas, educativas y ambientales difíciles. Con este régimen se establece una obligación para el Estado, a través del Ministerio de Desarrollo Social y otras instancias, de crear las condiciones necesarias para que toda persona menor de edad en estas condiciones permanezca en el seno de su familia y que, a la vez, esta reciba el apoyo necesario para hacer efectivos todos sus derechos, especialmente los de educación, salud e integridad física, espiritual y emocional.

El país, consciente de los compromisos internacionales adquiridos con la ratificación en 1990 de la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo del 2000, en el tema específico de la explotación sexual comercial de las personas menores de edad, inició en el año 2003 un proceso de adecuación de su legislación al marco normativo internacional, el cual culminó con la expedición de la Ley 16 de 31 de marzo de 2004, que dicta disposiciones para la prevención y tipificación de delitos contra la integridad y la libertad sexual y modifica y adiciona artículos a los códigos penal y judicial.

El objetivo central de la Ley 16 es el de "proteger a las personas menores de edad de cualquier manifestación de explotación sexual, en sus diferentes modalidades, mediante el establecimiento de normas preventivas y sancionatorias, de acuerdo con el interés superior de la niñez y la adolescencia, con su protección integral y con los principios rectores de la Constitución Política, el Libro Tercero del Código de la Familia y del Menor y los tratados y convenios internacionales sobre la materia aprobados y ratificados por Panamá," de acuerdo con su artículo primero. De este objetivo se desprende que la



Ley se fundamenta en el principio rector del interés superior, normado en la CDN, el cual consiste en darle a cada niño, niña y adolescente lo que le corresponda para su óptimo e integral desarrollo, que a su vez implica la protección y respeto de sus derechos humanos, entre ellos, la protección frente a toda forma de abuso y explotación.

A continuación se presenta una síntesis de algunos de los aspectos más relevantes que recoge la Ley 16 de 31 de marzo de 2004:

1. Los tipos penales básicos y las agravantes de la legislación anterior se modifican para dar mayor alcance a los sujetos activos y a las actividades relacionadas con los delitos de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.
2. Se adicionan al Código Penal nuevos tipos penales para poder sancionar nuevos delitos que son producto de la indebida utilización de los avances de la tecnología y de los medios de comunicación, como son -entre otros- la producción y difusión de pornografía con personas menores de edad, la trata de personas menores de edad con fines de explotación sexual y la promoción de actividades de turismo sexual.
3. Las sanciones para estos tipos penales son severas, dada la trascendencia y relevancia social de los bienes jurídicos que se tutelan. Se aumentan tanto las penas mínimas como las máximas, lo que hace posible que los delitos de explotación sexual queden excluidos de fianza de excarcelación.
4. Se incorporan como agravantes novedosas, entre otras, que el hecho sea ejecutado con el concurso de dos o más personas o ante terceros observadores, quienes serán considerados cómplices primarios; el que el/la autor/a contagie a la víctima con una infección de transmisión sexual (ITS) y el que la víctima resulte embarazada.
5. Se adiciona a la sanción penal privativa de libertad la sanción pecuniaria de días-multa.
6. Las sanciones alcanzan a quienes utilicen establecimientos comerciales para actividades de trata de personas (por ejemplo propietarios, arrendatarios, administradores o poseedores de cualquier bien inmueble destinado a actividades de ESC).
7. Se hacen importantes reformas procesales para establecer de oficio la investigación de los delitos de ESC, lo cual anteriormente era considerado un grave obstáculo para iniciar las investigaciones, y se faculta al Ministerio Público para realizar operaciones encubiertas dirigidas a perseguir estos delitos y a descubrir a sus autores, incluyendo la interceptación y registro de comunicaciones telefónicas y correo electrónico.
8. Se establece la protección, así como la indemnización y la reparación del daño a las víctimas de los delitos de trata de personas.
9. Se modifica el término de la prescripción de la acción penal, el cual se contará a partir de la fecha en que la víctima cumpla la mayoría de edad.
10. Se establecen políticas públicas específicas para la prevención y la erradicación del problema de la explotación sexual comercial, entre las que destaca la creación de una Comisión Nacional para la Prevención de los Delitos de Explotación Sexual Comercial (CONAPREDES), organismo técnico-administrativo destinado a elaborar programas y planes de prevención, sensibilización y capacitación.

11. Novedosa resulta en las políticas públicas la creación de un fondo especial destinado al financiamiento de los planes y los programas que establezca CONAPREDES para prevención, sensibilización, capacitación, atención, rehabilitación y tratamiento de las víctimas de ESC. Este fondo se nutrirá de los impuestos, multas y dinero comisado o los que se obtengan del remate de bienes o valores provenientes de este tipo de delitos.

Como se aprecia de la síntesis anterior, Panamá hizo un fundamental y positivo avance legislativo, siendo la Ley 16 de 2004 una fuente normativa para dar efectividad a los derechos de la niñez y la adolescencia, reconocidos en la Convención, con un nuevo enfoque de derechos humanos.

Es por lo anterior que, atendiendo a la especial vulnerabilidad de las personas menores de edad víctimas de explotación sexual comercial, la nueva legislación contempla una serie de disposiciones que establecen medidas de protección para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas, contenidas en el Capítulo IV, específicamente en los artículos 17 al 20. Entre las más importantes están:

- Se establece la obligación de toda persona natural o jurídica de denunciar ante las autoridades competentes cualquier hecho violatorio de las disposiciones contenidas en la Ley 16 de 2004.
- Se otorga personería procesal para denunciar y actuar como parte en el proceso penal a las asociaciones de padres de familia y a otras organizaciones no gubernamentales, cuyo objeto sea la protección de los derechos de las personas menores de edad y con discapacidad.
- Se asigna responsabilidad expresa al Ministerio de Educación, al de Desarrollo Social y a la Defensoría del Pueblo, para brindar asesoría legal gratuita a las personas que estén en capacidad de constituirse en calidad de parte en el proceso penal.
- Se obliga a las autoridades de investigación a agotar todas las diligencias necesarias para identificar a las víctimas y brindarles protección especial, incluyendo a su familia, para evitar que sean amenazadas, objeto de represalias o intimidación. También se les concede el derecho a consultar un/a defensor/a u otra persona de su confianza para elaborar planes de protección.
- Se exime de responsabilidad penal a las víctimas, por hechos punibles relacionados con la migración o cualquier otro que sea el resultado directo de la trata de que hayan sido objeto.
- Se establece la indemnización a las víctimas de la trata de personas, la cual debe incluir: costos de tratamiento médico o psicológico, costos de terapia y rehabilitación física y ocupacional, costos de vivienda, transporte, cuidado de personas menores de edad, ingresos perdidos o lucro cesante, honorarios de abogados, la perturbación emocional y el daño moral; así como cualquier otra pérdida sufrida. También las víctimas deben ser retornadas a su país de origen, sin que ello perjudique su derecho a recibir la indemnización.
- Consagra el deber tanto de los/las funcionarios/as como de los particulares de denunciar los delitos de explotación sexual comercial de personas menores de



edad. También es importante dar aviso inmediato a la Dirección Nacional de la Niñez y la Adolescencia del Ministerio de Desarrollo Social, con el fin de que se ocupe de garantizar la protección y la atención necesaria a las víctimas.

Como mencionamos, un aspecto importante para garantizar la protección de las víctimas es que la Ley 16 de 2004 estableció, dentro de las políticas públicas, la creación de CONAPREDES, que tiene la obligación de diseñar planes y programas para la atención, el tratamiento y la rehabilitación de las víctimas de estos delitos, lo que sin duda permitirá también desarrollar planes adecuados de protección de las mismas.

Las anteriores son algunas de las medidas de protección para las víctimas; sin embargo, para que las mismas sean efectivas, deben complementarse con las medidas contempladas en la Ley 31 de 28 de mayo de 1998, sobre protección a las víctimas del delito, además de las que sean necesarias para reducir la revictimización de las personas menores de edad.

En ese sentido, el nuevo enfoque de derechos humanos implica que los/las servidores/as judiciales eviten que los trámites judiciales afecten lo menos posible al niño, niña o adolescente, atendiendo entre otras, a las siguientes pautas o criterios:

- evitar que las víctimas menores de edad sean interrogadas o sometidas a exámenes y a peritajes una y otra vez y de manera innecesaria;
- evitar el careo con el agresor (que la víctima y el ofensor queden frente a frente);

- realizar las diligencias de la forma más privada posible;
- utilizar un lenguaje adecuado a la edad, a la capacidad y a los conocimientos de las víctimas;
- tramitar la referencia inmediata de las víctimas a otras instituciones para que se les brinde la debida atención de las secuelas que presenten como consecuencia del delito;
- cuidar que se proteja la imagen de las víctimas o testigos;
- esmerarse para que el proceso se tramite en el menor tiempo posible.

La finalidad que se persigue es que los procesos judiciales sean lo más amigables que se pueda para las víctimas, particularmente cuando son personas menores de edad, y así poder garantizar la protección integral de sus derechos humanos.

Los operadores y las operadoras de la administración de justicia pueden desarrollar directrices o procedimientos que atiendan a las características propias de cada edad, aplicables a las entrevistas y a la atención de las víctimas menores de edad en los procesos judiciales. De igual forma, deben aplicar las leyes con un enfoque de restitución de derechos a favor de las víctimas.

En la medida en que los sistemas judiciales del mundo tomen plena conciencia de que niños, niñas y adolescentes no son meros objetos, sino seres humanos a quienes se les debe garantizar el ejercicio integral de todos sus derechos, se estará avanzando hacia el desarrollo de una nueva cultura jurídica, en la que impere una verdadera equidad y justicia, respetuosa de los derechos humanos de quienes representan las futuras generaciones.

BIBLIOGRAFÍA

CLARAMUNT, (María Cecilia). Explotación Sexual Comercial. Guía de trabajo para proveedores/as y encargados/as de servicios dirigidos a personas menores de edad víctimas. OIT/IPEC, 2da. reimpresión, 2005.

CRUZ, (Fernando) y MONGE (Ivannia). 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, San José, 2004.

OIT/IPEC. Análisis de las implicaciones y alcances de la Ley 16 de 31 de marzo de 2004 que dicta disposiciones para la prevención y tipificación de delitos contra la integridad y la libertad sexual y modifica y adiciona artículos a los códigos penal y judicial, Panamá, Primera edición, 2005.

OIT/IPEC. Caminos hacia la prevención y la erradicación de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en Centroamérica y República Dominicana, San José, 2001.

SABINAS BRISTÁN (L). Derecho, Género e Infancia: mujeres, niños, niñas y adolescentes en los códigos penales de América Latina y el Caribe Hispano. Universidad Nacional de Colombia, UNIFEM/ UNICEF, 2002.

UNICEF. Convenios sobre infancia ratificados por la República de Panamá, Ministerio de Relaciones Exteriores, Panamá, 2002.

Código de la Familia de la República de Panamá, edición actualizada 1998, Sistemas Jurídicos S.A., 1998.

Ley 31 de 28 de mayo de 1998, sobre protección a las víctimas del delito.

Ley 16 de 31 de marzo de 2004, Gaceta Oficial 25,023 de 5 de abril de 2004.



1. Introducción

En un trabajo anterior del año 2004, se planteó que “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”¹. Se afirmó además que “actualmente quien realice actos sexuales con personas menores de edad realiza abuso sexual; los efectos que este abuso deja en las víctimas son secuelas o parte de la lesión y no se denomina corrupción”.

Y finalmente, se dijo que “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 las 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”.

El objeto de este artículo es profundizar sobre lo señalado en aquella oportunidad. Se requiere, para ello, dejar puntualizados algunos datos históricos sobre el origen del delito de corrupción en la normativa penal costarricense y contrastar los conceptos vigentes con los postulados de la doctrina de derechos humanos, de la doctrina de protección integral y muy especialmente de los enfoques actuales sobre abuso sexual contra personas menores de edad.

2. Desarrollo histórico-legal del delito de corrupción

Queda claro que desde su origen, el delito de corrupción registra confusión conceptual. Así lo han reconocido influyentes doctrinarios latinoamericanos, como SOLER², quien señala la superposición de las dos figuras de corrupción y proxenetismo en la normativa penal argentina.

Igual que en Argentina, nuestro país hizo referencia en un mismo delito a la prostitución y a la corrupción (Códigos Penales de 1880, 1924 y 1941), para luego separarlos en delitos específicos: proxenetismo y corrupción. Esta tipificación diferenciada se hace en Argentina en 1967³, y Costa Rica lo hace seguidamente con la promulgación del Código Penal de 1970. Al respecto, resulta de interés tomar en cuenta detalles de los primeros tipos penales que dieron origen a lo que hoy se denomina delito de corrupción, ello con el objeto de comprender el desarrollo de este delito a través de la historia jurídico-penal y bajo ese contexto, analizar la figura actual.

2.1 El delito de corrupción aparece por primera vez en la legislación penal costarricense con el Código Penal de 1880.

2.2 El código anterior, que era el Código General de Carrillo (1841)⁴ no lo tipificó como tal, pero ya en algunos

numerales se hacía mención a la noción de corrupción en los siguientes términos:

♦ Se utiliza la expresión “mujer corrompida” o “mujer no corrompida” cuando hace referencia al infanticidio (numeral 489) y al aborto (numeral 517), en el primer caso para reprimirlo con mayor dureza y en el segundo supuesto, para reducir la pena, en los siguientes términos:

- 489. “...exceptuándose las mugeres solteras ó viudas que teniendo un hijo ilegítimo y no habiendo podido dalo á luz en una casa de refugio, ni pudiendo exponerlo con reserva, se precipiten á matarlo dentro de los tres primeros días del nacimiento, para encubrir su fragilidad; siempre que éste sea, á juicio de los Jueces y segun lo que resulte, el único ó principal móvil de la acción, y la muger delincuente no sea corrompida y de mala fama interior...”. (La cursiva no es del original).
- “517. La muger embarazada que para abortar emplee á sabiendas alguno de los medios expresados, y aborte efectivamente, sufrirá una reclusión de uno a dos años, pero si fuese soltera ó viuda no corrompida y de buena fama anterior, y resultare á juicio de los Jueces que el único y principal móvil de la accion fue el encubrir su fragilidad, se le impondrá solamente de seis meses á un año de reclusión”. (La cursiva no es del original).

En este código no existía la figura penal de violación tal y como la entendemos hoy día como un delito autónomo con una definición precisa de las conductas que lo configuran. En él se hace referencia al abuso sexual (ver numeral 555) descrito como “abuso deshonesto” que por el hecho de no describir a qué se refería, podemos inferir que incluía también los supuestos de la violación sexual, sólo que en la norma penal no se le nombra de manera explícita.

Habría que decir que en los orígenes, la figura del rapto era la figura penal central que operaba como referencia de los demás delitos. El numeral 552 define qué entiende la ley por raptor:

“Es raptor, el que para abusar a otra persona ó para hacerle algún daño, la lleva forzada contra su voluntad de una parte a otra, bien con violencia material, bien amenazándola ó intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia...”

Y luego define en el numeral 555 el delito de “abuso deshonesto”:

“El que sorprendiendo de cualquier modo á una persona, y forzandola con igual violencia ó amenazas, ó intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, intente abusar deshonestamente de ella, sufrirá la pena del

* Feminista y abogada penalista costarricense.

raptor; y mil pesos de multa, ó cuatro años más de obras públicas, si consumare el abuso...”

Así, quien intentaba “abusar deshonestamente” (sanciona la tentativa) recibía un trato equiparable a la del raptor en cuanto a la consecuencia penal, con penas más graves si el autor lograba consumar el abuso. Si el hecho se cometía contra “muger pública” (555 in fine), la pena se atenuaba, y si cometía contra *muger casada* la pena se elevaba.

Se castigaba con las mismas penas del raptor con violencia “el robo de niño o niña que no hubiese llegado á la edad de la pubertad, aunque su ánimo no sea abusar de él ó causarle algún daño” (552 in fine).

Como puede observarse, en esta época, las figuras jurídico-penales centrales eran los delitos de raptor, adulterio y estupro alevoso, y en ellas se utilizaban los términos de “abuso”; “abusare deshonestamente” y “ultraje público contra el pudor de una persona” (Ver numerales 552, 553, 555, 556, 566). Además, utilizaban conceptos como “ultraje ó ataque violento que se haga a su pudor” (497, 5o); “muger pública conocida como tal” (555), y “muger no ramera conocida como tal” (568).

Por la forma en que se organizan y agrupan los delitos, no se explicita el o los bienes jurídicos tutelados.⁵ Lo que sí se tiene claro es que se trataba de delitos contra las personas y, en algunos casos, se puede inferir el bien jurídico cuando se hace referencia al pudor o a la honestidad (a *contrario sensu*).

Este código hace mención a “muger corrompida” o “muger no corrompida” sin describir qué debe entender el juzgador por esa condición. Lo que se hace es calificar o descalificar al sujeto activo en este caso, empleándose una técnica jurídica utilizada desde los inicios de la historia del derecho penal costarricense-actualmente cuestionada-, que consiste en dejar al juzgador la tarea de “llenar” estos conceptos, cuyos alcances estarían definidos por la jurisprudencia y de conformidad con los valores dominantes del momento histórico-social y el desarrollo del conocimiento. A estos conceptos, en el derecho penal se les denominan “elementos culturales” del tipo penal.

Como puede observarse, desde las primeras apariciones del concepto de corrupción en la ley penal, se hace una asociación jurídica con la “muger”, asociación nada casual dado que en la legislación penal originaria se registra una fuerte influencia de la moralidad religiosa del pecado y de la mujer como ser inferior, pecadora, incitadora, pervertida.⁶ Este es el origen sexista del concepto de “menor corrupto”, que la legislación costarricense introduce posteriormente.

2.3. El Código Penal de 1880⁷, por su lado, contenía un **Título Séptimo Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública Capítulo VI Del estupro, incesto, corrupción de menores y otros actos deshonestos**. Con este cuerpo normativo, se da lugar relevante a una figura que anteriormente no existía como delito y que con este Código se crea como delito contra el orden de las familias y la moralidad pública.

La figura primaria fue trazada de la siguiente manera:

Artículo 389.- El que, habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio interior mayor en cualquiera de sus grados o multa de mil uno a cinco mil colones. (El subrayado no es del original).

Tampoco aquí se definía qué entendía la ley penal por corrupción y, de común con otras legislaciones penales latinoamericanas, el legislador costarricense de esa época fusionó en una misma norma penal la prostitución con la corrupción.

Por la ubicación del tipo penal, queda claro que los bienes jurídicos tutelados eran “el orden de las familias” y “la moralidad pública”.

2.4. Posteriormente, el Código Penal de 1924, crea el Título III donde agrupaba los Delitos contra la honestidad, e incluye en el Capítulo III “De la corrupción y ultrajes al pudor y a la moralidad pública”, el delito de corrupción en términos similares al Código de 1880, dado que mantiene la prostitución como elemento integrante del tipo penal, pero se diferencia de aquella normativa en el tanto ésta hace una delimitación de la edad de la víctima (personas menores de 15 años de edad denominando el delito como “Corrupción de un menor de quince años”).

Además, hace una primera descripción de la conducta calificada como corrupción: inducir a una persona menor de edad a entregarse a actos o costumbres deshonestos. Este es el primer esfuerzo de definición jurídico-penal de corrupción, que remite al verbo *inducir* a la víctima a entregarse a actos o costumbres “deshonestas”, lo cual puede calificarse como una forma de *instigación*, de *persuasión* o de *conducción*. De este concepto, se rescataría la posición actual de definir también como abuso sexual aquellas conductas que *involucran* a personas menores de edad en actos sexuales que no necesariamente implican acercamiento o aproximación corporal.

El tipo penal establecía lo siguiente:

Artículo 313.-
Corrupción de un menor de quince años.-

El que induzca a una persona menor de quince años a la prostitución o a entregarse a actos o costumbres deshonestos, sufrirá prisión en sus grados cuarto a sexto, y si lo hiciera para satisfacer pasión o deseos de otros, la pena dicha se aplicará en su máximo.

Y además, se sancionaba, con una pena más leve ciertamente, al “intermediario” cuando se trataba de víctimas mayores de 15 y menores de 18 años de edad, de la siguiente manera:

Artículo 314.-

Sufrirá prisión en sus grados primero a tercero:

1º. El que en servicio o por encargo de otro, promoviere o auxiliare la prostitución o la corrupción de una persona mayor de quince años, pero menor de dieciocho...

Los bienes jurídicos tutelados eran la honestidad, el pudor y la moralidad pública.



2.5. El Código Penal de 1941 en realidad no ofrece mayor novedad. No se producen mayores cambios en cuanto a la descripción de la acción típica, y se mantiene la proposición del Código de 1924. Asimismo, la ubicación y agrupación de los tipos penales se conserva intacta, y los bienes jurídicos tutelados se mantienen igualmente.

Al respecto, los tipos penales de principio del siglo pasado fueron estructurados de la siguiente manera:

Artículo 228.- El que induzca a una persona menor de doce años a la prostitución o a entregarse a actos o costumbres deshonestos, sufrirá prisión de cuatro a diez años. Se impondrá prisión de nueve meses a tres años, al que, para servir su propia lascivia, indujere a una persona mayor de doce años y menor de quince, a entregarse a actos o costumbres deshonestos.

Artículo 229.- Sufrirá prisión de uno a cinco años: 1.- El que en servicio o por encargo de otro, promoviere o auxiliare la prostitución o corrupción de una persona mayor de doce años pero menor de dieciocho.

6. El Código Penal de 1970 (vigente a la fecha, pero con reformas sustanciales en lo que interesa) sí registra un primer cambio significativo en esta figura.

En primer lugar, se cambia el nombre del título bajo el cual se agrupan los delitos de violencia sexual. Pasa de denominarse "Delitos contra la Honestidad" a titularse "Delitos sexuales". La **Sección III** de este título se denomina "Corrupción, proxenetismo, rufianería" aún cuando se incluían otros delitos (trata de mujeres y de menores, sodomía e incesto).

El bien jurídico protegido de estos delitos no es definido en el texto de la ley: "delitos sexuales" alude más a la naturaleza de estos, así como se ha utilizado las expresiones de "delitos económicos", "delitos informáticos", "delitos ambientales", etc. Con esta nueva formulación, el legislador no indica cuál es el valor a proteger, pero sí cuál es su enfoque, la naturaleza de estos delitos: la sexualidad.

En segundo lugar, se hace una separación entre prostitución y corrupción, y se crean delitos distintos: proxenetismo y corrupción.

En tercer lugar, se hace una nueva descripción de la acción típica y de la naturaleza de los actos constitutivos de corrupción. La corrupción de una persona menor de 16 años se realiza -según este nuevo tipo penal- mediante "actos sexuales perversos, prematuros o excesivos".

Y en cuarto lugar, se introduce por primera vez la figura del "menor corrupto" como eximente de punibilidad.

Bajo esta nueva perspectiva, los tipos penales de corrupción fueron formulados de la siguiente manera:

Artículo 167.- Corrupción.

Será reprimido con prisión de tres a ocho años el que promoviere la corrupción de una persona menor de dieciséis años, mediante actos sexuales perversos,

prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta en participar en ellos o en verlos ejecutar.

El hecho no es punible si la persona menor es corrupta.

Artículo 168.- Corrupción agravada.

La pena será de cuatro a diez años de prisión en los casos del artículo anterior:

- 1) cuando la víctima fuere menor de doce años;
- 2) si el hecho fuere ejecutado con propósitos de lucro;
- 3) cuando mediare engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción; y
- 4) si el autor fuere ascendiente, marido, hermano, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.

3. La norma vigente

1. La reforma del Código Penal por la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad.

El tipo penal arriba transcrito del Código Penal de 1970 fue reformado en el año 1999 por la Ley 7899 denominada "Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad", con reformas sustanciales en su formulación, siendo la característica principal que se eliminan del tipo penal los conceptos indeterminados de "actos sexuales perversos, prematuros o excesivos" y se incluye una definición de lo que el legislador entiende por corrupción. A su vez, se crea un delito autónomo que tipifica la difusión de pornografía a personas menores de edad, conducta que anteriormente era subsumida en el delito de corrupción.

Textualmente, el tipo penal vigente es formulado de la siguiente manera:

"Artículo 167. Corrupción. Quien promueva la corrupción de una persona menor de edad o incapaz o la mantenga en ella, será sancionada con pena de prisión de tres a ocho años.

La misma pena se impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, en exhibiciones o espectáculos, públicos o privados, de tal índole.

Para los efectos de este artículo, se entiende por corrupción:

- 1) ejecutar actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces,
- 2) hacer ejecutar a otros, actos sexuales o eróticos en presencia de personas menores de edad o incapaces,
- 3) hacer participar, en actos sexuales o eróticos, a personas menores de edad o incapaces en presencia de otros."

3.2. El dolo.

El delito de corrupción es doloso, implica un conocimiento de las acciones y una voluntad de realizar la conducta típica, que es promover la corrupción de una persona menor de edad. Es responsable del delito de corrupción quien conoce que lo que hace es promover la corrupción y quiere hacerlo. Tomando en cuenta la más reciente jurisprudencia nacional, debe entenderse que "promover la corrupción" es querer y saber que las conductas realizadas alteran el normal desarrollo psico-sexual de una persona menor de edad (Ver voto 20003-



00709 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las 8:25 horas del 22 de agosto de 2003).

La víctima puede ser mujer u hombre menor de 18 años de edad, y el autor (quien realiza la conducta típica) puede ser mujer u hombre mayor o menor de edad.

3.3. Agravantes

Las circunstancias agravantes también fueron reformadas en esa oportunidad. El artículo 168 del Código Penal establece cinco agravantes del delito: que la víctima sea menor de 12 años; que el hecho se ejecute con ánimo de lucro; o con engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coacción; que el autor tenga un vínculo familiar, de pareja o educativa con la víctima o que exista una relación de confianza con la víctima o su familia. La pena se incrementa de 4 a 10 años de prisión.

3.4. Ubicación formal del tipo penal

Estos dos tipos penales se ubican en la Sección III titulada "Corrupción, proxenetismo, rufianería", del Título III sobre "Delitos Sexuales". Con respecto a la ubicación, es preciso señalar que:

- La sección III del indicado título III no sólo agrupa los delitos de corrupción, proxenetismo y rufianería como lo indica el título: esta sección incluye además los delitos de trata de personas, y antes de 1999 esta sección contemplaba también los delitos de sodomía e incesto. Actualmente contempla los delitos de fabricación o producción de pornografía (173) y el delito de difusión de pornografía (174).
- Existen otros delitos en el Código Penal con el mismo nombre: en la sección II del título XV se observan las figuras de "corrupción agravada" (artículo 342), corrupción de jueces (344) y penalidad del corruptor (345), por lo que sería idóneo precisar su naturaleza desde la denominación del tipo penal, de manera que los artículos 167 y 168 al menos tendrían que denominarse "delitos de corrupción sexual".
- La reforma no incluye una formulación de manera que se establezca en el texto legal cuáles son los bienes jurídicos tutelados específicos de estos delitos.

3.5. Sobre la definición de corrupción contemplada en el artículo 167 del Código Penal

La reforma de las figuras de corrupción sexual tuvo gran trascendencia, porque se hizo una variación sustantiva en cuanto a la descripción de las conductas típicas. En el tipo penal de 1970 los legisladores utilizaron elementos indeterminados para describir la conducta típica, estableciendo la sanción al que "promoviere la corrupción de una persona menor de dieciséis años, mediante actos sexuales perversos, prematuros o excesivos". En su lugar, el legislador de finales del siglo pasado utilizó la técnica legislativa de describir la conducta que está prohibiendo, asignando consecuencias penales para quien las realiza.

Además, con la reforma de la ley 7899 se incluyó en el tipo penal del artículo 167 una definición de corrupción, donde se describen -sin calificaciones morales, vagas o imprecisas- las conductas que el legislador penaliza. Con esta definición, se diferencia el delito de corrupción con el delito de abuso sexual y con otros delitos, como el de difusión de pornografía. En relación

con el delito de abuso sexual, la diferencia radica en que éste delito implica tocamientos o contacto físico-sexual del perpetrador con la víctima y, en el delito de corrupción, las conductas no implican este contacto, aunque se trate de conductas de naturaleza sexual o erótica en donde se involucre a personas menores de edad. Y en relación con el delito de difusión de pornografía, éste se tipifica de manera separada con el de corrupción, aún cuando ha sido calificada como una forma de corrupción.

Esta técnica legislativa es excepcional en el Código Penal de 1970, ya que la tendencia dominante ha sido delegar en el juzgador la definición de los contenidos de conceptos genéricos que no describen la conducta tipificada⁸. El inconveniente que tiene esta técnica es que estos elementos -centrales y definitorios- pueden ser interpretados en detrimento de las libertades individuales y los derechos fundamentales, al producirse un vaciamiento objetivo de aquella garantía fundamental que es el principio de estricta legalidad.

Es a partir de enfoques sustancialistas del delito -calificadas como antigarantistas por FERRAJOLI que se "utilizan técnicas jurídicas con figuras de delito elásticas e indeterminadas, idóneas para connotar en términos vagos o valorativos modelos globales de desviación..."

Y como lo señalan CASTRO, LINARES y ROMAN, "en normas jurídicas como ésta (delito de corrupción) es donde se muestra con mayor claridad la función y la importancia de los conceptos jurídicos indeterminados: logran que las leyes resistan el tiempo y el cambio de costumbres, pero muestran también que el principio de legalidad en materia penal, no garantiza en forma absoluta la existencia de una seguridad jurídica plena".⁹

3.6. Elementos para una reconceptualización del delito de corrupción como un delito de abuso sexual

Al eliminarse en 1999 la exigencia de punibilidad del artículo 167 *in fine*, el delito de corrupción cambia sustancialmente su enfoque. Al omitir calificar al sujeto pasivo ya no se hace distinción (discriminación) entre "menores corruptos" y "no corruptos", clasificación propia de la doctrina de la situación irregular.¹⁰

Pero además, al incluirse una definición de lo que la ley entiende por corrupción, cierra toda posibilidad interpretativa del juzgador, con lo cual se fortalece la garantía de estricta legalidad.

Pero subsiste la noción de corrupción que data del siglo antepasado y que tienen una fuerte carga moral: lo que es o está bueno vs. lo que es o está malo (en referencia a la corrupción, sería lo que está descompuesto).

El concepto de corrupción, que es la "acción y efecto de corromper o corromperse"¹¹ remite a la idea de "alterar, echar a perder, depravar, dañar, podrir, pervertir o seducir a una persona."¹² Estos son resultados no exclusivos del delito de corrupción porque en realidad se trata de eventuales resultados del delito que no deben producirse necesariamente para que se consuma el delito, y esto lo ha indicado reiterada jurisprudencia nacional. Si con el desarrollo actual de esta figura, que no se requiere el resultado material de corromper como se ha sostenido jurisprudencialmente, si no es relevante



jurídicamente que la víctima "sea corrupta" en el momento en que se produce el delito, se tendría que este delito lo que sanciona es la intencionalidad de una persona de querer producir ese resultado y de haber utilizado acciones idóneas o susceptibles de poner en riesgo el bien jurídico protegido, delito que se consuma independientemente de que el perpetrador logre su objetivo. Es lo que se ha denominado en la doctrina jurídico-penal: delitos de peligro concreto.

La evolución histórica del delito de corrupción es significativa. No obstante, debe separarse el binomio "corrupción-prostitución" y desaparecer como figura autónoma.¹³ En su lugar, debe construirse un delito de abuso psico-sexual a la par de los delitos de violación sexual y abuso sexual. Este nuevo delito tipificaría las conductas sexuales donde el autor no toca el cuerpo de la víctima, pero sí su emocionalidad y su psique. Desde esta perspectiva, los bienes jurídicos a proteger son: la integridad sexual, la dignidad y el derecho a un desarrollo pleno libre de violencia de las personas menores de edad, derechos que son ampliamente reconocidos por la legislación internacional de derechos humanos.

Lo que anteriormente la ley penal (des)calificó como "menor corrupto", actualmente la psicología lo reconoce como "sobreviviente de abuso sexual", con secuelas derivadas de esta forma de la violencia sexual.

Un riesgo que se corre de seguir utilizando el concepto de corrupción es mantener y reproducir la idea de que "una persona sólo una vez puede ser corrompida"¹⁴, como si éste fuera un resultado fijo e irremediable para la vida de la víctima. Con los actuales enfoques sobre violencia y abuso sexual, se plantea la posibilidad y el derecho que tienen las víctimas de contar con procesos concientes de recuperación de las secuelas y de los traumas. Así lo demuestran BASS y DAVIS¹⁵, quienes documentan las experiencias de recuperación de sobrevivientes de abuso sexual quienes, al respecto, señalan:

"Hasta ahora, la mayor parte de los libros acerca de abuso sexual han documentado los estragos causados por el abuso, hablan extensamente de la "tragedia de vidas arruinadas", pero muy poco de recuperación."

Y agregan:

"Todo tipo de abuso sexual es dañino, y el trauma que produce no finaliza cuando acaba el abuso (...) No obstante, es posible sanar. Incluso es posible vivir bien y feliz. Vivir bien y feliz significa disfrutar de una sensación de salud e integridad, satisfacción en la vida y el trabajo, verdadero amor y confianza en las relaciones, placer en el cuerpo".

Con ello, lo que se quiere hacer énfasis es que la reconceptualización jurídica del delito de corrupción debe partir no del autor, sino de las víctimas: para efectos de configurar el abuso, interesa en ese sentido que la conducta sexual invada la integridad psico-sexual y la dignidad de las niñas y niños, siendo irrelevantes si quien las realiza le acompañaba una intencionalidad de "corromper". Prescindir del concepto de corrupción también permite prescindir de la idea de daño irreparable, de "objeto roto", "echado a perder", "alterado", idea subyacente que niega toda posibilidad para las y los sobrevivientes de elaboración,

resignificación y recuperación de los daños, del trauma y de las secuelas resultado de estas conductas.

BATRES enumera los efectos (secuelas) del incesto en las distintas áreas de desarrollo de la personalidad, dentro de las cuales se encuentra la sexualidad, y algunas de estas secuelas son:

"... Percibir el sexo como algo "sucio"... Dificultad para integrar la sexualidad y las emociones, disociación durante el acto sexual, confusión entre sexo y dominación. Necesidad de obtener poder mediante el acto sexual...Prostitución, nudismo... sexualización de todas las relaciones significativas, respuestas eróticas ante el abuso o la ira..."¹⁶

En la misma dirección, estudios clínicos en los Estados Unidos y en Canadá han documentado muchos síntomas en los niños y niñas que han sido abusados sexualmente. Ellos incluyen el miedo, la compulsión, la hiperactividad, las fobias, el retraerse, la culpa, la depresión, los cambios de estado de ánimo, la idea suicida, la pérdida del apetito, los problemas somáticos, los cambios en los hábitos alimenticios y del sueño, la hostilidad, la desconfianza, las manifestaciones sexuales, los desordenes disociativos, la masturbación compulsiva y los problemas escolares.¹⁷

4. Conclusiones

Desde la perspectiva de los derechos de las víctimas y de los enfoques actuales sobre abuso y violencia sexual, resulta inapropiado seguir nombrando como "corrupción" aquellas conductas que actualmente se les nombra como abuso sexual.

En sus orígenes, el delito de corrupción omitía cualquier tipo de descripción de la conducta típica, bastando hacer referencia a la acción de "corromper". Posteriormente, en el Código de 1970, se introducen conceptos indeterminados (con una fuerte carga moral) para calificar la conducta prohibida: promover la corrupción de una persona menor de edad mediante actos sexuales, perversos, prematuros o excesivos. Con la reforma de 1999, el legislador prescinde de esos conceptos y en su lugar realiza una descripción de la conducta típica, sin calificaciones imprecisas o morales.

El delito de corrupción tiene sus raíces en los postulados de la doctrina de la situación irregular, lo cual queda explicitado al hacerse una calificación de la víctima cuando se incluye la eximente de punibilidad en caso de que la persona ofendida fuera "menor corrupto". Esta formulación conllevó de manera inevitable a que los niños y niñas fueran sometidos a verdaderos juicios morales no como víctimas sino como acusados de provocación, perversidad, precocidad y maldad.

Con la eliminación, en 1999, de la eximente de punibilidad si el menor era corrupto, se produce un cambio sustancial en la naturaleza de este delito, despojándose de conceptos morales y adoptándose en su lugar la descripción de las conductas que, por el hecho de involucrar a personas menores de edad, son consideradas lesivas por constituir expresiones de violencia sexual.

La superación del concepto de corrupción es el resultado de una evolución de la conciencia colectiva, del desarrollo del conocimiento científico y de los avances en derechos humanos, especialmente en el campo de los derechos de las



niñas, niños y adolescentes. Los juristas y legisladores de inicio de siglo cuentan con la posibilidad de hacer un acercamiento y un abordaje jurídico-social de la violencia sexual y del abuso sexual desde otros presupuestos y categorías que permiten conceptualarla como expresiones del ejercicio del poder y una grave violación de derechos humanos.

Actualmente, se cuentan con mayores elementos para identificar lo que en otros momentos históricos no se podía

entender, sobre las dinámicas, el impacto y las secuelas del abuso sexual en las personas menores de edad. Esta evolución debe ser incorporada a la ley penal de manera que ésta incorpore los enfoques actuales y logre con ello una reconceptualización de los delitos de violencia sexual, para ubicar las conductas que eran calificadas como de corrupción como conductas propias de los delitos de abuso sexual contra personas menores de edad, donde los bienes jurídicos a tutelar son la integridad sexual, la dignidad y el desarrollo pleno libre de violencia.

BIBLIOGRAFÍA

ANTILLON (Walter) Los Códigos Penales Iberoamericanos, Costa Rica No. 7, Universidad de Salamanca, Forum Pacis, Santa Fé de Bogotá, Colombia.

BASS (Ellen) y DAVIS (Laura) "El coraje de sanar, Guía para las sobrevivientes de abusos sexuales en la infancia", Ediciones Urano S.A., Barcelona, España, 1994.

BATRES MÉNDEZ (Gioconda) "Del Ultraje a la Esperanza. Tratamiento de las secuelas del incesto", ILANUD, San José, Costa Rica, 1997.

CASTRO GARCIA (Adina) LINARES OROZCO (Erika) ROMAN MORA (María Eugenia) "Análisis de los conceptos jurídicos indeterminados en los delitos sexuales. Jurisprudencia Nacional", Seminario de Graduación para optar al título de licenciadas en Derecho, UCR, San José, Costa Rica, 1995.

CODIGO GENERAL DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA, Segunda edición anotada, adicionada, revisada y corregida conforme a las leyes vigentes posteriores hasta el 31 de diciembre de 1867, Imprenta de Wynkop, New York, 1858.

CODIGO PENAL de 1970, publicado en la Gaceta, Alcance No. 120 A, Año XCII, San José, Costa Rica, 15 de noviembre de 1970, No. 257.

CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA, Edición dirigida por el Lic. Don José Astúa Aguilar, Imprenta, Librería y Encuadernación Trejos Hnos., San José, Costa Rica, 1924.

CODIGO PENAL de 1880, Tipografía Lehmann (Sauter y Co.), San José, Costa Rica, 1914.

CODIGO PENAL Y CODIGO DE POLICIA, Edición preparada por el Lic. Atilio Vincenzi, Editado por Librería "Las Américas", San José, Costa Rica, 1957.

FINKELHOR, David "Las dinámicas traumagénicas en el impacto del abuso sexual infantil", texto fotocopiado, sin año.

INAMU, Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad comentada, 2da. Edición, San José, Costa Rica, 2000.

IPEC-OIT, Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales, San José, Costa Rica, 2004.

LEVENE (Ricardo) (h), Manual de Derecho Penal, parte especial, Editorial Fidenter, Buenos Aires, 1978.

SOLER (Sebastián) Derecho Penal Argentino, Tomo III, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, Argentina, 1987.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario Esencial, Espasa, Madrid, España, 1997.

VEGA CASTILLO (Flor M.) y otras(o), "La víctima de los delitos sexuales en el proceso penal y el agresor en el sistema de penas. Análisis género sensitivo". Seminario de Graduación para optar al grado de Licenciadas en Derecho, UCR, 1994.

1 IPEC-OIT, Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales, San José, Costa Rica, 2004, pág. 45.

2 SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo III, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, Argentina, 1987, pág. 328.

3 LEVENE, Ricardo (h), Manual de Derecho Penal, parte especial, Editorial Fidenter, Buenos Aires, 1978, pág. 203.

4 En la materia penal, es una copia "bastante fiel" del Código Penal español de 1822, aunque menos severo que éste en cuanto a las penas; técnicamente defectuosa y casuística, orientación punitiva retribucionista con énfasis en las penas privativas de libertad.

5 Todos estos delitos se ubicaron en la Libro III De los Delitos contra los particulares Título I De los delitos contra las personas Capítulo IV De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos y Capítulo V Del adulterio y del estupro aleve.

6 Es la expresión jurídica del mito de Eva, incitadora del pecado y del mal.

7 Dictado en el gobierno del General Tomás Guardia, redactado por el Dr. Rafael Orozco González. Es una copia del Código Penal chileno de 1874, que a su vez era una buena adaptación del modelo de Código Penal español de 1848.

8 Así, se tiene que el antes denominado "delito de abusos deshonestos" consistía en abusar deshonestamente de una persona sin tener acceso carnal; el derogado delito de estupro igualmente consistía en tener acceso carnal con mujer honesta mayor de 12 y menor de 15 años de edad. Operaba que la definición de lo que era "deshonesto" y "mujer honesta" se delegaba al juzgador, quien terminaba de precisar los alcances de la norma y definía en el caso concreto cual era la conducta típica y en qué casos las víctimas eran sujetos de derechos.

9 CASTRO GARCIA, Adina, LINARES OROZCO, Erika, ROMAN MORA, María Eugenia, "Análisis de los conceptos jurídicos indeterminados en los delitos sexuales. Jurisprudencia Nacional", Seminario de Graduación para optar al título de licenciadas en Derecho, UCR, San José, Costa Rica, 1995, pág. 182.

10 Al respecto, se ha señalado que: "la consolidación del descubrimiento del niño en los siglos XVI y XVII se produce conjuntamente al desarrollo de los sentimientos de orden y vergüenza. En el siglo XVII podría hablarse ya abiertamente de niños corrompidos, un concepto impensable dos siglos antes. Creada la niñez y abriéndose plenamente la posibilidad de su corrupción (el niño corrupto como sujeto activo o pasivo) se sientan las bases que permiten ocuparse de la niñez abandonada-delincente como categoría específica" GARCIA MENDEZ, Emilio. pág. 41.

11 Real Academia Española, Diccionario Esencial, Espasa, Madrid, España, 1997.

12 IDEM.

13 En el ámbito académico, se planteó desde 1994 la conveniencia de trasladar el delito de corrupción y agruparlo con los delitos de agresión mediante actividad sexual, diferenciándolo de los delitos relacionados con el proxenetismo (y por ende, haciendo la separación del binomio histórico corrupción-prostitución): "Si se considera el monto de la pena y las características que conforman cada tipo, se plantea la conveniencia de incluir este delito en el de agresión mediante actividad sexual". Ver VEGA CASTILLO Flor M., y otras(o), "La víctima de los delitos sexuales en el proceso penal y el agresor en el sistema de penas. Análisis género sensitivo". Seminario de Graduación para optar al grado de licenciadas en derecho, UCR, 1994, pág. 269.

14 SOLER, op.cit., Pág. 331.

15 BASS Ellen y DAVIS, Laura, "El coraje de sanar, Guía para las sobrevivientes de abusos sexuales en la infancia", Ediciones Urano S.A., Barcelona, España, 1994.

16 BATRES MÉNDEZ, Gioconda, Del Ultraje a la Esperanza. Tratamiento de las secuelas del incesto, ILANUD, San José, Costa Rica, 1997, pág. 68.

17 FINKELHOR, David "Las dinámicas traumagénicas en el impacto del abuso sexual infantil", texto fotocopiado, pág. 12.



El delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad

Lilliana Rivera*

1. Justificación

En el año de 1999 se introdujo una reforma importante en el Código Penal costarricense, en materia de delitos sexuales.¹ El objetivo de esta modificación legal fue adaptar las diferentes figuras que componen este tipo de delincuencia, para recoger en ellas acciones propias de la explotación sexual comercial de las personas menores de edad. En este sentido, no solo se modificaron las figuras ya existentes -como la violación- sino que adicionalmente se introdujeron nuevos delitos para conductas más directamente relacionadas con la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes.

La propuesta fue el resultado del trabajo de una comisión interinstitucional que se conformó para proponer una regulación legislativa que sancionara de la manera más efectiva las acciones de explotación sexual contra una población especialmente vulnerable, como parte de una estrategia para erradicar estas actividades lesivas.

Fue en este contexto que nació la figura objeto de este artículo, como una necesidad de sancionar a los explotadores sexuales de las personas menores de edad. Así, se buscó en la represión penal una tutela para los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, de manera específica su derecho a la libertad, a la dignidad, a la integridad sexual, entre otros.

En este artículo nos proponemos efectuar un análisis normativo, junto a un enfoque de política criminal, con el fin de determinar los alcances de la figura y si el objetivo inicial puede ser alcanzado o no con la creación y aplicación del delito en comentario, sea el de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad.

2. Análisis del tipo objetivo²

En este apartado analizaremos el tipo penal objeto de estudio, para identificar cada uno de sus elementos, como un paso previo e indispensable para todo comentario posterior.

El delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad se encuentra establecido en el artículo 160 del Código Penal de Costa Rica³ de la siguiente manera:

"Artículo 160.- 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:

- 1) Con pena de prisión de cuatro a diez años si la persona ofendida es menor de doce años.
- 2) Con pena de prisión de tres a ocho años, si la persona ofendida es mayor de doce años, pero menor de quince.

- 3) Con pena de prisión de dos a seis años, si la persona ofendida es mayor de quince años, pero menor de dieciocho."

2.1. La acción

La acción delictiva está definida por tres fórmulas verbales: "pague", "prometer pagarle" y "dar a cambio una ventaja". No hay elementos accesorios.

Para comprender la conducta delictiva es necesario agregar a estos verbos el elemento subjetivo distinto del dolo⁴, que en este caso se refiere a la intención especial por parte del autor de obtener la ejecución de actos sexuales o eróticos; es decir, el elemento que viene a distinguir esta figura son los motivos que tiene el autor para dar u ofrecer un pago o ventaja, esto es, el procurar que la víctima ejecute actos de la naturaleza indicada.⁵

Debemos preguntarnos, entonces, qué debemos entender por actos sexuales o eróticos. Según el Diccionario de la Real Academia Española, la expresión acto sexual hace referencia al coito o cópula, lo que en términos jurídicos se relacionaría con el acceso carnal constitutivo del delito de violación o de relaciones sexuales con personas menores de edad, pero también podría significar cualquier acción relativa al sexo. Por su parte, erótico significa algo relativo al "amor sensual" o que excita el apetito sexual.⁶

De esta manera, en un contexto restrictivo, una posible interpretación sería que el pago o ventaja que se ofrece a la víctima sería a cambio de una relación sexual, entendida como acceso carnal. Una interpretación de esta naturaleza, se ve reforzada por el título o epígrafe del tipo: "relaciones sexuales"⁷, lo que lleva a pensar, por tradición o condicionamientos culturales, en un coito o acceso carnal solamente. Nótese como el tipo inmediatamente anterior tiene el mismo epígrafe y en él sí se hace referencia directa al coito.

Por el contrario, una interpretación más amplia, siempre dentro de los parámetros dados por el texto legal, nos llevaría a considerar la realización de cualquier tipo de acto sexual, no solo la copulación.⁸

Para dilucidar cuál es la interpretación correcta, debemos acudir a una interpretación sistemática, donde nos va a ser de mucha ayuda observar la ubicación del tipo penal en comentario. En este sentido, sí podemos ver cómo el legislador comienza la enumeración de agresiones sexuales dentro del Código Penal con la más grave de ellas: la violación (en sus diversas formas⁹) y después pasa al delito de relaciones sexuales con personas menores de edad¹⁰, para continuar con la tipificación de las relaciones remuneradas, y posteriormente

* Abogada, Profesora Universitaria, Especialista en Derecho Penal.



pasa a las acciones de abusos sexuales.¹¹ La ubicación de la tipificación de las relaciones sexuales remuneradas está en medio de dos categorías distintas de agresiones sexuales: las primeras suponen un acceso carnal¹², mientras que los abusos contemplan otros actos que no impliquen acceso carnal.

Ahora bien, los verbos típicos del delito de violación y el de relaciones sexuales con personas menores de edad (no remuneradas), indican con toda claridad el acceso carnal: "quien se haga acceder o tenga acceso carnal"¹³, señalamiento que no encontramos en la tipificación del delito acá en estudio.¹⁴

Por ello, consideramos que la acción tipificada consiste en pagar, prometer pagar o dar una ventaja por la realización de cualquier acto relativo al sexo o al apetito sexual, y no necesariamente -aunque puede incluirlo-, a un acceso carnal en alguna de sus modalidades.¹⁵

Asimismo, resulta de importancia resaltar que el tipo no exige la efectiva ejecución de los actos sexuales o eróticos, sino que basta el pago o la promesa de pago o de una ventaja para que se configure la acción delictiva.¹⁶ Esto es, si nos encontráramos ante una hipótesis fáctica en donde se concretó un pago y dichos actos -por alguna razón- no se llevaron a cabo, tendríamos un delito consumado, no una tentativa.

Este análisis nos lleva a afirmar que los actos efectivos que se realicen serían objeto de otra tipificación penal, según el caso concreto. Es posible plantear que este delito va a concurrir concursualmente con otros y es muy probable que se trate de un concurso ideal entre las relaciones remuneradas y el delito adicional que se configure.¹⁷

Lo que parece ser necesario, según la descripción típica, es la existencia de una negociación, puesto que un pago es la "entrega de un dinero o especie que se debe"¹⁸, lo que supone la satisfacción de una obligación pactada.

Ahora bien, surge la duda de si esta negociación podría darse con un tercero y no necesariamente con la víctima, para acordar el pago o la promesa como condición para la ejecución de los actos sexuales o eróticos. La acción típica consiste -hemos dicho- en pagar, prometer pagar o dar una ventaja, ¿a quién?, a la persona menor de edad. Por ello es evidente que el tipo requiere que el pago o la promesa de pago se dé a la víctima y no a otra persona. Sin embargo, podríamos pensar en alguna hipótesis fáctica¹⁹ en donde la negociación previa al pago o entrega de la ventaja sí se produzca entre el autor de hecho y un tercero. Esta tercera persona también tendría responsabilidad penal, ya sea como partícipe en el delito en comentario o como autor de una figura delictiva independiente (que podría ser proxenetismo).²⁰ En definitiva, para la tipicidad es posible la intervención de un tercero en la negociación, siempre que el pago o la ventaja sea entregada a la víctima.

De igual manera, la intervención de un tercero también podría darse en el sentido de que pague o dé una ventaja por la realización de actos sexuales o eróticos con otra persona. Esta posibilidad en nada afectaría la tipicidad de la conducta, puesto que el tipo no exige con quién o para quién debe realizar lo pactado la víctima.

Ahora bien, la que sí no sería típica como autoría sería la conducta de un tercero que se comprometa el pago en nombre de otro, esto es, que haga un ofrecimiento de pago o entrega de una ventaja por parte de otra persona. En este caso, este interviniente podría tener responsabilidad -según las condiciones concretas- como partícipe, pero no como autor.²¹

Lo mismo podemos indicar si lo que se ofrece es una ventaja económica o de otra naturaleza²². Ventaja sería la "excelencia o condición favorable que alguien o algo tiene"²³, concepto que resulta muy amplio. Parece ser que el legislador no quiso utilizar solamente el pago como contraprestación, para evitar así discusiones e interpretaciones que pudieran llevar a algún tipo de impunidad.

En consecuencia, la idea es que debe existir algún pago, ya sea en dinero o en especie, o algún otro tipo de contraprestación, razón por la que el tipo penal en comentario sería de dudosa aplicación en aquellos casos en los que se ofrezca algún tipo de "regalo" (en dinero u otra especie) como gratificación por los actos sexuales o eróticos realizados. Ello obedece a que, si bien es cierto el tipo penal no habla de la prostitución²⁴ de manera expresa, el objetivo del legislador es referirse a estas prácticas, puesto que solo así nos explicamos la existencia de un tipo específico para conductas que cabrían dentro de los delitos comunes de violación, relaciones sexuales con personas menores de edad, abuso sexual o corrupción.

En este sentido, es de importancia recalcar que aquellos casos en donde se ofrece la entrega de algún "premio" como recompensa por "haberse dejado" hacer algo, o como medio de coacción para -por ejemplo- que la persona menor de edad guarde en secreto la agresión de que ha sido víctima, deben ser tratados bajo los parámetros de las figuras que sean aplicables (violación, abusos sexuales, etc.), puesto que en estos casos, la entrega o promesa de ese premio no es parte esencial y definitoria de la conducta subjetiva, como sí lo es en el delito en estudio, sino tan solo parte del ardid o estrategia para lograr el resultado planeado.²⁵

Ahora bien, lo que sí resulta claro es que no se requiere un ejercicio habitual o al menos reiterado de la acción para que se cumpla el tipo, sino que un solo acto basta para ello.

2.2. Sujeto activo

El sujeto activo está indicado por el pronombre "quien". Es indeterminado, lo que lleva a considerar que se puede tratar de cualquier persona, independientemente del sexo o edad.

2.3. Objeto material

El objeto material de la acción es personal se refiere a una persona menor de edad de cualquier sexo.

De conformidad con lo analizado antes, la víctima es alguien que ejecute actos sexuales o eróticos a cambio de una ventaja o promesa de ventaja económica o de otra naturaleza, pero debe aclararse que no se trata de cumplir con definiciones o categorías sociales, sino que lo necesario no es otra cosa que esa víctima acepte la realización de estos actos aunque sea por una única vez.



Tenemos que el único requisito para ser sujeto pasivo de este delito es la condición de ser menor de edad. De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política de Costa Rica, una persona menor de edad es aquella menor a los dieciocho años.

El tipo penal establece una penalidad diferente según la edad de la víctima, de forma tal que agrava la sanción entre menor sea la persona víctima del hecho. Debemos señalar que la edad de la víctima es un aspecto de importancia en la definición de posibles vínculos concursales del delito de relaciones sexuales remuneradas con otras figuras.

Acá debemos recordar que según la descripción típica del delito de violación²⁶, toda relación sexual con una persona menor de doce años es violación, aún cuando no haya existido ningún tipo de violencia física o psicológica.

Se establece así que el consentimiento que pudiese existir por parte de la persona menor de edad -de doce años en este caso- para sostener una relación sexual es completamente nulo. Así las cosas, esta condición o presunción de nulidad no varía en forma alguna por el hecho de que la víctima acepte una remuneración por el acto. De esta forma, cualquiera que sea explotador, y si el pago u ofrecimiento de pago u otra ventaja se refiere a un acceso carnal, ya sea en sentido estricto o amplio, estaría cometiendo también el delito de violación.

Habría, entonces, un concurso ideal del delito de relaciones sexuales remuneradas y violación por cada acceso carnal que se realice o se haga realizar a la persona menor de doce años víctima del delito.

2.4. Elemento subjetivo distinto del dolo

El tipo contiene una especial motivación o finalidad que debe cumplirse como requisito de tipicidad. Se trata de la razón por la que se realiza cualquiera de las tres formas verbales señaladas, a saber: "pagar", "prometer pagar" o "dar una ventaja económica o de otra naturaleza".

En este caso, tal pago o ventaja tiene como fin el que la persona que lo recibe ejecute actos sexuales o eróticos.²⁷

2.5. Elementos normativos

En el tipo encontramos varios elementos normativos, cuyo contenido debe ser esclarecido para entender los alcances de la descripción típica.²⁸

Dentro de los elementos normativos culturales encontramos: "ventaja económica", "actos sexuales" y "actos eróticos". Solo hay un elemento normativo jurídico: "persona menor de edad", que fue definido como toda persona menor de dieciocho años.

3. El tipo subjetivo

Nos encontramos ante un tipo doloso. El dolo necesita como base el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y acá resulta especialmente relevante el conocimiento de la edad de la persona a quien se le paga o se le promete pagar por la realización de los actos sexuales o eróticos.

Efectivamente, hemos dicho que la víctima puede ser cualquier persona, siempre que sea menor de edad, esto es, menor de dieciocho años. En consecuencia, para que exista el dolo es necesario que el autor conozca dicha condición; de lo contrario nos encontraríamos ante un error de tipo que elimina la tipicidad de la conducta. En este caso, sería una conducta culposa (si el error es vencible) que no está tipificada, razón por la que sería impune.

Por supuesto que puede presentarse el dolo de tipo eventual²⁹ que abarcaría aquellas hipótesis fácticas en que el autor de la conducta tiene duda acerca de la edad de la víctima, pero aún así, asume como posible que sea menor de edad. En este caso, no estaríamos ante un error de tipo, de manera que la tipicidad subjetiva permanecería intacta.

4. El bien jurídico tutelado

En este apartado, y con base en los elementos antes señalados, corresponde determinar el objeto de tutela del tipo penal en comentario.

En el título III de la Parte Especial del Código Penal, Delitos Sexuales, encontramos una serie de conductas que afectan diversos bienes jurídicos o variables de un genérico que podríamos identificar como libertad sexual.

Este título se inicia con las agresiones sexuales más graves, como lo es la violación; en este caso, estamos ante una acción delictiva que lesiona la libertad sexual, pero que por sus características de comisión, con frecuencia también afecta la integridad física.

Otro de los objetos de tutela es el desarrollo psicosexual, al que hacen referencia delitos como la corrupción³⁰ o la difusión de pornografía.³¹

Tenemos finalmente, una tercera categoría en donde además de la libertad sexual se está tutelando la dignidad del ser humano, y acá estamos contemplando aquellas figuras en donde se alude a la práctica de la prostitución (de manera sistemática, esporádica o aislada). Efectivamente, el ejercer la prostitución, independientemente de la condición de hombre o mujer, es una actividad que denigra al ser humano a la condición de un mero objeto de placer para otros. Se trata de una cosificación del ser humano, a quien se le rebaja a la condición de un mero instrumento de satisfacción de otra persona.

Ahora bien, si quien ejerce la acción, ya sea como práctica habitual o única, es una persona menor de edad, se comprometen o afectan varios de los bienes jurídicos señalados. En este sentido, se afecta la integridad sexual de manera genérica, puesto que aunque exista un consentimiento aparente de parte de la víctima, es claro que no es válido para el ordenamiento jurídico penal como elemento para exonerar la punibilidad de la conducta. De manera que la persona menor de edad no tiene aún las condiciones necesarias para tomar una decisión válida, en el sentido de libre y con pleno conocimiento de sus consecuencias.³²

Pero también se lesiona el desarrollo de la sexualidad en la medida en que la persona sufre una distorsión en su



evolución psico-sexual, al estar en una situación de explotación comercial de su práctica sexual. Debemos tener en cuenta que el delito de relaciones sexuales con personas menores de edad concurre con frecuencia con el delito de corrupción.³³

Finalmente, también en estos casos se afecta la dignidad puesto que le genera a la víctima traumas o afectaciones psicológicas que ocasionan una pobre autoestima y respeto por sí misma. Se trata de actuaciones que anulan la condición de ser humano, con todos sus derechos y libertades, a la persona menor de edad víctima del delito, provocando que asuma una condición de un mero instrumento de comercio³⁴ que está al servicio de los demás.

En consecuencia, nos encontramos ante un delito pluriofensivo, debido a que la conducta tipificada afecta la integridad sexual, el desarrollo de la sexualidad y la dignidad humana.³⁵

5. Tipo garantía

Confrontado con los principios constitucionales, el tipo en comentario solo presenta cierto grado de problemas con el principio de legalidad³⁶ y, más concretamente, con el principio de tipicidad penal, dado que contiene elementos que se prestan para una interpretación muy amplia.

El elemento subjetivo que contiene el tipo penal en estudio hace referencia a "actos sexuales o eróticos", características que son difíciles de asir en un concepto, razón por la que se deja a la interpretación del aplicador, quien, podemos suponer, verá en su interpretación criterios subjetivos.

Igualmente, el término "ventaja" es muy amplio y da lugar a múltiples interpretaciones, especialmente porque se deja abierta la posibilidad de que no solo sea económica, sino que puede ser de cualquier naturaleza.

Nos encontramos entonces ante un tipo abierto, cuya aplicación podría verse dificultada por el principio de legalidad criminal.

6. Aspectos de política criminal

El legislador quiso integrar el delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad en el Código Penal, como una estrategia para combatir la explotación sexual de esta población.

Sin duda alguna, sobran razones para preocuparse por este tipo de explotación, puesto que no nos cabe duda de que muchos de los niños, las niñas y los adolescentes de nuestro país se ven obligados a participar de estas actividades como un mecanismo para obtener ingresos económicos, presionados en no pocas ocasiones por su entorno familiar o social.

También es claro que esta explotación les causa un enorme daño en el desarrollo de su psicosexualidad y en su integridad sexual.

Asimismo, el ejercicio de la prostitución, con frecuencia tolerado y disimulado por nuestra sociedad, afecta la dignidad

del ser humano que la ejerce y más aún si se trata de una víctima menor de edad, cuya posición en el mundo no tiene clara, por estar aún en desarrollo. Ni siquiera podría hablarse de prostitución en el caso de personas de edad, en el sentido de que estas no tienen una plena capacidad de decisión.

Es claro que el aceptar la realización de actos sexuales o eróticos a cambio de un pago o ventaja causa un daño importante en las personas menores de edad, cuyas consecuencias seguramente perdurarán el resto de su vida.

Desde esta perspectiva, es razonable y proporcional la respuesta estatal ante una conducta dañina, al habilitar al poder punitivo para sancionarla.

Ahora bien, tenemos claro que la realización de actos sexuales a cambio de un pago es un problema complejo de profundas raíces. Se trata, ante todo de un problema social y económico, que además es un conducta lamentablemente aceptada por la generalidad de una población que la promueve, tolera o al menos oculta.³⁷

En consecuencia, debemos analizar el posible impacto de la sanción penal en este campo. Así, debemos recordar que solo unos pocos de los casos en los que se explota sexualmente a una persona menor de edad llegan a conocimiento de las autoridades penales y a la imposición de una sanción.

Igualmente, también debemos recordar que la imposición de un pena no evita futuras conductas lesivas, ni tampoco elimina el daño que ya se le causó a la víctima. Por ello, los efectos beneficiosos de la intervención del Derecho Penal en esta problemática -si los hay- son muy limitados. Debemos reconocer la ineptitud de la sanción penal para una prevención real y efectiva de las nocivas prácticas de explotación sexual comercial.

Esto no significa que estemos abogando por la abolición de la sanción penal en este caso, pues la violación de bienes jurídicos de tanta importancia es razón más que suficiente para su existencia, sino que llamamos a la conciencia de que la verdadera prevención de estas agresiones. La protección real de las personas menores de edad debe ser gestionada desde otras trincheras que sean más eficientes en atacar las múltiples causas que provocan la generación y aceptación de una agresión de la magnitud acá descrita.

Es por ello, que -a manera de conclusión- hacemos nuestras las siguientes palabras:

"Debe construirse de manera urgente una cultura de intolerancia social hacia este problema. Es fundamental modificar los arraigados patrones culturales que justifican el sentido de la propiedad que tienen los adultos sobre los niños, niñas y adolescentes y la discriminación de género que permite la compra de sexo de personas menores de edad, convirtiéndolas en mercancía sexual. Se deben fortalecer las políticas sociales universales, como una medida para disminuir la vulnerabilidad de las víctimas frente a los explotadores. La pobreza extrema convierte a las personas menores de edad en blancos fáciles de las personas que lucran con este "negocio".³⁸



BIBLIOGRAFÍA

CRUZ (Fernando) y MONGE (Ivannia), Explotación Sexual Comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales. San José, OIT-IPEC, 2004.

ISSA EL KHOURY (Henry) y CHIRINO (Alfredo), Metodología para la resolución de los conflictos jurídicos en materia penal, San José, ILANUD, 1991.

OIT-IPEC. Documento básico de información sobre la problemática de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, 2004.

OIT-IPEC. Explotación sexual comercial y masculinidad, en http://www.oit.org.pe/ipcc/documentos/oit_resumen.pdf

RODRÍGUEZ (Alexander). Más ley, menos derecho: comentarios sobre la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, en Revista Ciencias Penales, San José, N° 19, agosto 2001.

ZAFFARONI (Eugenio Raúl). Derecho Penal, parte general, Buenos Aires, Ediar, 2000.

Diccionario de la Lengua Española, en: www.rae.es.

Código Penal, Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970.

Ley N° 16 de 31 de marzo de 2004, República de Panamá.

Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, N° 2003-667 de las dieciséis horas con treinta minutos del once de junio de 2003.

Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, N° 2002-657 de las once horas del cinco del diciembre de dos mil dos.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2003-782 de las nueve horas quince minutos del once de setiembre de dos mil tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2005-00126 de las catorce horas cincuenta minutos del veintiocho de febrero dos mil cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2004-01344 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de noviembre de dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2004-00590 de las nueve horas veinte minutos del veintiocho de mayo del dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2003-00457 de las quince horas con veinte minutos del cinco de junio del año dos mil tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia N° 2002-01061 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veinticinco de octubre de dos mil dos.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2003-01066 de las once horas cuarenta minutos del veintiuno de noviembre de dos mil tres.

¹ Nos referimos a la Ley N° 7899, de 3 de agosto de 1999.

² Para desarrollar este análisis de tipo, se sigue el esquema propuesto por Henry Issa El Khoury, en ISSA EL KHOURY (Henry) y CHIRINO (Alfredo), Metodología para la resolución de los conflictos jurídicos en materia penal, San José, ILANUD, 1991, p. 94 y ss.

³ Código Penal de la República de Costa Rica, Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970.

⁴ En sentido estricto, este elemento no forma parte del análisis de la acción, no obstante, se incluyó en este apartado puesto que la redacción de la norma así lo exige para comprender su contenido.

⁵ Como se explica más adelante, no es necesario que tales actos se realicen de manera efectiva, sino que para la tipicidad basta la intención de que se den.

⁶ Estas definiciones se han obtenido de la versión electrónica del Diccionario de la Lengua Española, en www.rae.es.

⁷ Ya se ha señalado que no resulta conveniente, en términos de protección, la utilización de esta denominación, puesto que puede conducir a una interpretación equivocada. Ver CRUZ (Fernando) y MONGE (Ivannia), Explotación Sexual Comercial, contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales. San José, OIT-IPEC, 2004, p. 19.

⁸ Resulta de interés acá mencionar que en una resolución judicial, se hace una diferenciación interesante entre acto sexual y acto erótico, en el sentido de que un acto sexual es el coito, mientras que otras actuaciones como pueden ser el exhibicionismo, son actos eróticos. No tenemos elementos para considerar que esta posición refleja una línea jurisprudencial. Ver Resolución N° 667-03 del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José.

⁹ Código Penal, art. 156.

¹⁰ Código Penal, art. 159.

¹¹ Código Penal, art. 161.

¹² Hoy día está ampliado a la introducción de dedos u objetos, no solo de un pene.

¹³ Ver Código Penal, art. 156 y 159.

¹⁴ A diferencia de otras legislaciones, donde se hace referencia en el tipo (no solo en el título) al coito o relación sexual en sentido estricto. Un ejemplo de ello lo encontramos en la legislación panameña, en la que se establece la figura de la siguiente manera: Artículo 229-A. "Quien mantenga relaciones sexuales remuneradas con una persona menor de edad, será sancionado con prisión de 6 a 10 años y con 250 a 350 días-multa." Ley N° 16 de 31 de marzo de 2004, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3170.pdf>.

¹⁵ Ver en igual sentido, CRUZ Y MONGE, op.cit.

¹⁶ Ver en igual sentido, RODRÍGUEZ (Alexander), Más ley, menos derecho: comentarios sobre la Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, en Revista Ciencias Penales, San José, N° 19, agosto 2001, p. 88.

¹⁷ Debemos recordar que la existencia o no de un concurso solo se puede definir en los casos concretos, a partir de los hechos probados que nos lleven a determinar el plan de autor.

¹⁸ www.rae.es

¹⁹ Se trataría de aquellos casos en lo que interviene algún proxeneta, en donde la negociación se da entre este y el "cliente", mientras que el pago lo recibe quien realiza los actos sexuales, esto es, la víctima.

²⁰ Ver, Código Penal, art. 169.

²¹ Por lo dicho, merece comentario la aplicación del tipo penal en cuestión -como autora- a una mujer que intervino para conseguir que una niña realizara actos sexuales o eróticos que pagaría un hombre con quien tenía una relación de pareja. Ver resolución N° 667-03 del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, de las dieciséis horas con treinta minutos del once de junio de 2003. Esta resolución fue confirmada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 2003-782 de las nueve horas quince minutos del once de setiembre de dos mil tres.

²² Un ejemplo reiterado es que la víctima recibe no solo dinero, sino también comida, droga y ropa, así como un lugar dónde vivir. Acá es evidente la vulnerabilidad de la víctima que se encuentra en una condición, ya sea económica o de abandono, que le impide resistir los ofrecimientos del explotador. Ver en este sentido, la resolución N° 2005-00126 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas cincuenta minutos del veintiocho de febrero dos mil cinco y la resolución N° 657-02 del Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, de las once horas del cinco del diciembre de dos mil dos. Como ejemplo de lo anterior, puede citarse lo siguiente: "El imputado mediante el pago de diez mil colones



y la regalía de prendas de vestir, cosméticos y joyas logró que las siete víctimas menores de edad accedieran a tener coito vaginal y a posar semi desnudas en una misma unidad de acción delictiva..." Resolución N° 590-04 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las nueve horas veinte minutos del veintiocho de mayo de dos mil cuatro.

²³ www.rae.es

²⁴ "Actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero." www.rae.es.

²⁵ Ver en este sentido la resolución N° 1344-04 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de noviembre de dos mil cuatro. El asunto que se discute en esta resolución evidencia que dos menores de edad aceptan la realización de actos eróticos para recibir un dinero a cambio, pero no como medio de pago o retribución, sino porque lo necesitaban para trasladarse de lugar, configurándose así una coacción: "...la ofendida S. R. A., tomó la decisión de marcharse con su abuelo, el coimputado ... y su amiga K. A. L. hacia la ciudad de Golfito, llamando el acusado ... a su amigo, ...con quien se había puesto de acuerdo previamente para que pasara a recogerlos a la Clínica de San Joaquín de Flores, marchándose posteriormente los cuatro a la casa de este último justificable sita en San Rafael de Heredia. Ya en la casa, ambos imputados intentaron abusar de las dos jóvenes, tratando de tocar sus pechos y besarlas a lo que ellas no accedieron, posteriormente compraron comida y licor, que compartieron con las menores. En un momento dado los imputados les mostraron a las ofendidas, en el dormitorio de ..., una película pornográfica de relaciones heterosexuales y homosexuales, y mientras la observaban, los dos imputados se masturbaron delante de las jóvenes mujeres, solicitándoles que mantuvieran relaciones sexuales con ellas, a lo que también se negaron, **de allí que ... manifestara que si no querían hacer nada, ...no les entregaría el dinero para marcharse a Golfito**, por lo que al menos aceptarían bañarse juntas para ellos observarlas, ..." (El resaltado no es del original).

²⁶ "Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: 1) **Cuando la víctima sea menor de doce años.**

2) Cuando la víctima sea incapaz o se encuentre incapacitada para resistir. 3) Cuando se emplee la violencia corporal o intimidación. La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos." Código Penal, art. 156. El resaltado no es del original.

²⁷ Las implicaciones de este requisito ya fueron comentada antes, véase supra, punto a).

²⁸ Estos elementos ya fueron definidos en apartados anteriores.

²⁹ "... habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de la acción." ZAFFARONI (Eugenio Raúl), **Derecho Penal, parte general**, Buenos Aires, 2000, p. 500.

³⁰ Ver Código Penal, art. 167.

³¹ Ver Código Penal, art. 174.

³² Para ilustrar este punto, resulta interesante la discusión a nivel jurisprudencial acerca de la existencia de la voluntad de la víctima como factor que elimine la violencia o fuerza necesaria en delitos como la violación o los abusos sexuales. Ver en este sentido, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 1066-03 de once horas cuarenta minutos del veintiuno de noviembre de dos mil tres.

³³ Ver en este sentido, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 457-03 de las quince horas con veinte minutos del cinco de junio del año dos mil tres.

³⁴ "La explotación sexual comercial deberá ser entendida en el contexto de un sistema que mercantiliza a las personas y sus relaciones, incluyendo la sexualidad." **Explotación sexual comercial y masculinidad**, en http://www.oit.org.pe/ipec/documentos/oit_resumen.pdf.

³⁵ Cfr. CRUZ y MONGE, op.cit. p. 21.

³⁶ Ver Constitución Política, art. 39.

³⁷ "A pesar de que existen convenciones internacionales, leyes nacionales de protección a la infancia y a la adolescencia, e incluso, que existen normas penales que definen las actividades de explotación sexual comercial como delitos sancionados con graves penas de prisión, las percepciones que maneja este grupo sobre las personas menores de edad los llevan a la utilización, casi generalizada en todos los países, de justificantes utilizando, nuevamente, el símil del automóvil :si se tiene acceso a un carro nuevo, ¿por qué no a una mujer joven o menor de edad? Si es virgen es mejor, en tanto hay garantía de no haber sido "usada" y se está en posición de "estrenar" y que ostentan para efectos de proyectar o sostener cierta imagen como hombre." Explotación sexual comercial y masculinidad, op.cit.

³⁸ OIT-IPEC. **Documento básico de información sobre la problemática de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes**, 2004, p. 11.

"El desarrollo de la personalidad de las niñas, niños, adolescentes y de quienes no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, es un interés digno de protección (bien jurídico) que está lleno de contenido, tal y como establece el artículo 3° de la misma Ley, cuando integra dentro de dicho concepto, *al desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional y socialmente en condiciones de igualdad*. Esto es, precisamente, lo que se afecta cuando se utiliza a una niña, por ejemplo, para realizar actos relativos a la explotación sexual comercial, pues no sólo se atenta en contra de su persona, sino también en contra de su desarrollo físico, mental, emocional y/o psíquico, tanto en el momento de la comisión del delito, como de cara al futuro, pues el desarrollo de la personalidad de una niña víctima de explotación sexual comercial, no será el mismo que el de otra niña que no ha sufrido la comisión de delito alguno."

Tomado de INACIPE, STPS, OIT/IPEC. "Estudio jurídico-penal relativo a la explotación sexual comercial infantil. Bases para su unificación legislativa en México", OIT, 2004, p. 43.



El derecho penal ante nuevos retos: la tutela a los derechos de las personas menores de edad en los delitos de “pornografía infantil”

Victoria Cruz *

1. Introducción

La dimensión internacional y el principio de libertad de información de la Internet, así como “algunas de sus características(...) uso masivo, la descentralización, la ausencia de territorialidad, el automatismo(...) suponen serios obstáculos a la hora de regular jurídicamente su utilización. Según las diferentes corrientes jurídico-penales, el estatuto jurídico de Internet no puede ser abordado desde una perspectiva nacional, sino que requiere soluciones de carácter internacional.”¹ En este sentido, las reglas de la Internet no pueden quedar al mero criterio de los usuarios, sino que más bien se exigen nuevas y complejas soluciones jurídicas que atiendan al principio de proporcionalidad en tanto “se deben garantizar y preservar simultáneamente intereses legítimos en tensión.”²

Sin embargo, frente a esta posición, hay quienes ven en el intervencionismo estatal “un factor que podría llegar a poner en peligro a la Internet; de ahí que en la nueva sociedad de la información se enarboles estandartes antiestatalistas y se postulen soluciones cifradas en la autorregulación de los operadores en la Red.”³

Esta posición desconoce, a nuestro criterio, el principio básico de que lo que es ilegal en el “mundo real” y para lo cual hay una respuesta punitiva del Estado, no debería ser diferente tratándose de conductas realizadas en el “mundo virtual” si igualmente se lesionan bienes jurídicos relevantes.

De esta manera, si bien el control formal de fenómenos como el de la “pornografía infantil” no depende exclusivamente de la tipificación de conductas a nivel de la legislación penal, una adecuada definición de las mismas puede facilitar la efectiva persecución de estos delitos, particularmente por el hecho de que el auge de este fenómeno coincide y se debe al desarrollo de la Internet.⁴

Esta situación suscita la imperiosa necesidad de buscar soluciones jurídicas que permitan conjugar los derechos de los usuarios de la Red (como los derechos referidos a la libertad de información, a la confidencialidad, a la seguridad, a la protección de datos, entre otros) con la preservación de derechos que pueden afectar a otros colectivos, como por ejemplo las personas menores de 18 años, y que en relación con el fenómeno que nos ocupa en este artículo versan sobre el respeto a la propia imagen y a la privacidad, íntimamente ligados a la dignidad humana, a la protección contra toda forma de abuso y violencia y el derecho al libre desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

El fenómeno denominado “pornografía infantil” se constituye hoy en día como un problema de dimensión

internacional y su control representa un nuevo reto para la ciencia jurídica, en especial, para el Derecho Penal.

2. “Pornografía infantil”: una aproximación conceptual

El término “pornografía infantil”, acuñado en la doctrina, convenios internacionales y en la legislación de muchos países, no es otra cosa, en nuestra opinión, que otro eufemismo más. “Pornografía infantil”, como tal, no existe. Este fenómeno en realidad consiste en un documento que refleja una situación de abuso o explotación sexual a la que una persona menor de edad ha sido sometida o la utilización de su imagen (incluyendo la voz, como uno de los elementos constitutivos de aquella para la producción de materiales sexuales).

La denominada “Pornografía Infantil” no es más que una manifestación de un crimen, la prueba de un crimen y la perpetuación del mismo a través del tiempo y del espacio, utilizado para generar ganancias económicas y/o satisfacer los intereses personales de quienes “consumen” este material.

Por lo anterior nos parece inadecuado denominar este fenómeno de la misma manera que se denomina la pornografía⁵ de personas adultas. Éstas sí tienen la capacidad para decidir sobre su propia participación en actos sexuales u obscenos, explícitos o no, para la producción, fabricación y distribución de materiales dirigidos expresamente a producir excitación sexual en sus consumidores. En este caso, la definición de lo que es “pornográfico” depende de múltiples variables culturales y morales, las diferentes pautas de comportamiento que tiene cada sociedad y las diferentes confesiones religiosas que influyen en el contenido de las definiciones particulares de este fenómeno. No es así en el caso de lo que se denomina “pornografía infantil” ya que en relación con ésta podemos afirmar que en tanto existan en los códigos penales los delitos relacionados con el abuso y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, también existe una voluntad expresa de la sociedad de prohibir que las imágenes producidas o fabricadas a partir de estas formas de violencia circulen y sean “consumidas” para la satisfacción de los intereses de cualquiera persona.

De esta manera, en el nivel internacional, y ante la particular preocupación mundial que este fenómeno ha alcanzado en los últimos años, varios instrumentos internacionales han indicado la necesidad de su criminalización, urgiendo a los Estados a sancionar, a través de normas penales, las conductas relacionadas con el fenómeno de la explotación sexual comercial, que incluye el de la “pornografía infantil”. Así lo dispone expresamente el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (en adelante el “Protocolo”)⁶ y el Convenio 182

* Profesional en Derecho, Oficial del Proyecto Subregional ESC de OIT/IPEC



de la Organización Internacional de Trabajo sobre las peores formas de trabajo infantil.⁷

El citado Protocolo define este fenómeno como "...toda representación, por cualquier medio, de un niño⁸ dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales."⁹

Otros instrumentos internacionales también brindan definiciones con el propósito de servir de parámetro para la previsión de esta conducta delictiva en los códigos penales nacionales, sobre todo, llamando la atención sobre la complejidad de este fenómeno. Por ejemplo, el Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, entiende por "pornografía infantil" todo aquel "...material pornográfico que contenga la representación visual de: a) Un menor comportándose de una manera sexualmente explícita; b) Una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c) Imágenes realistas que representan a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita."¹⁰

En esta línea, en octubre de 2002, los Ministros de Justicia e Interior aprobaron la Decisión Marco de la Comisión de la Unión Europea, que definió el encuadre de referencia legal para penalizar los delitos de pornografía infantil¹¹, a la vez que refuerza las penas previstas para este tipo de conductas y que deben ser adoptados por todos los Estados miembro. En concreto, se describe la "pornografía infantil" como todo material que represente de manera visual conductas sexualmente explícitas realizadas por menores, por personas simulando ser menores o en imágenes virtuales.

3. El impacto de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la definición de la variada tipología de la "pornografía infantil"

Las definiciones anteriores son relevantes por cuanto de una u otra forma pretenden recoger la complejidad de un fenómeno alimentado a diario por las innovaciones tecnológicas, que han hecho de las diversas formas delictivas vinculadas con la "pornografía infantil" un hecho común en nuestros días.

A diferencia de los años de la década de 1970, en que la producción de material sexual con imágenes de personas menores de edad tuvo su momento de máximo apogeo en el mundo occidental, según las pautas tradicionales de comercialización¹², en los años de 1990 se ha acrecentado la adopción de medidas legislativas en contra de este fenómeno al compás del desarrollo de la Internet. Las posibilidades que la Red confiere, que pueden ser calificadas como "ilimitadas", permiten a sus usuarios acciones con inmediatez, rapidez, de forma muy sencilla y en cualquier lugar del mundo en que se posea una conexión. De esta manera cada usuario fácilmente se convierte en productor, difusor o receptor¹³ de cualquiera de sus contenidos, incluidos, entre otros, gran cantidad de contenidos ilícitos¹⁴ -entre ellos la "pornografía infantil"-y nocivos¹⁵. Incluso, se constata la tendencia según la cual el tráfico de pornografía infantil no viene presidido por el ánimo de lucro ni por motivos comerciales. "Se ha acrecentado así el intercambio de material entre pedófilos,

pauta de comportamiento que se ha amplificado en las nuevas autopistas de la información (Internet), donde los usuarios pueden introducir material y convertirse y difusores de dicho material."¹⁶ (sic) desplazando la elaboración y producción de este tipo de materiales de "parámetros comerciales organizados a ámbitos descentralizados "amateurs" y domésticos".¹⁷

Internet es un medio que evoluciona diariamente y de manera constante "aparecen nuevas formas de comunicación, programas, modos de intercambio de archivos, que mejoran y amplían las posibilidades que hoy día ofrece la Red"¹⁸. A través de la Internet, nuevas pautas, patrones de producción y tráfico de material pornográfico quedan a disposición de mafias y "consumidores". Lo anterior hace que el fenómeno de la "pornografía infantil" se expanda exponencialmente en el mundo, sin que pueda frenarse fácilmente a través de los cambios legislativos. Se estima, por ejemplo, que para el año 2003 existían en el mundo más de 4.000.000 de zonas de Internet que contenían material de esta naturaleza y, para ese año, se estimaba que cada día se creaban 500 sitios nuevos que reciben más de dos mil millones de visitas anuales.¹⁹

Esta situación se ve impactada por determinadas "pautas comerciales" de ciertas "comunidades" en Internet dedicadas a las más diversas aficiones, que permiten a algunos usuarios publicar áreas de "pornografía infantil". Son sitios en que el administrador puede restringir la entrada de usuarios lo que dificulta la localización de estos contenidos ilícitos. Sin embargo, en la mayoría de los casos, según el informe de Anesvad, "para poder formar parte de estas zonas, se exige tomar parte activa. Es decir, los miembros deben compartir pornografía infantil, con el objetivo de ir renovando los archivos comunes. Los usuarios que no compartan material en el tiempo que establezca el administrador, serán expulsados. Esta situación provoca que el consumidor de pornografía infantil se convierta, al mismo tiempo, en un distribuidor de este tipo de material."²⁰

A esta situación se suma el fenómeno más amplio de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, y del "turismo sexual"²¹ en particular, pues buena parte de la "materia prima" para la producción de este tipo de material tiene su origen en filmaciones amateurs llevadas a cabo por turistas que abusan y explotan a personas menores de edad durante su viajes.

Dicho lo anterior, la doctrina -respaldada en las investigaciones policiales y dado el auge de las TIC- distingue una variada tipología de lo que conocemos como "pornografía infantil"²², condicionada por los distintos "usos" a que son sometidas directamente para su elaboración las personas menores de edad, o su imagen. Tenemos así:

- "Pornografía infantil" tradicional: la que documenta el abuso o explotación sexual de niños, niñas y adolescentes "reales" en situaciones "reales"²³. Es la que causa la mayor lesividad por la utilización directa que se ha hecho de una persona menor de edad, independientemente de su consentimiento.
- Pseudopornografía "infantil": ésta consiste en la realización de montajes de fotos o imágenes de video que contienen personas menores de edad con otras fotos o imágenes



con escenas sexuales. Por ejemplo, colocar la cara de una adolescente sobre la imagen de una mujer adulta que participa en actos con contenido sexual o colocar la imagen de un niño en una escena de sexo para lo cual nunca fue utilizado directamente²⁴. En este caso, hay una importante lesión al bien jurídico de las personas menores de edad (dignidad de la personas menor de edad y sus derechos a la imagen y al honor²⁵), pues las imágenes de las personas menores de edad son reales (total o parcialmente), es decir, corresponden con la de una persona con identidad real, aunque su participación en el acto que refleja la imagen no lo sea.

- “Pornografía infantil” técnica: en ésta, gracias a las posibilidades que los programas informáticos ofrecen para alterar imágenes, el proceso de producción altera la imagen de personas adultas que participan en actos con contenido sexual para que parezcan personas menores de edad. Si bien es cierto en este tipo de pornografía no se lesiona la integridad de una persona menor de edad, ya que no se requirió de “personas reales” para su producción, podemos afirmar que su contenido vulnera los derechos a la dignidad y a la imagen de las personas menores de edad, así como su interés superior, de rango y alcance constitucional, y “contribuye a fomentar y normalizar el consumo de pornografía infantil”²⁶, en cualquiera de sus tipos. En muchos casos, los niveles de realismo alcanzados hacen difícil técnicamente elucidar si el material incorpora una utilización real o simulada de una persona menor de edad.
- “Pornografía infantil” virtual o artificial: es una de las manifestaciones más “novedosas” de la producción de este tipo de material y consiste en la creación de contenidos sexuales con imágenes no reales (dibujos, animaciones, infografías, entre otros). En este caso no existen las personas ni las situaciones reproducidas, lo que suscita actualmente un profundo debate a nivel jurídico acerca de su penalización.²⁷

Claramente queda de manifiesto en la tipología enunciada que el desarrollo y auge de las TIC han transformado el fenómeno de la producción de la “pornografía infantil”, facilitando su distribución y tráfico y transformando además las “pautas” de consumo. Con ello queda expuesta, además, la necesidad de una incriminación que posibilite la persecución efectiva de estas conductas sin violentar, por supuesto, los principios básicos de legalidad y lesividad en el ámbito penal.

4. La incriminación de las conductas relativas o relacionadas con la producción, distribución o tráfico y posesión de “pornografía infantil”

Atendiendo a los instrumentos internacionales y de acuerdo a un criterio de mayor a menor gravedad de las conductas reprimibles²⁸, tenemos que la incriminación penal implica, al menos, las siguientes conductas:

- **La producción y fabricación:**
Refiere a aquella conducta más lesiva de los bienes jurídicos que se tutelan, pues implica la utilización de personas menores de edad o su imagen en la creación de materiales destinados a producir excitación sexual.
Las técnicas de producción (al igual que las de distribución)

se han multiplicado con el uso de las TIC, particularmente las de escaso coste al alcance de la población (video casero, cámaras digitales, tecnología digital telefónica y sus diversas aplicaciones que permiten, por ejemplo, tomar y enviar con gran facilidad fotografías y videos, acceso a internet desde el propio domicilio, entre otros).

Incluye no solo la utilización directa de personas menores de edad, independientemente de su consentimiento, en actos sexuales o la alteración de imágenes por medio de la computadora, de modo que se coloque la imagen de una persona menor de edad sobre la imagen de una persona adulta en una escena de contenido sexual o bien, que para estos fines se agreguen elementos a la imagen en la que se encuentra una persona menor de edad.

- **La difusión y el tráfico:**

Todos los verbos relativos a las conductas por las cuales se distribuye o traslada a una tercera persona este tipo de material deben quedar criminalizadas (difusión, transmisión, tráfico, venta, alquiler, importación, exportación, etc.). En ciertos ordenamientos jurídicos en los que los que los partícipes son penalmente responsables de la misma manera que el autor, no es tan relevante la inclusión de conductas en el tipo penal dirigidas a elevar, a la categoría de autor, a quien facilita o instiga la comisión de este tipo de delitos. Por el contrario, en aquellos ordenamientos jurídicos en el que la penalidad del partícipe es distinta a la del autor, es importante que el legislador tome en cuenta la relevancia de los bienes jurídicos en juego en los delitos de “pornografía infantil” y en la consideración de la gravedad de estas conductas, que ha quedado ampliamente manifiesta en la legislación internacional de derechos humanos, de forma tal que se considere en la conducta típica la inclusión de verbos tales como “facilitar” e “inducir”.

Los delitos de distribución, difusión, tráfico pueden proyectarse por cualquier medio; por ejemplo: difusión gráfica, fotográfica, analógica, digital o de cualquiera otra especie, por lo que este aspecto debe quedar claro en la tipificación penal. Es muy importante, además, que el tipo penal no quede limitado por la exigencia de “ánimo de lucro” en la conducta del autor, pues este elemento subjetivo del injusto es ajeno al tipo.

- **La incriminación de la mera tenencia o posesión de material pornográfico infantil**

Por ser esta la conducta que más debate jurídico suscita consideramos indispensable realizar un análisis más exhaustivo del tema.

Cuando se hace referencia al fenómeno de la “pornografía infantil” la tutela de la imagen y de la privacidad, como componentes de un derecho más amplio a la dignidad y al desarrollo integral de las personas menores de edad, surgen como bienes jurídicos autónomos en relación con la tutela de la integridad personal de los sujetos pasivos de estas conductas, lesionada también por quienes producen estos materiales. De ahí que quien adquiere (por cualquier medio, esto no es relevante) y posee por cualquier título



y para cualquier fin (incluso el “consumo” propio), lesiona estos bienes jurídicos, a pesar de no estar involucrado, por ejemplo, en el acto sexual que le dio origen.

De esta manera, no es posible asumir con normalidad la conducta de quien posee “pornografía infantil” si, por un lado, los abusos y explotación que fueron su “materia prima” son sancionados penalmente, y por otro, “por cuanto el consumo derivado de la comercialización es un factor que favorece y reproduce estos delitos.”²⁹

La penalización de la mera posesión de este tipo de material es motivo de una amplia discusión jurídica. Para algunos es la opción “más inquisitiva”³⁰ cuando se busca la penalización de las diferentes conductas relacionadas con este fenómeno. Esta corriente descarta la tipificación penal de esta conducta por tratarse de una opción “irracionalmente incriminadora” por la que “el Derecho penal pasa a tutelar intereses relativos a una difusa moral colectiva, pues en el fondo se reprimen conductas que difícilmente alcanzan el grado de incitación directa a la desviación sexual o pedofilia.”³¹

Por su parte, los propios consumidores alegan que sobre “el daño que sufren los menores(...) ya se ha producido cuando ellos ven el material, por eso creen que no hacen ningún mal. A este respecto, culpan a las mafias, que se encargan de realizar el material, del perjuicio físico y/o psicológico que hayan podido sufrir los menores. La adicción provoca que se inhiban ante el sufrimiento de los menores, porque su pulsión es demasiado fuerte.”³²

A favor de la penalización de la posesión para “consumo personal”, se esgrime el argumento de que “cuando alcanzan un nivel superior de interés, la mayoría de los adictos a la pornografía infantil desean tener contacto directo y real con menores(...) El consumo de imágenes termina por no ser suficiente, por lo que la pretensión de mantener relaciones sexuales con niños puede ser el siguiente paso.”³³ Debido a la posibilidad de estas consecuencias hay quienes consideran que la posesión de “pornografía infantil” debería quedar penalizada, a pesar de tratarse de un delito de peligro³⁴.

Sin embargo, no es solo la probabilidad de que una situación (futura) de lesión (abuso o explotación sexual) ocurra, la razón por la cual el consumo o mera tenencia de este material, con cualquier fin y por cualquier medio, debería ser considerada una conducta a incriminar por las legislaciones penales. En este sentido se propone tomar en consideración otros argumentos:

- Podemos afirmar que la pornografía infantil afecta, en cada caso particular, en forma directa y permanente³⁵ los derechos a la imagen y a la privacidad de las personas menores de edad, parte integral de sus derechos a la dignidad y a un desarrollo integral pleno. Todos estos bienes jurídicos son de rango constitucional e internacionalmente reconocidos para todas las personas menores de 18 años de edad. Forman parte del acervo de los “derechos humanos” por lo que están cobijados por sus características de universalidad, irrenunciabilidad e integralidad.

- La criminalización de la posesión debe ser “uno de los objetivos fundamentales de una política criminal de control y represión de la explotación sexual comercial de las personas menores de edad(...) 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.”³⁶ La tenencia de pornografía no es un acto que sólo cause daño a su poseedor, que sería el criterio que justificaría su impunidad, tal y como sucede en el caso de posesión de drogas para el consumo propio³⁷. “Se trata de una acción que debe 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.”³⁸
- En este mismo sentido, es de considerar que en el marco de una política criminal clara en contra de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, el hecho de atacar la problemática de la “pornografía infantil”, dado su profundo carácter clandestino, debe significar perseguir no solamente a quien produce o distribuye este material sino también a quien lo consume. Al margen, claro está, de una política más amplia que la de represión penal, que incluya acciones dirigidas a la prevención de estos delitos.
- La posesión o tenencia de material pornográfico que contenga personas menores de edad o su imagen, “no sólo es una grave manifestación de una desenfada apología del delito³⁹, 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.”⁴⁰
- El consumo de este tipo de materiales (la demanda) estimula la oferta, es decir, la industria que favorece y reproduce el abuso y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, los somete a crueles vejaciones y utiliza su imagen para la producción de bienes comerciales o de intercambio ilícitos. Se trata de un factor que promueve un desarrollo basado en el irrespeto de los derechos fundamentales de uno de los colectivos más vulnerables de la sociedad.
- La posesión de la “pornografía infantil” debe ser “deliberada”, es decir, debe existir voluntad de quien la posee, “la posesión implica una actitud subjetiva por parte del autor: no se puede poseer algo que no se quiere ni se conoce”⁴¹, por ello, resulta innecesario catalogar la posesión como “intencional” o “deliberada”. Es aquí donde se justifica, además de la penalización de la mera posesión, la posesión con cualquiera otro fin (para intercambio, distribución, comercialización, importación, exportación, etc.).
- De igual modo que se penalizan y adquieren gran relevancia jurídica otras figuras delictivas de menor



trascendencia relacionadas con los derechos a la propiedad, por ejemplo la receptación por la que se argumenta que se perpetúan y agudizan los delitos contra la propiedad al adquirirse la mercancía robada, el delito de posesión de "pornografía infantil", que lesiona bienes jurídicos de mayor trascendencia, perpetúa el ataque a la imagen y a la dignidad de las personas menores de edad, y contribuye al mantenimiento y expansión de la conducta criminal, como ya se ha señalado.

- Otro argumento a favor de la penalización de esta conducta está relacionado con la obligación adquirida por los Estados al ratificar instrumentos internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo, que colocan la disyuntiva de cualquier conflicto entre bienes jurídicos -como el derecho a la libertad e intimidad de personas adultas y los derechos a la dignidad, a la protección contra toda forma de violencia, al desarrollo integral de las personas menores de edad- a favor de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y con ello la primacía de su interés superior. Expresamente indica el Protocolo que "Todo Estado parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: (...) c) la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2."⁴²

En apego a las disposiciones de la ley internacional, los supuestos en que se basa y sobre todo en consideración a la relevancia de los derechos que se tutelan, existe un movimiento mundial que comprende y respalda la lucha contra este grave flagelo y que criminaliza la mera posesión de este tipo de material. La posesión de "pornografía infantil" es un delito en las legislaciones penales de más de 40 países a nivel mundial, entre ellos, por ejemplo⁴³: Armenia, Austria, Australia, Alemania, Bahamas, Barbados, Bélgica, Botswana, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Finlandia, Grecia, Gran Bretaña, Holanda, Hungría, India, Irlanda, Italia, Japón, Malta, Polonia, Suecia. En la región centroamericana es un delito en Panamá, Honduras y El Salvador y ha sido aprobada su inclusión por la Asamblea Nacional de Nicaragua en el Proyecto de Nuevo Código Penal, en tanto que en Guatemala y República Dominicana se están discutiendo proyectos de reforma a los Códigos Penales de esos países que la incluyen.⁴⁴

5. Conclusiones

El fenómeno de la "pornografía infantil" enfrenta, dada su misma complejidad, variadas soluciones dirigidas a su prevención y control. Desde un punto de vista criminológico es necesario impactar en primera instancia en las actividades de producción y fabricación de este tipo de material, así como en la difusión y el tráfico. Sin embargo, la gravedad de este fenómeno y su clandestinidad requieren de una política criminal más amplia que impacte también en la demanda.

Siendo que es a través de la Internet que se da la mayor comercialización y distribución de material pornográfico en el que se han empleado personas menores de edad o su imagen para su fabricación y producción, las medidas orientadas a la prevención y control deben dirigirse y estar regidas por la lógica misma en la que opera la Red. No significa esto abandonar la persecución de las formas más "tradicionales" de producción y sobre todo de comercialización de este tipo de materiales, pero sí implica una adecuada dirección de los recursos encaminados a enfrentar el problema.

De esta manera, es necesario adecuar los códigos penales sustantivos y procesales, de forma tal que se cuente con las herramientas legales que se requieren para hacer frente a una forma de criminalidad no convencional con variados recursos tecnológicos que facilitan la comisión de estos delitos. Por esta razón, también es necesaria la creación de unidades especializadas en los órganos de investigación criminal, que cuenten con los medios tecnológicos y la capacitación necesarias para garantizar que los delitos en este ámbito sean debidamente investigados y reprimidos.

Como se ha dicho, la Internet carece de una regulación jurídica específica, así como de límites y control externo. Por este motivo, la efectividad de la persecución penal de los delitos de "pornografía infantil" en la Red no depende exclusivamente de la tipificación de conductas en el código penal. La propia idiosincrasia del medio y sus particularidades hacen necesario un tratamiento específico. Internet funciona bajo el principio básico de la libertad de información por lo que un papel protagónico en la lucha contra los contenidos ilícitos debe partir de la "autorregulación" de los operadores y de sus propios usuarios, paralelo a la toma de medidas jurídicas y convenios internacionales, que conjuguen los derechos de los usuarios con la preservación y protección de los derechos que pueden afectar a otros, como por ejemplo, el derecho a la propia imagen, a la privacidad, a la dignidad, a la protección, todos, en este caso, de las personas menores de edad.

La concienciación de los usuarios de la Red y, en general, de los demás actores involucrados en este medio de comunicación es fundamental para incidir en el control de esta forma de criminalidad. Aunque no fueron objeto de este trabajo, los denominados "proveedores" de los servicios de la Internet deben ser partícipes activos en la lucha contra las diversas manifestaciones de la "pornografía infantil", por ejemplo, adoptando códigos de conducta o mayores medidas de control de los contenidos que se colocan en sus servidores. Asimismo, sus deberes y responsabilidades deben ser claramente delimitados a efectos de posibilitar una adecuada investigación criminal.

También en cuanto a la prevención, es necesario impulsar campañas dirigidas a los usuarios de los servicios de la Red en general y a los potenciales consumidores de este tipo de material, de forma tal que no formen parte de la demanda de "pornografía infantil". En esta misma línea, deben ponerse al alcance de los usuarios, mecanismos destinados a promover las denuncias sobre la difusión de material sexual con personas menores de edad en la Internet.



BIBLIOGRAFÍA

- **Anesvad.** Informe sobre la pornografía infantil en Internet, 2003
- **CRUZ (Fernando) y MONGE (Ivannia)** Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad según las normas internacionales. OIT/IPEC, San José, 2004
- **Decisión No. 276/1999/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales,** (en línea), 28.07.2005, disponible en: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/124190.htm>
- **Decisión No. 276/1999/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales,** (en línea), 28.07.2005, disponible en: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/124190.htm>
- **Diccionario Usual de la Real Academia Española** (en línea): <http://buscon.rae.es>
- **Fundación PANIAMOR.** Valoraciones jurídicas en relación con el proyecto de ley para el fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes, expediente 14.568. San José, 2003.
- **LEVENE (Ricardo)** Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Víctor P. de Zaballa Editor, Buenos Aires, 1978
- **MARIN PEIDRO (Lucía)** La lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en internet. En: datos.personasles.org La revista de la agencia de protección de datos de la comunidad de Madrid, en línea: <http://www.madrid.org/comun/repositorio/cda/Views/rev> consultado el 28.07.2005
- **MONGE (Ivannia) e ISSA EL KHOURY (Henry)** Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad. Comentada. INAMU, 1999
- **MORALES GARCÍA (Óscar)** Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información. Working Paper Series WP01-001, fecha de publicación marzo de 2001 en <http://www.uoc.edu/in3/dt/20008/index.html> consultado el 28.07.2005
- **MORALES PRATS (Fermín)** La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular. En: Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías, Coord. Zúñiga Rodríguez, Laura; Méndez Rodríguez, Cristina; Diego Díaz-Santos, Ma. Rosario, XIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal; Universidad de Salamanca, 2001
- **MORALES PRATS (Fermín)** Pornografía infantil e internet. Ponencia presentada en las Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001), organizadas por la UOC y el ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, en línea <http://www.uoc.edu/dt/20056/index.html>, 2002
- **MORALES PRATS (Fermín)** Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. En: Consejo Superior del Poder Judicial, Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet. España, 2000.
- **OIT/IPEC.** Compendio de normas internacionales relacionadas con la prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, San José, 2003
- **OIT/IPEC.** Reformas penales para combatir la explotación sexual comercial de personas menores de edad. En: ¡Ya es hora! Boletín Temático No. 3, Abril, 2005
- **OIT/IPEC.** Compendio de legislación para penalizar la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana. San José, 2006
- **RODRÍGUEZ DEVESA (José María) y SERRANO GÓMEZ (Alfonso)** Derecho penal español, Parte General. Dykinson, XVIII Edición, Madrid, 1995
- **TAMARIT SUMALLA (Joseph María)** La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores. Colección de Monografías Aranzadi, 2da. Edición, Navarra, 2002

¹ A. Informe sobre la pornografía infantil en Internet, 2003, p. 18.

² Idem, p. 12.

³ En: Morales Prats, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. En: Consejo Superior del Poder Judicial, Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet. España, 2000, p. 12.

⁴ Desde el punto de vista de la represión penal, también es necesaria la dotación de medios técnicos y tecnológicos adecuados para contrarrestar y perseguir las acciones de quienes se dedican a la producción, distribución y consumo de estos materiales. Además, de rigor son también las acciones en el marco de una amplia política criminal y social que involucre la prevención de estos delitos. También se destaca en este sentido la importancia de la "autorregulación" de los usuarios de la Internet que están especialmente vinculados con este fenómeno y la regulación de los proveedores de los servicios vinculados con las nuevas tecnologías de la información.

⁵ El Diccionario Usual de la Real Academia Española define la pornografía como obras literarias o artísticas de carácter obsceno, y lo obsceno lo define como "Impúdico, torpe, ofensivo al pudor o a la moral sexual", en línea <http://buscon.rae.es>

⁶ Artículo 3 del Protocolo.

⁷ Artículo 7 Convenio 182 de la OIT sobre la eliminación de las peores formas de trabajo infantil.

⁸ Para efectos del Protocolo, por niño se debe entender toda persona menor de 18 años de edad.

⁹ Artículo 3.c del Protocolo.

¹⁰ Artículo 9, Convenio sobre la Ciberdelincuencia.

¹¹ Incluye conductas como la "producción, distribución, difusión, transmisión, ofrecimiento, facilitación, adquisición o posesión de pornografía infantil". Véase: Anesvad. Op Cit. p. 19.

¹² "En aquellos años Dinamarca, Holanda y Suecia constituían los principales centros de producción. A finales de la década y comienzos de los años 80 se verifica una mayor intervención gubernamental y el impulso de medidas legislativas, centradas en la prohibición de la producción, la venta y la distribución de la pornografía infantil. En 1977 se aprobaron en Estados Unidos estrictas medidas legislativas sobre pornografía infantil. En 1980, Dinamarca y Suecia introdujeron una legislación sobre pornografía infantil, Holanda lo hizo en 1986." Morales Prats, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. Op Cit. p. 2.

¹³ Anesvad. Op Cit., p. 9.

¹⁴ "Se refiere a una amplia variedad de problemas: seguridad nacional, protección de personas menores de edad, protección de la dignidad humana, seguridad económica, protección de la información, protección de la vida privada, protección de la reputación, propiedad intelectual." "Del contenido ilegal deben ocuparse desde su origen las autoridades policiales y judiciales (...) la industria puede sin embargo aportar una ayuda importante para limitar la circulación del contenido ilegal (...) mediante mecanismos de autorregulación eficaces (como códigos de conducta y establecimiento de líneas directas) regulados y apoyados por disposiciones jurídicas y que se beneficien del apoyo de los consumidores (...)" Decisión No. 276/1999/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales, (en línea), 28.07.2005, disponible en: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/124190.htm>

¹⁵ También conocido como "contenido perjudicial", "es un contenido autorizado pero de distribución limitada (reservada a los adultos, por ejemplo) y un contenido que puede ofender a algunos usuarios, aunque no se limite su publicación debido al principio de libertad de expresión (...) las acciones deben dar a los usuarios la posibilidad de rechazarlo preferentemente mediante el desarrollo de soluciones tecnológicas (sistemas de filtrado y clasificación), reforzar la sensibilización de los padres y desarrollar una autorreglamentación que pueda proporcionar un marco adecuado, en particular para la protección de los menores." (sic) Decisión No. 276/1999/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales, (en línea), 28.07.2005, disponible en: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/124190.htm>



- ¹⁶ Morales Prats, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. Op Cit. p. 3
- ¹⁷ Idem, p. 3
- ¹⁸ Anesvad. Op Cit. p. 14. Internet ha generado innumerables formas de permitir el intercambio por ejemplo a través de grupos de noticias, foros, chats y el uso de aplicaciones P2P (peer to peer) por medio de las cuales se produce fácilmente el intercambio de archivos almacenados en los discos duros de las computadoras.
- ¹⁹ Parry Aftab (www.cyberangels.com) citado por Anesvad. Op Cit. p. 9-10. Al respecto, es importante agregar además algunos datos, citados por este mismo estudio, sobre las ganancias que genera esta actividad ilícita. Para el año 2003, la investigación estableció que "existen mas de 2.400.000 webs de pornografía infantil de pago. La cuota media de acceso son 40 euros al mes. El número de visitas diarias que pueden recibir estos sitios ronda las mil, con una media de unas diez altas mensuales por sitio. De estas cifras puede extraerse la conclusión de que el negocio de la pornografía infantil en Internet genera alrededor de 960.000.000 millones de euros al mes, en todo el mundo", sin embargo, para ese año, se estimó que "el 40% de las zonas que contienen material sexual con menores son gratuitas, y las que más están proliferando" ya que es posible el intercambio de material sin ánimo de lucro económico, situación que es ampliamente aprovechada por los "aficionados" a este tipo de material.
- ²⁰ Idem, pág. 14-15.
- ²¹ Otro eufemismo con el que se designa la explotación sexual de personas menores de edad por personas que se encuentran en viajes de negocios o placer. Generalmente son personas extranjeras, provenientes de países en los cuales este tipo de situaciones son severamente sancionadas. Cuentan con el poder económico necesario para realizar viajes a países del "tercer mundo" en los que existen gran cantidad de factores que vulnerabilizan a las personas menores de edad -pobreza, ineficacia de las políticas públicas de protección, migración, etc. y por otro lado factores que crean un clima de impunidad frente a estos delitos -tolerancia social, códigos penales inadecuados, redes criminales que se dedican a la explotación, inefectividad de las investigaciones policiales--.
- ²² Idem, p. 15; Morales Prats, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. Op Cit. p. 3 y 4.
- ²³ Hay que diferenciar las diversas conductas relacionadas y la posibilidad de la existencia de un concurso de delitos con el abuso sexual o las relaciones sexuales remuneradas, por ejemplo. En este mismo sentido véase: Morales Prats, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. Op Cit, p. 6. y Tamarit Sumalla, Joseph María. La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores. Colección de Monografías Aranzadi, 2da. Edición, Navarra, 2002, p. 112.
- ²⁴ Si la imagen que se coloca es la de otra persona adulta, ajena a la imagen con contenido de sexual, también en este caso se constituye la afrenta al derecho a la imagen y el honor de esta persona, aunque no sea menor de edad.
- ²⁵ El bien jurídico protegido en este caso pareciera estar más bien vinculado a la intimidad y al honor por lo que la protección de estas figuras a través del título referido a los delitos de violencia sexual resulta dudoso si lo único que se realiza con la imagen de la persona menor de edad, obtenida fuera de un contexto sexual, es insertarla en un contexto pornográfico. Sin embargo, anclar la posibilidad de la tutela a la lesión de estos derechos a los capítulos de los códigos penales referidos a la protección del honor y la intimidad podría producir la negación del derecho a la justicia de las personas menores de edad. Es decir que prácticamente de facto, y salvo que expresamente se prevea la posibilidad de la intervención de oficio del Ministerio Público en este tipo de ofensas, quedaría anulada la posibilidad de que una persona menor de edad pudiese acceder de manera efectiva a los remedios jurídicos que a través de la tutela de estos derechos están previstos en los códigos penales, empezando por que la acción es de carácter privado, y necesariamente en el caso de una persona menor de edad requiere de asistencia letrada. Además, es menester considerar que en este caso, este tipo de ofensas además de estar íntimamente relacionadas con la protección de los derechos a la imagen y al honor, también están vinculadas con la dignidad de las personas menores de edad, de tutela en conjunto con los demás tipos penales relacionados con los delitos de pornografía infantil.
- ²⁶ Véase: Anesvad. Op Cit. p. 15.
- ²⁷ En Estados Unidos la Corte Suprema de Justicia se ha declinado a favor de la libertad de expresión y ha declarado este tipo de producciones legales. A contrapunto, en el Estado de Virginia, la legislación sí castiga la "pornografía infantil" técnica o simulada, en la que una persona adulta aparenta ser menor de 18 años en imágenes registradas de contenido sexualmente explícito; la sanción alcanza la pornografía infantil artificial, generada por medio del uso de programas informáticos. Morales Prats, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. Op Cit. p. 15. En este supuesto, al no utilizarse personas menores de edad "reales", para un sector de la doctrina supone una injustificada y desproporcionada limitación a la libertad de expresión y por lo tanto no se justifica la intervención del derecho penal por carecer de relevancia en este sentido. Véase Tamarit Sumalla, Joseph María. Op Cit., p. 109. y Morales Prats, Fermín. La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular. Op. Cit, p. 121. Al contrario de estas disposiciones podemos referir a los convenios internacionales, como el Protocolo, según el cual debe ser considerado pornografía infantil tanto las imágenes reales, sobre las cuales no hay discusión doctrinaria, como las simuladas, además de "TODA representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales" (el subrayado no es del original) en las que entraría no solo la denominada "pseudopornografía" sino también la pornografía artificial. En este mismo sentido, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia indica en el artículo 9 "1. Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos: a. la producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático; b. la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático; c. la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático; d. la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona; e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos. 2. A efectos del anterior apartado 1, por "pornografía infantil" se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a. un menor comportándose de una manera sexualmente explícita; b. una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c. Imágenes realistas que representan a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita...".
- ²⁸ Es importante que el legislador considere, al momento de tipificar estas conductas, el principio de proporcionalidad de la pena según los diferentes grados de afectación a los bienes jurídicos que cada una de las conductas producen. De esta manera, quien posee no lesiona de igual manera los derechos de las personas menores de edad como quien distribuye o incluso fabrica o produce estos materiales.
- ²⁹ Cruz, Fernando; Monge, Ivannia. Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad según las normas internacionales. OIT/IPEC, San José, 2004, p.26.
- ³⁰ En este sentido Morales Prats, Fermín. Pornografía infantil e internet: la respuesta en el Código Penal español. Op Cit. p. 11
- ³¹ Idem p. 11
- ³² Véase: Anesvad. Op Cit. p. 24.
- ³³ Idem p. 25.
- ³⁴ Es decir, "no comporta la destrucción (de un bien jurídico), sino la creación de una situación tal que es probable que ese resultado lesivo se produzca; la situación de peligro es, a su vez, resultado de la conducta del sujeto." Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso. Derecho penal español, Parte General. Dykinson, XVIII Edición, Madrid, 1995, p. 427.
- ³⁵ Por sus características de transmisibilidad y perdurabilidad en el tiempo y en el espacio, particularmente dado el uso de la Internet para la producción y difusión de estos materiales.
- ³⁶ Cruz, Fernando; Monge, Ivannia. Op Cit. p. 29.
- ³⁷ No es posible asimilar la "posesión de drogas" para consumo personal con la posesión de pornografía infantil, dado que los bienes jurídicos tutelados en ambos casos son distintos, en el primero el titular del bien jurídico es el sujeto que "consume" la droga, en el segundo caso, el "consumidor" de pornografía infantil NO es el titular del bien jurídico que se pretende proteger, ya que como se ha dicho, el bien jurídico que se tutela es el del tercero, el de la persona menor de edad víctima del abuso o la explotación, sus derechos a la imagen, a la privacidad, a la dignidad y su derecho a un desarrollo integral pleno.
- ³⁸ Cruz, Fernando; Monge, Ivannia. Op Cit. p.27.
- ³⁹ "Apología del delito" "significa "hacer su elogio", lo que implica instigar al delito... presentar como laudable y meritorio el crimen cometido... se alaba la criminalidad del acto". Levene, Ricardo. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Víctor P de Zaballa Editor, Buenos Aires, 1978, p. 442 y ss.
- ⁴⁰ Cruz, Fernando; Monge, Ivannia. Op Cit. p.29.
- ⁴¹ Idem, p.25.
- ⁴² Artículo 3 del Protocolo. El subrayado no es del original.
- ⁴³ Fuentes: Fundación PANIAMOR. Valoraciones jurídicas en relación con el proyecto de ley para el fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes, expediente 14.568. San José, 2003. OIT/IPEC. Compendio de legislación para penalizar la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana. San José, 2006. Morales Prats, Fermín. La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: estudio particular. Op Cit. 2001.
- ⁴⁴ En el caso de Costa Rica, actualmente el Código Penal, reformado en esta materia en el año 1999, solo incrimina la posesión con fines comerciales: "Aun cuando en el proyecto de ley se incluía la penalización de la tenencia de este material, los legisladores se opusieron al mismo, alegando tutela de la intimidad. El debate sobre este punto se mantiene abierto, sobre todo tomando en cuenta la obligación del Estado de tutela (sic) la imagen del niño y de la niña, por encima de cualquier otro interés o derecho de las personas adultas." Monge, Ivannia e Issa El Khoury, Henry. Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad. Comentada. INAMU, 1999, p. 22. Actualmente se discute en Costa Rica una reforma integral al Código Penal en la cual se incluye nuevamente la posesión como delito y sobre lo que se asegura un amplio debate sobre su posible aprobación, dado que una parte de la doctrina y de los legisladores siguen cuestionando la primacía de los derechos de las personas menores de edad sobre el "derecho a la intimidad" en este tema.



El ejercicio de la acción penal en los delitos de explotación sexual comercial

Lilliam Gómez*

1. Justificación

La explotación sexual comercial (ESC) es una más de las tantas formas que adquiere el abuso sexual en perjuicio de uno de los grupos más vulnerables de la sociedad: las personas menores de edad. Este fenómeno social consiste en la utilización de niñas, niños y adolescentes en actividades con fines sexuales, por parte de un sujeto activo que puede ser una persona adulta o una persona menor de edad, y donde media un pago o la promesa de un pago, que puede ser una retribución económica o de cualquier otra naturaleza, tal como un regalo, techo, droga, comida, etc.

Es una forma moderna de esclavitud, donde las víctimas se ven expuestas a tratos crueles, degradantes e inhumanos que lesionan bienes jurídicos fundamentales y de irrenunciable tutela, como el derecho a la vida, a la libertad, a la imagen, a la dignidad, etc. En el campo físico, algunos de los efectos son las enfermedades de transmisión sexual, lesiones, embarazos no deseados, y hasta la muerte. En el campo psicológico se sufre pérdida de autoestima, desconfianza, culpa, tristeza, distorsión del desarrollo psico-sexual y del afecto, entre otros. Además de lo señalado, no podemos excluir el campo social, donde las víctimas sufren de marginación, humillación, y exclusión, afectaciones que hacen nugatorio el derecho de estas a disfrutar de una vida plena, digna y sin violencia; en fin, el derecho a ser niño, niña o adolescente, a soñar, a sonreír.

En la actualidad, la flagrante violación a los derechos humanos de esta población ocurre ya no solo en forma aislada, sino que también responde a una pauta de comportamiento criminal organizado y recurrente de los explotadores sexuales, quienes han visto fortalecida su conducta criminal, tanto por los adelantos tecnológicos, que les permiten en tiempo real mercadear sus negocios ilícitos, como por la considerable disminución en los costos de producción de la pornografía infantil, sumando a ello el consabido cambio del comercio internacional debido a las políticas de globalización existentes.

Las acciones delictivas derivadas de la explotación sexual comercial que se llevan a cabo en perjuicio de los niños, niñas, y adolescentes, son objeto de especial preocupación por parte del órgano requirente del Estado. De ahí que este estudio tiene como fin dar una somera visión acerca de los recursos legales que garantizan a las víctimas el acceso a la justicia.

2. Necesidad de penalizar la explotación sexual comercial de las personas menores de edad

Aunque en estos momentos una de las tendencias dominantes en el derecho penal es hacia la despenalización de conductas que socialmente se presumen reprochables, por

crear, en forma atinada, que el derecho penal debe ser la última ratio en la solución de los conflictos sociales, se considera de primer orden, por la gravedad que reviste la explotación sexual comercial de los niños, niñas y adolescentes, que los Estados brinden una respuesta punitiva a este flagelo.

La preocupación ante el creciente desarrollo de la industria pornográfica infantil y adolescente, el trasiego de personas menores de edad entre fronteras con fines sexuales, y el turismo sexual, convoca a todos los países del mundo. Este mal social, que sabemos no discrimina fronteras, etnias, condición económica ni ideología, ha alcanzado alarmantes dimensiones. A pesar de ello, y salvo algunas excepciones, el tema no ha primado en las agendas de los legisladores latinoamericanos, aunque todos los países de la región han ratificado los instrumentos internacionales de más relevancia en el campo de la protección de los derechos humanos de las personas menores de edad.

Abundan las normas de carácter internacional que nos llevan a reafirmar la obligatoriedad de los Estados ratificantes de estos instrumentos de proteger a las víctimas de tan denigrantes conductas, mediante la prevención general positiva que produce la persecución penal de estos depredadores sexuales.

La Convención de los Derechos del Niño (CDN), promulgada en el seno de las Naciones Unidas en el año 1989, es por excelencia el marco teórico-jurídico que rompe el paradigma de la situación irregular, para dar paso a la nueva doctrina de la protección integral¹ de las personas menores de edad. Representa un claro compromiso de los Estados Partes en proteger a la persona menor de edad contra todas las formas de explotación y abusos sexuales, por tratarse de un tipo de violencia que quebranta los derechos más fundamentales de esta población.²

El Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, establece los contenidos mínimos que los Estados Partes deben contemplar en la penalización de la explotación sexual comercial.³

El Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo es otro de los instrumentos jurídicos internacionales que decididamente ha impulsado la eliminación de la explotación sexual comercial de las personas menores de edad.⁴

En el caso de Costa Rica, se tiene un marco teórico-jurídico que garantiza los derechos de las niñas, niños y adolescentes, el cual está compuesto tanto por convenios internacionales como por leyes y decretos que parten de la no tolerancia hacia todas las formas de explotación sexual comercial de este sector de la población. Desde 1990 se han incorporado al marco legal

* Fiscal Adjunta de la Fiscalía General de la República de Costa Rica



vigente importantes instrumentos que fortalecen el accionar en esta materia.⁵

En el campo que nos interesa, la Ley 7899 contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad representa un avance sustantivo en la legislación costarricense, ubicándose en consonancia con diversos paradigmas e instrumentos internacionales de protección y promoción de los derechos humanos de las niñas, los niños, los y las adolescentes. Esta ley marcó un notable cambio jurídico al reformar la ideología, el lenguaje y conceptos de diversos artículos del Código Penal, al crear nuevos delitos referentes a la explotación sexual comercial, los cuales llegaron a cubrir vacíos legales que propiciaban la impunidad.⁶

3. La acción penal. Concepto

La acción penal es el punto de referencia para determinar cómo se realiza la persecución del delito, aspecto que se ha venido desarrollando desde los tiempos de la venganza personal, hasta llegar a lo que tenemos hoy día, como es el accionar del Estado en este campo.

En el ámbito jurídico se puede definir la acción como el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe, es decir, es un aspecto formal que contempla el derecho de acudir, pedir y exigir al Estado la defensa de los derechos de los ciudadanos, con lo que queda sin efecto cualquier acción de autodefensa. Siguiendo esta misma corriente de pensamiento, Oderigo señala que "la acción es el derecho de reclamar del órgano jurisdiccional que actúe las condiciones necesarias para pronunciarse y se pronuncie, positiva o negativamente sobre una pretensión jurídica a él sometida (...) también debe considerarse como derecho que asiste a quien soporta el proceso".⁷ Todo lo anterior implica que el ofendido no solo tiene el derecho de acudir a pedir justicia, sino también a ser escuchado y obtener una respuesta a su petición, la cual puede ser favorable o no.⁸

Si nos referimos únicamente al campo penal, la acción sería de esta naturaleza solo en el caso donde se busca que se aplique una medida punitiva, como consecuencia de que alguien supuestamente realizó una conducta que previamente ha sido señalada como delito, estando debidamente regulado su ejercicio. De ahí que para algunos autores la acción penal sería la manifestación del poder concedido a un órgano oficial (Ministerio Público) o titular particular (en casos excepcionales) a fin de que lo ejerza solicitando la declaración judicial tras la comisión de un delito e identificando al autor del mismo.⁹

En cuanto a la acción penal, normalmente se ha distinguido la pública de la privada, siendo el criterio de diferenciación únicamente quién tiene la facultad de instar al aparato judicial para que investigue y eventualmente castigue al culpable o declare su inocencia, siendo pública cuando la ejerce un órgano estatal, independientemente de que esté bajo la tutela judicial o administrativa, y privada cuando se requiere que un particular actúe para que el Estado dé inicio al procedimiento de tutela del bien lesionado. La mayor parte del ejercicio está a cargo del Ministerio Público, que es el nombre con el que generalmente se conoce al órgano estatal encargado de llevar adelante la acción penal. Esto por cuanto se considera

que si el delito consiste en realizar una conducta contraria a la convivencia social, no se debe entregar, salvo por vía de excepción, la acción penal a los particulares.¹⁰ El artículo 216 del Código Procesal Penal contempla esta clasificación al establecer que en Costa Rica la acción penal será pública o privada y, si es pública, su ejercicio corresponde al Ministerio Público (órgano, en este país, dependiente del Poder Judicial), sin perjuicio de la participación que el mismo código le otorga a las víctimas y a los ciudadanos en general.

Salas Beteta señala las características del instituto de la acción penal pública¹¹:

1. Publicidad: el órgano requirente es público, se rige por las normas de derecho público y en general realiza la función de tutela del interés público, al tratar de reestablecer el orden social.
2. Intransferibilidad: por ser un derecho de carácter público, sus potestades no pueden ser transferidas por actos voluntarios.
3. Oficialidad y oficiosidad: el Estado mantiene el monopolio de su ejercicio y puede actuar de oficio, es decir que no requiere necesariamente de una denuncia previa por parte de un particular para perseguir al que cometiere un delito.
4. Indivisibilidad: la acción penal es única y tiene un único fin, castigar a todos los que participaron en la comisión de un hecho punible.
5. Obligatoriedad: es obligación del Ministerio Público actuar cuando tiene noticia de que se realizó un hecho delictivo.
6. Indisponibilidad: la ley solo autoriza al que tiene el derecho de ejercitar la acción penal, derecho que es irrenunciable. Las acciones se dirigen contra personas físicas, pues las jurídicas no pueden cometer acciones delictivas.

El mismo autor señala como características de la acción penal privada las siguientes:

- 1- Voluntaria: el ejercicio de la acción penal se fundamenta en la voluntad del agraviado.¹²
- 2- Renunciable: la acción penal privada es renunciable.
- 3- Relativa: por cuanto la administración de todo el proceso penal y el derecho de castigar está en manos del Estado, el particular solo tiene facultades enmarcadas dentro del control penal estatal. En la mayoría de los países la acción penal privada se enmarca en delitos contra el honor o que afecten derechos personales íntimos de los particulares.

3.1. El ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública

Todos los códigos procesales penales de América Latina establecen en general la acción penal como pública. "Esto significa, que el delito afecta no sólo un interés individual sino también colectivo. Consecuentemente, al Estado le corresponde en nombre de la sociedad perseguir de oficio la mayoría de delitos (contra la vida, contra la propiedad, contra el orden público, etc.). En Latinoamérica la acción penal es pública no sólo por pertenecer al Estado, sino también porque confiere a todos los ciudadanos la posibilidad de constituirse en denunciantes, sean ofendidos o no, salvo que la ley establezca lo contrario. En principio cualquiera puede ser denunciante.



En los delitos de acción pública es en donde se margina más la figura del ofendido. El proceso se puede iniciar con o sin la participación del ofendido, su interés individual ha quedado reducido a casi nada, comprendido en un interés social. El Estado moderno no solo investiga y juzga el delito, sino que también denuncia los ilícitos por medio del Ministerio Público. Este fenómeno no solo es de los Estados latinoamericanos, sino que así funciona actualmente en casi todas partes. La persecución de los delitos de acción pública en principio pertenece en América Latina al Ministerio Público.¹³

Fernando Cruz e Ivannia Monge han indicado que “la gravedad y trascendencia de los bienes jurídicos que tutelan los tipos penales vinculados con la explotación sexual comercial 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 pública 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 aplican tales regímenes de la acción, son de mediana o escasa gravedad; sin embargo, cuando se trata de hechos criminales en los que existe la explotación sexual comercial de personas menores de edad, los mismos son 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 justificación alguna que legitime un régimen de acción privada o cuasi-privada.”¹⁴

3.2. Ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública dependientes de instancia privada

Esta forma de persecución de delitos es mucho más excepcional que cualquier otra en el proceso penal. Es taxativa y solo opera en los casos en que la ley deja la persecución del delito en manos de la víctima. Se trata de una acción pública pero requiere de instancia privada, es decir que para que se inicie la persecución penal se requiere que la víctima proceda a entablar la denuncia para que así el órgano acusador del Estado continúe con el procedimiento. Para que la acción se convierta en pública y pueda ser conocida por el órgano requirente, la víctima del delito necesariamente debe instar o denunciar. Opera en algunos delitos sexuales y, como luego veremos, se trata de un derecho que la víctima tiene por tratarse de hechos que lesionan su dignidad, y por ello solamente la persona afectada podrá decidir si moviliza el aparato estatal para que investigue. En muchos de los casos, la víctima, consciente de lo revictimizante que resulta ser el proceso penal, decide no denunciar. Pero cuando decide interponer la denuncia, remueve con ello el obstáculo procesal que impide al Ministerio Público conocer del delito, y a partir de ese momento este órgano es el titular de la acción penal. Sin embargo, la ley permite a la víctima o a su representante

revocar la instancia, lo cual consiste en eliminar la posibilidad de que se investigue el delito, y lo puede hacer en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio.¹⁵

En principio, la norma procesal de la revocatoria de la instancia no distingue entre una víctima menor o mayor de edad. La Sala Tercera de Casación Penal, mediante una interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Código de la Niñez y la Adolescencia, hace un análisis sobre el principio del interés superior del niño, y deja sin efecto la aplicación de la revocatoria de la instancia cuando la víctima del delito es una persona menor de edad. En el voto 1040 de 1999, la Sala interpretó que el artículo 119 del Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual prohíbe la deserción y el desistimiento en procesos que involucren el interés de una persona menor de edad, es aplicable también al instituto procesal de la revocatoria. Al respecto señaló: “(...) debe establecerse en primer término que los institutos de la deserción, el desistimiento y la revocatoria de instancia son de diversa índole, pues mientras los dos primeros son actuaciones u omisiones del actor (penal o civil), la tercera (la revocatoria de la instancia) corresponde a quien solamente ostenta la calidad de víctima en un asunto de acción pública perseguible a gestión privada, sin que ello le atribuya aquella condición (la de actor). De tal suerte que los sujetos a los que se refieren esas figuras técnicas son diversos y diverso también el papel que estos desempeñan. Sin embargo, más que a un criterio estructural de los referentes subjetivos de esas figuras y de las disposiciones que las contienen, debe estarse a una óptica funcional de su influencia efectiva en el proceso y su desempeño en resguardo de los intereses que ope legis o de discurso constitucional deben tutelarse. Con respecto a la normativa atinente a los menores, el Código de la Niñez y de la Adolescencia es elocuente en sus artículos 5 y 112 al establecer como “interés superior” la protección de aquellos y sus derechos. Constitucionalmente, obra como texto inexorable la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3, traído a colación por la recurrente, indica que “... una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño...” Por consiguiente la interpretación que en el caso que nos ocupa pueda hacerse de la regulación procesal penal, debe estar esencialmente encaminada a la protección del interés de los menores. Precisamente en esa dirección, se explica entonces que, conforme a la tendencia actual, el legislador haya provisto la materia de una disciplina especial que pretenda dar una cobertura particular a un quehacer social con rasgos diferentes, regulación ésta que, en tanto especial, se vuelve inmune y prevalente sobre la normativa genérica, aun cuando ésta fuere posterior. Esto es, la veda de deserción y desistimiento en cuestión de derechos de menores, se impone a la facultad general que en el ámbito de la persecución penal estipula el código procesal referido, lo cual impide su advenimiento en tales situaciones. En esas hipótesis, dada la desaparición del actor penal o el desvanecimiento en su papel promotor, deben asumir la tarea del impulso de la acción y la pretensión punitiva los órganos encargados de velar por aquellos, a saber, el Ministerio Público, el Patronato Nacional de la Infancia y la Procuraduría General de la República. Queda por último determinar si, a pesar de las diferencias estructurales aludidas, la revocatoria de la instancia opera funcionalmente como un desistimiento. Si las consecuencias de ambos actos son similares, dado que impiden la prosecución del proceso, no cabe duda que la protección



convencional y legislativa especial a tenor del pronunciamiento número 7115, de las 16:09 hrs del 6 de octubre de 1998, de la Sala Constitucional, ambas deben cubrir también la hipótesis de la revocatoria de la instancia. En cuanto a esta hay incluso mejores razones, porque mientras el desistimiento en delitos de acción pública no impide la ulterior persecución del acto, la revocatoria de la instancia lleva a un sobreseimiento que pone término a la causa; cosa que puede redundar en una mayor indefensión de un menor que ha sido víctima de presión o violencia (con más posibilidad originada en un miembro de su familia), visto que hecha la revocatoria, el asunto no se puede reabrir. Así las cosas, no cabe duda alguna que el amparo preferencial que el Estado costarricense debe deferir a los menores, según se infiere de los artículos 51 y 55 de la Carta Magna, como acertadamente refleja el fallo 3125, emitido por la Sala Constitucional a las 16 horas del 20 de octubre de 1992, al igual que el espíritu de la norma interpretativa del artículo 112 del Código de la Niñez, llevan a inferir que, derivando de la revocatoria de instancia prevista en el artículo 17 del Código Procesal Penal de 1996, los mismos efectos del desistimiento, e incluso más riesgoso (como se explicó), estando éste vedado en materia de procesos en que se tutelan los intereses de un menor, y siendo el desistimiento la variable contextual en cuestiones de acción pública perseguible a instancia privada, la revocatoria de instancia no es viable en procesos en que se trate de salvaguardar los derechos de un menor o se pretenda constatar hechos eventualmente cometidos en su detrimento. Ante ello no es aceptable reclamar que será un trato discriminatorio hacia el justiciable, ya que como lo dijo la primera resolución constitucional referida: "El legislador optó por no otorgar un trato igual a los autores de los delitos cometidos contra menores de edad."¹⁶

Esta es una de las primeras resoluciones en donde la Sala analiza la normativa internacional que salvaguarda los derechos de la infancia y adolescencia, y resuelve en consonancia con los mismos. Sin embargo, posteriormente modifica en forma parcial su criterio, y dispone que una víctima mayor de 15 años sí puede revocar la instancia, y para ello se debe analizar cada caso en concreto, para determinar su procedencia. Esta vez se fundamenta en el artículo 112 convencional que establece que debe darse al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, teniéndose en cuenta su opinión. Se suma al análisis el artículo 108 del Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual legitima a la persona mayor de quince años de edad para actuar como parte de todo proceso donde figure como víctima, además del consabido cambio que trajo la Ley de Justicia Penal Juvenil, que tiene a una persona mayor de doce como titular del derecho penal; por lo que no se le podría negar el derecho a dejar sin efecto la instancia privada, aún cuando no haya sido ella la persona denunciante.¹⁷

El fallo Constitucional 7115 que se menciona en el voto 1049 de la Sala Tercera citado supra, nuevamente en consonancia con los postulados de la Convención, ante una consulta sobre la constitucionalidad del artículo 155 del Código de la Niñez y Adolescencia, que prohíbe la mediación y la conciliación en los casos que puedan constituir delito y las víctimas sean personas menores de edad, se pronunció a favor de la normativa señalando que "esa disposición en modo

alguno viola el principio de igualdad constitucional, pues el legislador ha decidido no establecer la conciliación para los casos en que los menores sean víctimas de un delito, forma en que el Estado costarricense estima cumple con su obligación de brindar una especial protección a los menores, según lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño, como en el artículo 51 de la Constitución Política."¹⁸

3.3. Delitos Sexuales que son de acción pública perseguibles a instancia privada

La ley procesal penal vigente en Costa Rica¹⁹ establece como delitos de acción pública perseguibles solo a instancia privada las relaciones sexuales consentidas con una persona mayor de doce años y menor de quince, el contagio de enfermedad y la violación. En este último caso, cuando la persona ofendida sea mayor de quince años y no se halle privada de razón o esté incapacitada para resistir. Asimismo, las agresiones sexuales, siempre que no sean agravadas ni calificadas.

En el primero de los casos, se trata del delito de relaciones sexuales con personas menores de edad, que sanciona a quien aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, mayor de doce años y menor de quince. Estos son los llamados abusos sexuales por vicio de consentimiento, en donde no obstante la víctima consciente el acto, este no es un consentimiento que el ordenamiento jurídico costarricense considere plenamente válido, ya que no se le reconoce a las personas menores de quince años autonomía y disponibilidad plenas sobre su sexualidad. De acuerdo con los autores Orts Berenguer y Suarez-Mira Rodríguez²⁰, esta forma de abuso sexual solo puede darse a partir de la existencia de un presupuesto obvio: una relación desnivelada entre autor y sujeto pasivo, que otorga al primero una superioridad sobre el segundo; una superioridad de naturaleza y entidad bastantes como para representar una predominancia, una ventaja apta para influir de manera intensa en la decisión adoptada por este último. La corta edad de la víctima, y su desarrollo psico-sexual en proceso, la hace vulnerable ante la superioridad de edad del victimario.

Esta norma antecede la Convención sobre los Derechos del Niño y por ello, tal y como fue concebida, no brinda una verdadera protección a las personas menores de quince años de edad; sobre todo cuando su persecución penal queda al arbitrio de la víctima o sus representantes, como luego se verá -cuando se analice el tema relativo a la denuncia-, lo que constituye en mi criterio un contrasentido, por cuanto el ordenamiento jurídico no le reconoce disponibilidad plena sobre su sexualidad, precisamente por su falta de madurez sexual, pero al ser abusada, le permite decidir denunciar o no el hecho delictivo. Pareciera que la protección se desdibuja en cuanto a quién debe ser sujeto de ella, ya que en la comisión de esta delincuencia, el abusador, seguro de lo que busca, invierte tiempo para ganar el afecto, el cariño y hasta el amor de la víctima, quien todo lo da, siendo la constante en la práctica jurídica que la víctima, por esas razones, decida no denunciar, sellando de esta forma la impunidad del abusador, quien siempre actuó con la ventaja consabida que le brinda la situación de superioridad por su edad y experiencia.



En cuanto al delito de violación, el ejercicio de la acción penal es pública solo si la víctima es menor de quince años o si, siendo mayor de quince años, se encuentra incapacitada para resistir o está privada de razón. Se entiende que la víctima está incapacitada para resistir, de acuerdo con Carlos Creus²¹, cuando no puede oponerse materialmente a que el agente acceda a ella carnalmente, por cualquier causa. La hipótesis requiere, por tanto, que la víctima no se encuentre privada de la posibilidad de comprender lo que el acto significa y que se halle en cualquier situación en que carezca en absoluto de la posibilidad de llevar a cabo movimientos de resistencia, porque su propia condición se lo impida (caso del paralítico), o porque se ve en condiciones materiales que han producido ese efecto (estar atada). Y está privada de razón cuando carece de la capacidad necesaria para comprender el significado del acceso carnal. Se ha indicado que la víctima debe estar en condiciones parecidas a las de los sujetos que se puedan catalogar como inimputables, es decir, encontrarse ante la imposibilidad de formular “un juicio práctico sobre el acto”.

Finalmente, también es de acción pública, pero perseguible a instancia privada, el delito de agresiones sexuales, siempre que no sean agravadas ni calificadas. Según Javier Llobet, por agresiones sexuales se entiende los supuestos de abusos deshonestos del Código Penal del año 1970²², que con la reforma que se dio mediante la Ley 7899 de 1999, corresponde a los delitos de abusos sexuales contra personas menores de edad, y abusos sexuales contra personas mayores de edad. El derecho penal español define las agresiones sexuales como atentados contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación. De ese modo, la agresión sexual requiere explícitamente dos elementos: en primer lugar una acción lúbrica, y en segundo lugar, que la misma sea realizada con violencia o intimidación. A estos dos, se les une un tercero, implícito en los tipos de agresiones: la ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo.²³

Siguiendo la lógica del legislador, y en consonancia con los instrumentos internacionales que protegen los derechos de las personas menores de edad, y por tratarse de flagrantes violaciones de los derechos humanos de las víctimas, todos los demás tipos penales contemplados en el Código Penal²⁴, -relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad, corrupción, proxenetismo, trata de personas, fabricación o producción de pornografía, y difusión de pornografía-, todos referentes a la explotación sexual comercial, son delitos de acción pública. En El Salvador y en Panamá, se promulgaron leyes contra la explotación sexual de las personas menores de edad en el 2003 y 2004 respectivamente, y la persecución penal también está en manos del Estado.

4. La Denuncia. Concepto

Clariá Olmedo define la denuncia como “la transmisión de conocimiento por la cual un particular comunica formalmente a la autoridad la existencia de un hecho delictivo que da lugar a la acción penal promovible por el Ministerio Fiscal. Consiste sustancialmente en un anociamiento acerca de la comisión de un delito. Desde el punto de vista formal, es el acto cumplido por el denunciante ante el órgano público predisposto para recibirla, regulado por las normas procesales

penales, por el cual dicho órgano público toma conocimiento de la comisión de un hecho delictivo que le permite comenzar las averiguaciones tendientes a descubrir la verdad acerca de ese hecho y de los posibles responsables.”²⁵

4.1. La denuncia en los delitos sexuales

4.1.a. ¿Dónde se puede denunciar?

La ley procesal penal²⁶ determina que quienes tengan noticia de un delito de acción pública podrán denunciarlo al Ministerio Público, a un tribunal con competencia penal, o a la Policía Judicial, exceptuando el caso en el cual el ejercicio de la acción penal depende de instancia privada. En estos casos -como vimos- solamente la víctima o su representante legal están facultados legalmente para decidir si se denuncia o no. A los terceros les está vedada por ley esta posibilidad.

Existe la mala praxis adoptada por organizaciones internacionales que trabajan en favor de los niños, niñas y adolescentes, en constituirse en órganos receptores de denuncias, facultad que le compete únicamente a los órganos estatales determinados legalmente para ese efecto.

4.1.b. ¿Quiénes pueden denunciar?

Toda persona víctima de maltrato sexual, siempre que este último configure un delito, puede denunciar el hecho. Asimismo, puede denunciarlo toda persona que tuviere noticias de que el hecho se ha cometido, siempre que se tratare de un delito perseguible de oficio, o sea de acción pública.²⁷ En estos casos, basta la *notitia criminis* para estimular la actividad persecutoria estatal.

De acuerdo con la ley procesal penal, es delito de acción pública -en el ámbito de los delitos sexuales- la violación, siempre que la víctima sea menor de quince años, o cuando la víctima es mayor de quince años pero se encuentre incapacitada para resistir el ataque sexual, o esté privada de razón. En cuanto a los delitos de explotación sexual comercial, el proxenetismo, la producción de pornografía, la trata de personas, las relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad, la corrupción, y la difusión de pornografía, por tratarse en la mayoría de los casos de criminalidad organizada, el ejercicio de la acción penal es pública, y tal como ocurre en los delitos de narcotráfico o robo de vehículos, la denuncia puede ser confidencial o anónima.

La Sala Tercera, mediante la resolución 2002-0044, ha indicado que la denuncia como acto inicial del procedimiento, constituye el medio a través del cual las autoridades encargadas de la persecución penal adquieren conocimiento acerca de la posible existencia de un hecho ilícito. Al respecto manifestó que: “(...) varias veces hemos insistido en considerar a la denuncia como un acto de imputación. Esta es la nota que la caracteriza efectivamente, en cuanto a su manifestación con eficacia procesal. Sin embargo, no se puede desconocer que simultáneamente y durante el desenvolvimiento del proceso, la denuncia desempeña la función de fuente de prueba (...con un sentido general, se afirma que es todo lo que suministra referencias para orientar la investigación, pudiendo ser o no un medio de prueba...)”.



Esto ocurre en atención a las indicaciones que la denuncia puede contener en cuanto a los partícipes y damnificados, y a los elementos de corroboración del hecho relatado y de sus consecuencias, además de las diversas circunstancias de uno y otras. Además, es respecto de este relato fáctico que debe orientarse la búsqueda de los medios de prueba. Por ejemplo, el lugar indicado en la denuncia determinará el inmediato cumplimiento de una inspección, requisita y recolección de los elementos probatorios que allí se encontraren. Esos elementos, unidos a las circunstancias temporales y modales consignadas en la denuncia, permitirán orientar la investigación con rumbo más decidido y seguro para el descubrimiento de la verdad.²⁸ En razón del anterior aserto, la denuncia debe contener un mínimo de elementos, a saber: la relación circunstanciada del suceso, con indicación de autores y partícipes, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y calificación legal (artículo 280 del Código Procesal Penal). Es claro que en ocasiones eso no es factible, sobre todo cuando el aviso de una eventual infracción censurable la realizan funcionarios obligados a denunciar, a pesar de carecer de suficientes datos, o bien, cuando se incita la acción policial a través de denuncias anónimas o confidenciales, que requieren un proceso investigativo idóneo para corroborar el carácter fidedigno de la información.²⁹ En los casos de explotación sexual comercial, la constante ha sido que las personas que tienen conocimiento de estos hechos delictivos optan por interponer las denuncias en forma anónima o confidencial, movidos generalmente por el temor a futuras represalias.

Cuando el ejercicio de la acción penal pública requiera instancia privada, el Ministerio Público sólo la ejercerá una vez que formule denuncia, ante autoridad competente, el ofendido mayor de quince años o, si es menor de esa edad, en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador. Esta limitación procesal parece quedar sin efecto a partir de la promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia, ya que como ley especial, prevalece sobre la general, y esta normativa en el capítulo referente a los derechos para acceder a la justicia por parte de las personas menores de edad, no establece restricciones, y más bien les garantiza el derecho a denunciar una acción cometida en su perjuicio y a ejercer por medio del representante del Ministerio Público las acciones civiles correspondientes.³⁰ Significa que no existe una limitación jurídica para que una persona menor de edad interponga una denuncia. Sin embargo, en la práctica, en consonancia con los postulados del Código de la Niñez y la Adolescencia y la Ley de Justicia Penal Juvenil, que establece responsabilidad penal a las personas mayores de doce años, se ha tomado como base esa edad para considerar como válida su denuncia, ya que si a partir de los doce años se es responsable penalmente, también a esa edad se le puede considerar capaz de denunciar un hecho ocurrido en su perjuicio.

Cuando se tenga noticia de un delito de acción pública perseguible a instancia privada, antes de que se interponga la denuncia formalmente, o sea antes de la instancia, el Fiscal o la Policía Judicial pueden y deben realizar los actos urgentes que les permitan impedir que continúe el hecho delictivo, o bien aquellos actos imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que no se afecte la protección del interés de la víctima. La instancia puede subsanarse posteriormente,

cuando la víctima se presente a ratificar la denuncia hasta antes de finalizar la audiencia preliminar. Reviste especial importancia el pronunciamiento de la Sala Constitucional, en el sentido de que no constituye violación al debido proceso iniciar el proceso penal de oficio sin que se haya dado la respectiva instancia privada que prevé la ley, tratándose de delitos de acción pública perseguibles solo a instancia privada por parte de la persona ofendida o sus representantes.³¹

El Ministerio Público está facultado para ejercer directamente la acción cuando el delito se haya cometido contra una persona discapacitada, o una persona menor de edad que no tenga representación, o cuando lo haya realizado uno de los parientes hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad, el representante legal o el guardador.

4.1.c. ¿Existe obligación de denunciar?

De acuerdo con la normativa vigente, el ciudadano común no está obligado a denunciar los hechos de abuso infantil y adolescente en cualquiera de sus modalidades, de los cuales hubiere tenido conocimiento; sin embargo, el Código de la Niñez y la Adolescencia impone a los directores y al personal encargado de los centros de salud, públicos o privados, donde se brinde atención a personas menores de edad, la obligación de denunciar ante el Ministerio Público cuando tengan sospecha razonable de maltrato o abuso cometido contra ellas. Igual obligación se impone a las autoridades y al personal de centros educativos, guarderías o cualquier otro sitio en donde permanezcan, se atienda o se preste algún servicio a niñas, niños o adolescentes.³²

La sospecha puede darse por la presencia de indicadores de abuso sexual infantil. Uno de ellos la presencia de conductas sexualizadas no apropiadas para la persona menor de edad, como tocamientos en las partes públicas por parte de uno(a) niño(a) hacia otro(a), hacerle tocar por otros(as) niños(as) en las partes íntimas, dibujos de personas teniendo sexo, vocabulario sexualizado, la no asistencia a clases, o la deserción escolar. Estos dos últimos están presentes sobre todo en los hechos de explotación sexual.

El Código Procesal Penal implanta la obligatoriedad de denunciar los delitos perseguibles de oficio, para los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones, a los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier ramo del arte de curar, que conozcan esos hechos al prestar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté protegido por la ley bajo el amparo del secreto profesional.³³ Sin embargo, por otra parte, el mismo cuerpo legal³⁴ establece para estas personas el deber de abstención de declarar sobre los hechos que hayan llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, a los ministros religiosos, abogados y notarios, médicos, psicólogos, farmacéuticos, enfermeras y demás auxiliares de las ciencias médicas, así como a los funcionarios públicos sobre secretos de Estado. Se les faculta a declarar solo en los casos en que la parte interesada los libere del deber de guardar secreto, salvo el caso de los ministros religiosos.

Al respecto, Grosman y Mesterman señalan que "(...) de acuerdo con las normas procesales vigentes, el médico y



demás personas que profesan cualquier rama en el arte de curar tienen la obligación de denunciar el acontecimiento en el cual hubiesen prestado los socorros de su profesión. Empero, al mismo tiempo, no están obligados a hacerlo si hubieren tomado conocimiento del delito por revelaciones que les fueron hechas bajo el secreto profesional(...). Según nuestro criterio, al profesional que denuncia hechos constitutivos de un delito contra el menor, no se le puede acusar de haber violado el secreto profesional, porque lo ha hecho en virtud de una justa causa, es decir, en el ejercicio de un deber. El médico, por ejemplo, ha actuado en defensa de la persona del niño, frente a una agresión ilegítima, con la finalidad de evitar la repetición del hecho dañoso. La ley y la justicia, ante dos bienes jurídicamente protegidos -la integridad o vida del menor y el secreto que deber ser guardado- tendrá que pronunciarse por la tutela de la persona menor, siempre salvaguardando el interés superior del niño. La justa causa en esta situación implica un verdadero estado de necesidad que legitima la revelación para evitar un mal mayor. Es decir que aquí el médico "debe hablar", o sea que la revelación del hecho obedece a una razón valedera. Definir, pues, si existe o no justa causa depende del bien jurídico que se prioriza teniendo en cuenta la jerarquía de los valores plasmados en el orden jurídico. En la doctrina se ha sostenido que entre dos derechos, el derecho a la intimidad y el derecho a la vida, debe prevalecer este último." ³⁵

La Sala Tercera ha señalado al respecto, que:"(...) no es lo mismo conocer de los hechos en razón de su cargo y fuera de un proceso (como por ejemplo, funcionarias del Patronato Nacional de la Infancia o como trabajadoras sociales),

que conocer de los hechos por orden de juez cuando se ha ordenado una pericia médica o psicológica o en el curso de una investigación policial. En esos casos la espontaneidad de la declaración desaparece. Se trata de funcionarios que según el artículo 281 inciso a) del Código Procesal Penal tienen la obligación de denunciar, pues son hechos delictivos que conocen en ejercicio de sus funciones. Sería ilógico que la ley les imponga la obligación de denunciar si una ofendida les narra un hecho delictivo del cual fue víctima, y luego su testimonio no pueda ser tomado en cuenta cuando en juicio y en su condición de testigo, declara lo que la misma ofendida les narró espontáneamente(...) Cuando se trata de educadores, trabajadores sociales y psicólogos que conocen del hecho en virtud de laborar en una escuela o en un hospital al que acude una víctima de un delito sexual, por ejemplo, ellos pueden válidamente declarar en juicio aquello que en forma espontánea y voluntaria les haya narrado la víctima y sus familiares, con la posibilidad de que se tome en consideración para sustentar una sentencia, incluso condenatoria(...)." ³⁶

Estas normas procesales obviamente se contraponen la una a la otra, ya que por un lado se establece el deber de denuncia, y por otro se les niega el derecho de declarar sobre los hechos que conozcan en razón de su cargo u oficio. Pareciera, nuevamente ante el choque de las normas, y en razón del interés superior de la persona menor de edad, que las autoridades judiciales deben atenerse a lo dispuesto por la normativa de niñez y adolescencia, que impone el deber de denunciar cuando estas personas tengan noticia de un hecho delictivo cuya víctima es una persona menor de edad.

BIBLIOGRAFÍA

CLARIA OLMEDO (Jorge). Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomos 2 y 4. Ediar S.A. Editores, Córdoba, 1961.

CLARIA OLMEDO, (Jorge). El proceso penal. Su génesis y primeras críticas jurisdiccionales, 2da edición actualizada por el Dr. Pedro Bertolino. Depalma, Buenos Aires, 1994.

CREUS (Carlos). Derecho Penal, Parte Especial. Tomo 1. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.

CRUZ (Fernando) y MONGE (Ivannia), Explotación Sexual Comercial, Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales. San José, OIT-IPEC, 2004.

GARCIA MENDEZ (Emilio) y CARRANZA LUCERO (Elías). De la minoridad a la infancia-adolescencia; bases para una historia latinoamericana. Infancia, adolescencia, y control social en América Latina, Buenos Aires, Depalma, 1990.

GROSMAN (Cecilia) y MESTERMAN (Silvia). Maltrato al menor: el lado oculto de la escena familiar. Segunda Edición actualizada y ampliada, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.

LLOBET (Javier). Código Procesal Penal comentado. Imprenta y Litografía Mundo Creativo, 1era. edición, San José, 1998.

LUZÓN PEÑA, (Diego-Manuel). Curso de Derecho Penal. Tomo 1. Editorial Hispamer, Bogota, **ODERIGO (Mario).** Derecho Procesal Penal. Tomo 1. Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952.

ORTS BERENGUER (Enrique) y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Carlos). Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

SALAS BETETA (Christian). La Acción Penal (En línea). Disponible en: <http://www.ofdnews.com/comentarios/11950120c43>

SORENSEN (Bente) y CLARAMUNT (María Cecilia). Explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana, "Síntesis Regional", OIT, IPEC, 2003.

TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). La posición jurídica del ofendido en el derecho procesal penal latinoamericano. Ponencia para el Seminario de Derecho Procesal Penal Comparado, celebrado en Rottach-Egern, Alemania en mayo de 1989.

VÉLEZ MARICONDE (Alfredo). Derecho Procesal Penal. Tomos 1 y 2. Editora Córdoba, España, 1982.

Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1993.

Convención sobre los Derechos del Niño. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.

Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo.

Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de los Niños. Naciones Unidas. 1989.



Código de la Niñez y de la Adolescencia de la República de Costa Rica. Ley N° 7739 de 6 de febrero de 1998.

Código Penal, Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970.

Código Procesal Penal de la República de Costa Rica. Ley 7594 de 1996.

Plan Nacional contra la Explotación Sexual Comercial del Gobierno de Costa Rica.

Voto 1040 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las diez horas con treinta minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

Voto 1079 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las nueve horas y veinticinco minutos de nueve de noviembre de dos mil uno.

Voto 0044 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a las 8 horas del 4 de febrero del año dos mil dos.

Voto 0122 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a las nueve horas quince minutos del 4 de febrero del dos mil.

Voto 2002-0044 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las 8 horas del 4 de febrero de 2002.

Voto 7115 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las dieciséis horas con nueve minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

¹ De acuerdo con el tratadista Emilio García Méndez, este instrumento internacional introduce explícitamente la obligatoriedad del respeto a todos los principios jurídicos básicos, totalmente ausentes en las legislaciones minoristas latinoamericanas basadas en la doctrina de la situación irregular. Del menor como objeto de represión-compasión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la frase que mejor sintetiza la profundidad del nuevo paradigma. Ver GARCÍA MENDEZ (Emilio) y CARRANZA LUCERO (Elías), *De la minoridad a la infancia-adolescencia; bases para una historia latinoamericana. Infancia, adolescencia, y control social en América Latina*, Buenos Aires, Depalma, 1990.

² Ver Convención sobre los Derechos del Niño Art. 34: "Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: 1) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; 2) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; 3) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos."

³ El art.3 del Protocolo Facultativo de la CDN establece que: "Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, se prohíban y queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente".

⁴ El Convenio 182 del Organismo Internacional del Trabajo sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, en su artículo número 3 contempla como una de las peores formas de trabajo infantil: "la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas", y por su parte el artículo 7 del mismo instrumento jurídico establece la obligatoriedad de los Estados Partes de sancionar penalmente la ESC.

⁵ Dentro de ellos se destacan la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley N° 7184 de 18 de julio de 1990), la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (Ley N° 7648 de 9 de diciembre de 1996) la Ley General de Protección de la Madre Adolescente (Ley N° 7735 de 19 de diciembre de 1997), el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 7739 de 6 de enero de 1998), y más recientemente la Ley N° 7899 de 3 de agosto de 1999 contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, así como la ratificación del Convenio Internacional N° 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación (Ley N° 8122 de 17 de agosto del 2001). Ver Plan Nacional contra la Explotación Sexual Comercial del Gobierno de Costa Rica.

⁶ Idem.

⁷ ODERIGO (Mario). **Derecho Procesal Penal**. Tomo 1. Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952, págs. 170 y 173.

⁸ Este aspecto es avalado por Vélez Mariconde cuando manifiesta que la acción penal no implica siempre pedir la condena del imputado, sino que consiste en deducir la pretensión jurídica de una de las partes. Ver VÉLEZ MARICONDE (Alfredo). **Derecho Procesal Penal**. Tomo 1. Editora Córdoba, España, 1982. pág 258.

⁹ SALAS BETETA. (Christian). **La Acción Penal**. Pág. 2 (En línea) Disponible en: http://www.ofdnews.com/comentarios/1195_0_1_20_c43

¹⁰ Vélez Mariconde, op. cit., tomo I, pág. 273.

¹¹ Salas Beteta, op. cit., págs. 4 y 5.

¹² Vélez Mariconde sobre este aspecto es claro al manifestar que la simple publicidad del hecho por otros medios no es suficiente para que la justicia penal actúe, pues se requiere que el ofendido manifieste su voluntad al formular la instancia requerida. Ver Vélez Mariconde, op. cit, Tomo 2, pág. 263.

¹³ TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **La posición jurídica del ofendido en el derecho procesal penal latinoamericano**. Ponencia para el Seminario de Derecho Procesal Penal Comparado, celebrado en Rottach-Egern, Alemania en mayo de 1989, pág 3.

¹⁴ CRUZ (Fernando) y MONGE (Ivannia). **Explotación Sexual Comercial, Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales**. San José, OIT-IPEC, 2004, pág 56.

¹⁵ "La revocatoria de la instancia privada tiene como efecto la extinción de la acción penal. La posibilidad de revocar la instancia privada supone una innovación importante con respecto al código de 1973, que no la permitía. Se trata de una norma que se enmarca dentro de la tendencia a otorgarle una mayor participación a la víctima dentro del proceso penal". Ver LLOBET (Javier). **Código Procesal Penal comentado**. Imprenta y Litografía Mundo Creativo, 1era edición, San José, 1998, págs. 141 -144.

¹⁶ Voto 1040 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las diez horas con treinta minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

¹⁷ Ver voto 1079 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las nueve horas y veinticinco minutos de nueve de noviembre de dos mil uno.

¹⁸ Voto 7115 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las dieciséis horas con nueve minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y ocho. El mismo hace referencia al voto 3125 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las dieciséis horas del veinte de octubre de mil novecientos noventa y dos, el cual señala que "los principios señalados en los artículos 51 y 55 de la Constitución Política y 3, 4, 6, 18, 19, 24 y 27 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Ley 7184 de 18 de julio de 1990, en orden a declarar la obligación del Estado de otorgar especial protección al niño para su bienestar, apuntan todos ellos en una misma dirección y le dan la especial connotación de ser materia de interés público, en tanto en el niño como ser humano, como en la educación, preparación, desarrollo, contenido y conformación de los valores morales y espirituales con los que se les dote o inculquen, descansa el futuro de la nación costarricense. Por ello cuando la Constitución Política habla de la "protección especial" que el Estado debe otorgar al niño (arts. 51 y 55), alude a que corresponde a los poderes públicos velar por que se haga efectiva esa garantía, tomando todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas y compartiendo con los padres alcanzar la plenitud de esos propósitos, en la medida que corresponde a éstos dirigir la satisfacción de las necesidades materiales, así como orientar y promover su desarrollo espiritual y en general, todo lo que concurra a la determinación y formación de la personalidad del niño, a fin que pueda incorporarse beneficiosamente a la sociedad."

¹⁹ Ver artículo 18 del Código Procesal Penal.

²⁰ ORTS BERENGUER (Enrique), SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, (Carlos), _ Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

²¹ CREUS (Carlos). **Derecho Penal, Parte Especial**. Tomo 1. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, pág.191.

²² Art. 161CP. Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que sin tener acceso carnal abuse deshonestamente de una persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 156 (menor de doce años, cuando la persona ofendida se halle privada de razón o esté incapacitada para resistir; y cuando se use la violencia corporal o intimidación.

²³ Orts Berenguer y Suárez-Mira Rodríguez, op cit. p. 39



- ²⁴ El art. 160 del Código Penal (relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad), sanciona a 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. El art. 172 Código Penal (trata de personas) señala: "Quien promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país de personas de cualquier sexo, que ejerzan la prostitución o para mantenerlas en servidumbre sexual o laboral, será sancionado con pena de prisión de tres a seis años. El art. 173 del Código Penal (fabricación o producción de pornografía) establece: "Quien fabrique o produzca material pornográfico, utilizando a personas menores de edad o su imagen, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años. Asimismo castiga con prisión de uno a cuatro años, quien comercie, transporte o ingrese en el país ese tipo de material con fines comerciales.
- ²⁵ CLARIA OLMEDO, (Jorge). El proceso penal. Su génesis y primeras críticas jurisdiccionales, 2da edición actualizada por el Dr. Pedro Bertolino. Depalma, Buenos Aires, 1994, pag.432.
- ²⁶ Artículo 278 Código Procesal Penal: "Quienes tengan noticia de un delito de acción pública podrán denunciarlo al Ministerio Público, a un tribunal con competencia penal, o a la Policía Judicial, salvo que la acción dependa de instancia privada. En este último caso, sólo podrá denunciar quien tenga facultad de instar, de conformidad con este código. El tribunal que reciba una denuncia la pondrá inmediatamente en conocimiento del Ministerio Público."
- ²⁷ GROSMAN (Cecilia) y MESTERMAN (Silvia). **Maltrato al menor: el lado oculto de la escena familiar**. Segunda Edición actualizada y ampliada, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, págs. 105, 106.
- ²⁸ CLARIA OLMEDO, (Jorge). **El proceso penal. Su génesis y primeras críticas jurisdiccionales**, 2da edición actualizada por el Dr. Pedro Bertolino. Depalma, Buenos Aires, 1994, págs. 84 y 85.
- ²⁹ Ver resolución número 2002-0044 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a las 8 horas del 4 de febrero del año dos mil dos.
- ³⁰ Ver artículo 104 del Código de la Niñez y la Adolescencia.
- ³¹ Ver voto 2618 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las 15:24 horas del 23 de mayo de mil novecientos noventa y cinco: "(...) en cuanto al primer motivo de revisión, la Sala considera que no existe violación al debido proceso si, iniciado un proceso de oficio sin la instancia privada que prevé la ley, posteriormente se produce esa instancia por parte de la persona ofendida, y que, como se trata de un privilegio de ejercicio exclusivo del ofendido o de sus representantes legales, conforme el artículo 6 del Código de Procedimientos Penales, el acusado carece de interés y legitimación para oponerse a la instrucción iniciada de oficio por el Ministerio Público o para pretender la revisión de la sentencia con fundamento en la violación de las garantías constitucionales, ya que dicho privilegio sólo puede ser reclamado por el ofendido, no por el encartado dentro del proceso penal(...)" .
- ³² Ver artículo 49 del Código de la Niñez y la Adolescencia.
- ³³ Ver artículo 281 Código Procesal Penal.
- ³⁴ Ver artículo 206 del Código Procesal Penal.
- ³⁵ Grosman-Mesterman, op. cit, págs. 111 y 112.
- ³⁶ Voto 0122 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a las nueve horas quince minutos del 4 de febrero del dos mil.

“Las penas a imponer a quienes cometen delitos relativos a la explotación sexual comercial infantil, deben ser graves, pues se vulnera uno de los bienes jurídicos más importantes de las niñas, niños y adolescentes: el libre desarrollo de la personalidad. Pero deben ser lo suficientemente racionales y proporcionales (...). Esto, que no suele ser tomado en cuenta, debe traducirse en sancionar más gravemente a quien ha tenido injerencia en el bien jurídico protegido, pero también al contrario, es decir, imponer penas bajas en aquellos casos donde el bien jurídico ha sido apenas puesto en peligro.”

Tomado de INACIPE, STPS, OIT/IPEC. "Estudio jurídico-penal relativo a la explotación sexual comercial infantil. Bases para su unificación legislativa en México", OIT, 2004, p. 45



La explotación sexual comercial como crimen organizado y su dimensión transnacional

Vilma Guadalupe Portillo *

1. Introducción

El presente artículo no pretende plantear una teoría jurídica respecto del tema en estudio, pero sí pretende hacer algunos aportes importantes a las teorías y razonamientos ya desarrollados sobre la problemática de crimen organizado transnacional, evidenciando la necesidad de hacer un abordaje jurídico más profundo, sobre todo cuando hablamos de que el fin de esta actividad delictiva es explotar y comerciar con seres humanos para obtener un enriquecimiento.

Por causa de muchas justificaciones, mitos o prejuicios se ha llegado a invisibilizar el hecho de que la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes es un delito que debe ser sancionado. Esta es una realidad que bajo ningún pretexto se debe justificar, por ser una violación a los derechos humanos de las víctimas. Es necesario entonces profundizar en las causas que hacen posible su surgimiento, las condiciones que hacen posible su existencia, así como en el hecho de que existen situaciones que enmascaran las diferentes formas en que se expresa el fenómeno en la actualidad.

2. Justificación

Cuando se revisan los estudios sobre el crimen organizado transnacional, se evidencia que existe una serie de razonamientos importantes al respecto; sin embargo, aún persiste un vacío en el trabajo y focalización ante la grave violación de los derechos humanos de las personas, sobre todo cuando estas son objetos de comercio y cuando su utilización genera lucro y ganancias económicas a un grupo de personas.

Existe un reto importante, y es la construcción de una respuesta jurídica que retome aspectos socioculturales que permitan un abordaje de la problemática de la explotación sexual comercial de personas menores de 18 años de edad, desde un enfoque basado en el respeto de los derechos humanos, desde la perspectiva de la víctima y potenciándolo de una manera integral y no marginal.

Se trata de promover que se utilicen además todos los esfuerzos posibles para su investigación, su comprensión, su combate y sobre todo para el rescate y la recuperación de las víctimas.

Cuando hablamos de niños, niñas y adolescentes utilizados para ser vendidos con fines sexuales y enfocamos los estudios como si esto fuera similar al lavado de dinero, o a la venta de armas, nos resulta preocupante ver que se invierta más en la persecución de delitos contra el patrimonio, y haya tan poco interés en la persecución de delitos contra la niñez y adolescencia, a pesar de lo grave de la situación actual a nivel mundial.

La pornografía infantil es un ejemplo claro de la dimensión, alcance y magnitud del problema al cual nos enfrentamos. Las redes de crimen organizado cuentan con equipos y tecnología de punta para su elaboración y ofrecimiento al mercado, como si se tratase de actividades productivas, beneficiosas e incluso legales.

Es difícil desarrollar el tema, en virtud de la poca relación establecida con la violación de los derechos humanos de las víctimas y las consecuencias de ello en sus vidas. Es complejo pasar del crimen organizado transnacional -que comercia con objetos o con sustancias- a entender el comercio de seres humanos en sus diversas dimensiones, a pesar de ser tan antigua la explotación de la prostitución ajena y de haber estado siempre vinculada al tráfico de armas, drogas, evasión de impuestos, entre otras. Siempre se ha dado prioridad a la persecución de estas últimas ante el comercio de seres humanos. Al retomar el famoso caso de Al Capone, quien al final de todo un proceso de investigación es sancionado por haber cometido delitos de carácter fiscal y no por la explotación de mujeres para la prostitución, se pone en evidencia la necesidad de no abordar solamente el aspecto criminal, sino la incorporación a este análisis de la problemática de los derechos humanos y su vigencia, así como los aspectos de la oferta y la demanda en el comercio sexual; en este caso que nos ocupa, de la niñez y adolescencia.

Es importante visualizar que el crimen organizado transnacional, a través de diversas definiciones, ha sido concebido como ese accionar mediante el cual se buscan beneficios económicos por medio del tráfico de drogas, armas, lavado de dinero, etc. Poco a poco se observa cómo, cada día, el comercio de personas se ha posicionado como la tercera actividad ilícita más lucrativa, y sin embargo se sigue analizando de una manera fría, enfatizando solamente el hecho de ser un delito, un crimen, sin dimensionar las implicaciones que esto tiene en la protección de los derechos humanos de las personas víctimas de la explotación sexual comercial.

Llama la atención, por ejemplo, cómo la explotación de la prostitución convertida en una institución social, ha sido aceptada, tolerada, promovida, justificada, y ha sido abordada desde aspectos meramente morales, aún siendo una manifestación del crimen organizado, la cual ha tenido la posibilidad de persistir por siglos, habiendo evolucionado de ser una actividad desarrollada por un individuo, a lo que es hoy un negocio altamente lucrativo, organizado y criminal. Esta permisibilidad social nos tiene ante un escenario espeluznante de explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes, el cual es llevado a cabo de diversas formas, desde una acción delictiva individual, hasta aquella de gran organización, que cuenta con todos los recursos humanos, materiales y tecnológicos para ser cometida.

* Especialista de OIT-IPEC El Salvador para el tema de eliminación de la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes.



3. Algunas consideraciones previas

Para entender el crimen organizado transnacional es necesario definirlo. Hoy en día diversos académicos han tratado de hacerlo partiendo de su realidad social, siendo una tarea bastante difícil. Los documentos consultados son variados, y en ellos se aclara la complejidad en el abordaje del problema. El contar con una definición de crimen organizado transnacional implica un esfuerzo al analizar sus diversas manifestaciones e identificar sus elementos constitutivos para lograr una acertada definición, lo más cercana a la realidad y a sus consecuencias.

En la actualidad se observa un incremento de la criminalidad, que opera de una manera sofisticada y que se caracteriza por contar con una serie de recursos humanos, materiales, tecnológicos y sobre todo legales, como respaldo para su fortalecimiento. Podría decirse que su definición ha ido cambiando de acuerdo con las características de estructuración, utilización de recursos, fines y movilidad que tiene este fenómeno nacional y luego transnacional.

El crimen organizado se puede definir¹ como la participación de dos o más personas para el acometimiento de un propósito único y garantizar su continuidad para desarrollar una o más actividades de carácter delictivo.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, establece en su artículo 1, como propósito de la misma, la promoción de la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional. En su artículo 2, establece una serie de definiciones importantes indicando que "grupo delictivo organizado"² es un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Si se observan los esfuerzos de definición de esta problemática, se van incorporando cada vez elementos nuevos que surgen de la realidad misma de estas organizaciones, es decir que se va observando la evolución del crimen organizado a crimen organizado transnacional.

Carlos Resa Nestares³ expone la naturaleza y sus diversas características, mostrándonos como diferentes investigadores han desarrollado hipótesis respecto del funcionamiento de estas organizaciones y han definido algunas modalidades o tipos de crimen organizado, como por ejemplo el modelo padrino, el modelo empresarial, el modelo burocrático, a los cuales se les ha hecho diversas críticas, sobre lo acertado o no de inferir o generar este tipo de clasificaciones.

Lo que sí queda claro es que existen diversos factores a nivel local y mundial que han generado un cambio en el accionar de estas redes, las cuales pasan de ser locales, nacionales, a ser de carácter internacional, lo que las convierte en transnacionales. Asimismo, Resa⁴ comenta que son tres diferencias fundamentales las que se presentan en relación con el accionar de estas redes antes de los años noventa: operatividad a escala mundial,

conexiones transnacionales extensivas y la capacidad de retar a la autoridad nacional e internacional.

Plantear características comunes al problema del crimen organizado transnacional es importante porque permite su visibilización e identificación en los ámbitos cotidianos permitiendo aportes de carácter investigativo para su combate.

Se habla de la forma en que estas organizaciones funcionan, las cuales presentan como características, las siguientes:

- Un nivel organizativo que se apropia de la tecnología y cuenta con los recursos adecuados para su funcionamiento, con lo cual se garantiza la permanencia y continuidad de sus acciones.
- Su objetivo primordial es la rentabilidad, el obtener las mayores ganancias económicas posibles, lo cual se comete a través de medios ilegales o legales.
- Existe una división del trabajo, una estructuración de las actividades entre quienes participan en la actividad delictiva.
- Se genera una especialización de la mano de obra, estableciéndose una jerarquía en la cual existen jefes, mandos intermedios y operadores locales, estableciéndose reglas para la aplicación de premios y castigos, los cuales son aceptados por sus miembros, basados en una estructuración jerárquica.

Además, Taylor⁵ establece : (a) la estructuración como algo importante, que requiere estar preparada para el desarrollo de las actividades de oferta y demanda en el mercado mundial; (b) se necesita de la violencia para intimidar, someter y establecer una cultura de miedo que le permite protegerse y ejercer poder sobre las personas y las instituciones económicas, sociales y políticas; (c) se requiere la obtención de grandes ganancias, que garanticen su continuidad y hasta cierto punto compensar el riesgo del cometimiento de actos ilegales, y (d) la posibilidad de insertarse en el ámbito económico de manera legal y así proteger las actividades ilegales dentro del mercado.

Es decir, que se presenta una estructura de grandes dimensiones, especializada y que funciona bajo diversas características que perpetúan su existencia y que al mismo tiempo se especializan en su quehacer delictivo.

En los estudios consultados sobre este fenómeno, se observa que actualmente las redes de crimen organizado transnacional, giran alrededor de las siguientes actividades: (1) tráfico de drogas, (2) tráfico de armas, (3) trata de personas (con fines de explotación sexual comercial, explotación de la prostitución en personas adultas, venta de órganos humanos, entre otros), (4) tráfico de migrantes, (5) lavado de dinero (usura, instituciones bancarias propias, clonación de monedas, falsificación de moneda, entre otros), (6) tráfico de tecnología, químicos y material nuclear.

En la actualidad el crimen organizado transnacional, con esta diversidad de acciones y fines, cada día golpea los derechos humanos de las personas, sobre todo de aquellas más vulnerables; y a la vez crea un modelo económico basado en la



ilegalidad y promueve la impunidad a través de la corrupción que genera en los ámbitos políticos y estatales y privados.

4. La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes como crimen organizado internacional

Nos queda precisar cómo la explotación sexual en el cual se comercia con las personas es una actividad altamente lucrativa y se desarrolla al igual que el resto de comercio de objetos como drogas y armas, e incluso se considera mucho más lucrativo, como es el caso de la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes, la cual es altamente lucrativa por no existir un consumo total y permanente del sujeto que se explota o de la víctima. Por ejemplo, una niña puede ser vendida a múltiples “clientes-abusadores”, para ser utilizada sexualmente en un día, y cada uno paga por ello, razón por la cual se considera altamente rentable, pues cuando se comercia con droga, por ejemplo, esta es consumida una sola vez y cuando se habla de seres humanos para el comercio sexual, estos pueden ser utilizados y vendidos cuantas veces sea posible.

Es así que encontramos que las personas, especialmente las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, se convierten en objetos que pueden ser comprados y vendidos, violentándose de manera contundente sus derechos humanos. Como dice el profesor Muntarhorn: “(...) no debemos olvidar que la explotación sexual comercial de los niños, niñas, mujeres y otros es un tipo de esclavitud, ya que de un modo u otro se somete a una persona a otra como un objeto. Las mujeres, los niños, son tristemente tratados como objetos, cosas o lo que llamamos “enseres”. Esta es otra palabra-bien mueble. A las personas las tratan tristemente como esclavas”.

La utilización de seres humanos para el comercio sexual no es un hecho nuevo; y se ha dado desde el ámbito local hasta el ámbito internacional. Mucho ha contribuido a ello la tolerancia y justificación de la prostitución como un medio de vida por parte de la sociedad. Con ello se posibilita cada vez más el sometimiento de las personas y el crecimiento de una mal llamada industria del sexo, situación que las organizaciones criminales transnacionales han visto como un espacio de ganancias significativas.

Los factores que inciden en esta problemática son múltiples. Podemos mencionar entre ellos:

- a) Por un lado tenemos una serie de factores que colocan a los niños, niñas y adolescentes en situaciones de vulnerabilidad (incluso podemos decir que estas mismas operan para las mujeres): la pobreza, la desprotección familiar, el trabajo infantil, la discriminación hacia las mujeres, la violencia social, familiar y sexual. Es decir que existen una vulneración total en el ejercicio de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.
- b) El factor dominante, el ejercicio de una sexualidad basada en la cosificación de las personas, en ver el cuerpo joven como fuente de satisfacción y la exaltación de una sexualidad masculina que demanda prácticas sexuales basadas en el control y la dominación.
- c) Y luego tenemos la existencia de organizaciones de crimen organizado transnacional que se encargan de ofrecer una

serie de servicios sexuales de múltiples variaciones, precios y preferencias, utilizando inclusive medios tecnológicos avanzados.

Esta identificación de factores y actores, dentro del comercio sexual con personas menores de edad, intenta ser un aporte en la necesidad imperante de identificar quiénes son las víctimas y quiénes son los delincuentes. La normativa internacional ha dado grandes aportes al respecto. El Protocolo de Palermo establece la figura de la trata de personas, en donde identifica una serie de actividades cuyo fin primordial es la explotación de la persona, encontrándose dentro de ello lo relativo a la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.

Con la ratificación de dicho protocolo, se logra incorporar en las legislaciones nacionales, tanto de los países de origen como de los de demanda o recepción, el hecho de considerarlo un crimen, y se visibiliza su carácter transnacional, posibilitando así acciones de combate que traspasen las fronteras y fomenten la colaboración institucional.

En este contexto, es imperativo afirmar la protección especial que tanto la Convención de los Derechos del Niño como otros tratados internacionales establecen al explicitar el principio de interés superior del niño o la niña por encima de otros intereses. Una violación de este principio es la resistencia a aplicar o identificar la posesión de la pornografía infantil como una extensión del crimen organizado transnacional. Se argumenta que es un acto independiente de su producción, que la persona que lo consume no está vinculada a esa red criminal y que se atenta contra la privacidad de las personas adultas que lo consumen por ser un acto independiente; fomentando con ello una percepción adultocentrista y dejando de lado la protección especial a la niñez y adolescencia, a su dignidad e integridad física, sexual y emocional como bien jurídico a proteger.

La pornografía como tal, existe desde hace decenios, y se ha manifestado a través de libros, revistas, pasquines, historietas, filmes y vídeos, pero es el año de 1990 cuando tiene lugar por primera vez la pornografía informática, en 1993 se descubre una creciente producción de esta, y se inicia la producción de pornografía infantil informática a través de la manipulación de imágenes de personas adultas, para que simulasen ser niños, niñas o adolescentes.

En diversos estudios, consultados al respecto, se habla de las dos partes intervinientes en la pornografía infantil, por un lado se habla de los productores y distribuidores, en algunos casos les llaman “comerciantes” de dichos materiales y por el otro lado encontramos a los consumidores quienes están dentro de la categoría de agresores sexuales contra niños, niñas.

Si observamos, bajo estos conceptos aún no se ha establecido que dichas actividades son de carácter criminal, altamente organizadas y sobre todo que cruzan las fronteras de los países. Además se deja de lado la connotación de la organización para la realización de este ilícito y no se establece una vinculación económica entre ambos participantes.

Actualmente, la pornografía infantil, implica: 1) la producción o tenencia de dicho material; 2) Carga y descarga del mismo y



3) anunciar que se desea entablar relaciones sexuales con niñez y adolescencia.

La pornografía infantil informática, hace uso de la tecnología y le permite al delincuente esconderse tras la misma, para el acometimiento de este ilícito. Actualmente utilizan equipo de digitalización y escáner que les permiten transformar las imágenes de revistas, pasquines y de fotografías convertirlas en archivos digitales que graban en discos duros, disquetes u otro medio de almacenamiento. Así mismo el cambio constante de las tecnologías y posibilita que se utilicen cámaras digitales y videograbadoras a costo relativamente bajo, que les posibilita tomar las escenas mismas de violencia y abuso sexual y luego transferirlas o transmitir las a través de ordenadores, dispositivos u otros medios.

Pero todo ello, requiere de contar como lo hemos mencionado anteriormente de un equipo de trabajo especializado, se cuentan con locales y sobre todo con los instrumentos adecuados, así mismo se necesita de aquellos que se encargan de contactar con los niños, niñas y adolescentes a ser explotados sexualmente.

Esto implica, que la pornografía infantil, se vincula con otras forma de explotación sexual, en virtud que se convierte en un elemento motivador, incitador y de promoción de prácticas sexuales contra personas menores de dieciocho años de edad, que van desde el mismo abuso sexual hasta la compra de sexo y otras modalidades de explotación sexual comercial.

Bajo este panorama, se plantea un reto importante, queda claro que existen grupos organizados delincuenciales, que se especializan en el acometimiento de este tipo de delitos, pero estos a su vez existen en virtud de la demanda por parte de personas adultas, que consumen este tipo de material y es de clarificar que no son enfermos mentales, ni parafílicos o pederastas los que solicitan estos materiales, son personas normales son agresores sexuales.

Es importante entonces reconocer que se requieren acciones y estrategias propias para enfrentar la problemática de explotación sexual comercial con niños, niñas y adolescentes, que no necesariamente son las mismas utilizadas para la protección de las personas adultas, pero que tienen en común tres categorías importantes: prevención del problema, combate y persecución de las redes de crimen organizado y sobre todo la protección de los derechos humanos de la víctimas.

Estos tres elementos generalmente están abordados en la normativa internacional, lo cual nos indica la necesidad de promover su aplicación y armonización con las normas nacionales, las cuales poco a poco deberán ir fortaleciéndose para poder enfrentar dicha problemática.

Los tratados internacionales de protección a los derechos humanos en general, y en especial los de la niñez, pueden ser utilizados para combatir el crimen organizado transnacional. Establecen un marco legal de protección que debe ser retomado de manera urgente y debe hacer énfasis en los siguientes aspectos:

- ♦ Los niños, niñas y adolescentes no son objetos o cosas que pueden ser vendidas. Son seres humanos con derechos, con un cuerpo, con identidad y sobre todo con

dignidad, los cuales deben ser respetados y protegidos.

- ♦ Las personas menores de edad no deben ser sometidos a ninguna forma de esclavitud. Porque el crimen organizado transnacional al igual que otras prácticas no vinculadas a este fenómeno, los ubica como esclavos y los somete a tratos crueles e inhumanos.
- ♦ La explotación sexual comercial y todas aquellas formas de sometimiento sexual de la niñez y adolescencia son una violación grave a los derechos humanos, al punto de considerarse como un crimen de lesa humanidad.
- ♦ Las acciones debe enfocarse en combatir y desentrañar todas aquellas acciones vinculadas al comercio sexual y de personas que posibilitan la explotación sexual comercial en niños, niñas y adolescentes.
- ♦ Debe cuestionarse el sistema económico que posibilita la mercantilización de las personas y las convierte en objeto de consumo, especialmente a las poblaciones más vulnerables.
- ♦ Se debe visibilizar, cuestionar y sancionar todo ejercicio de poder que se da en las prácticas de abuso sexual y de explotación sexual comercial con niñez y adolescencia.

Es importante entonces no dejar de lado estos aspectos, sobre todo cuando observamos las dimensiones del crimen organizado transnacional, el cual establecen conexiones locales, nacionales, que se extienden al ámbito internacional, convirtiéndose en organismos internacionales del delito, que cuentan con recursos tecnológicos y conocimiento, pero sobre todo con una protección jurídica eficaz.

Es importante evidenciar las redes que cuentan con juristas que les asesoran y defienden. Estos son conocedores del derecho nacional e internacional que combate esta problemática, exigiendo cada vez más una mejor preparación en el ámbito investigativo judicial.

El que la explotación sexual comercial sea considerada crimen organizado transnacional, nos obliga a entender que no solo el tráfico de armas, de drogas u otros, son de importancia para el planeta.

Implica, que deben generarse acciones de protección y garantía a los derechos humanos de la niñez y adolescencia, que no se siga considerando dichas acciones delictivas como delitos privados, delitos comunes o incluso como faltas.

Pero lo más grave de ello, es la mercantilización de las personas, sobre todo de los mas vulnerables, niños, niñas y adolescentes.

Finalmente, se plantea un reto importante para la sociedad en general, como víctima colectiva de la explotación sexual comercial como crimen organizado transnacional, en donde todas las personas tienen un rol importante en el combate del mismo pero principalmente es importante asumir el compromiso ético de no justificar, permitir y tolerar su existencia como una forma de vida y de generación de ingresos.



El ver la problemática de explotación sexual comercial, como una situación que responde a las reglas del mercado sexual y que esta definido por el crimen organizado, implica un proceso de acción e investigación que acorde a las características del problema, no se puede continuar siendo ingenuo y seguir dándole un tratamiento de delito común o de carácter doméstico.

La investigación de estos delitos debe ser cada día de mayor calidad y efectividad, obviamente se tienen que impulsar procesos de investigación mas eficientes como los utilizados por unidades especializadas en la investigación de delitos de narcotráfico o de crimen organizado, miembros de estas unidades, claramente expresan que su accionar no es improvisado, incluso se habla de niveles de calidad y resultados en la presentación de sus casos ante las instancias jurisdiccionales en razón del uso de diversas metodologías que ayudan al proceso de recopilación de evidencias.

Por lo tanto es importante, señalar un aspecto importante con respecto a los procesos de investigación y juzgamiento de este tipo de delitos, y es que las técnicas investigativas existen y son adecuadas cuando el crimen organizado comercia con

objetos como son : las armas, la droga, vehículos, pero aún no se han ajustado para cuando el comercio es con seres humanos, situación que debe resolverse desde la perspectiva de los investigadores y aplicadores del sistema.

Según establece la Interpol, la investigación debe ser acorde a la situación que se esta llevando a cabo, no se puede utilizar de manera indiscriminada el tema del agente encubierto por ejemplo, deben existir de acuerdo a la situación, criterios de utilización de las diversas metodologías investigativas.

Se hace necesario, por lo tanto, que las instancias investigativas de cada país, tenga a su alcance la posibilidad de escoger entre diversas metodologías investigativas, desde la reactiva, la preventiva y la obstructiva. Lo vital en este caso, como lo hemos mencionado anteriormente es adaptarlas a la realidad del comercio sexual y sobre todo en los casos de niños, niñas y adolescentes promover la aplicación del artículo 8 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, instrumento ratificado por todos los países de la región centroamericana.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRADE SÁNCHEZ, (Eduardo). Instrumentos Jurídicos contra la Crimen Organizado. Consejo de la Judicatura Federal, Poder Judicial de la Federación, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigación Jurídica, Senado de la República LVI Legislatura. Primera reimpresión, México, 1997.

DOMÍNGUEZ, (Liza). Investigación regional sobre tráfico, prostitución, pornografía infantil y turismo sexual infantil en México y Centroamérica. El Salvador, Casa Alianza Internacional, Ecpat, Audrey Hepburn's Children Fund; 1ª. Edición, San José, Costa Rica, 2002.

ECPAT INTERNACIONAL y CEMUJER. Hacia una intervención no revictimizante con niñas, niños y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial en el sistema judicial: aportes desde El Salvador, El Salvador 2005.

Grupo de INTERPOL Especializado en Delitos contra Menores. Guía de INTERPOL para uso de los encargados de las investigaciones sobre delitos sexuales contra menores. Segunda Edición 2003.

OIT/IPEC. Boletín Temático Proyecto Sub-Regional ESC: "Reformas penales para combatir la explotación sexual comercial de personas menores de edad, 3ra. Edición , San José, Costa Rica.

OIT/IPEC. Compendio de Normas Internacionales relacionadas con la prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Reimpresión 2004.

PEARSON, (Elaine). Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas. Alianza Global contra la Trata de Mujeres, Segunda Edición, Bogota, 2003.

RESA NESTARES, (Carlos). Crimen Organizado Transnacional: Definición, Causas y Consecuencias. Universidad Autónoma de Madrid. España, 2001.

TAYLOR, (Thomas). " Mafias, Myths and Markets: On the Theory and Practice of Enterprise Crime". Transnacional Organized Crime, V.3, N.3, Canada, Authumn, 1997.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. NNUU. Palermo 12 de diciembre de 2000.

Manifiesto de la Campaña por la Convención de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos. (Primera Versión para el debate), Lima, Noviembre 2002.

Memoria de la Consulta Regional sobre violencia sexual hacia niños, niñas y adolescentes. 21 -24 de febrero de 2001, San José, Costa Rica.

Manual Para Investigadores. Grupo de trabajo de INTERPOL sobre Trata de Mujeres para su Explotación Sexual. Aprobado por el grupo de trabajo en su 3ra. Reunión, Lyon (Francia), 6 al 8 de marzo de 2002.

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.

Seminario Taller sobre Trata de Personas: Desarrollo de un Manual de Procesos y Procedimientos de Aplicación de la Ley para Combatir la Trata de Personas. San Salvador, El Salvador del 19 al 21 de Abril de 2005. OPDAT.

¹ RESA NESTARES, (Carlos). Crimen Organizado Transnacional: Definición, Causas y Consecuencias. Universidad Autónoma de Madrid. España, 2001.

² Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. NNUU. Palermo 12 de diciembre de 2000.

³ RESA NESTARES, Op cit

⁴ ídem

⁵ TAYLOR, (Thomas). " Mafias, Myths and Markets: On the Theory and Practice of Enterprise Crime". Transnacional Organized Crime, V.3, N.3, Canada, Authumn, 1997.

⁶ OIT/IPEC. Boletín Temático Proyecto Sub-Regional ESC: "Reformas penales para combatir la explotación sexual comercial de personas menores de edad, 3ra. Edición , San José, Costa Rica. Pág 3.



Logros y avances en la lucha contra la ESC en los países de la región

COSTA RICA



En diciembre del 2005 se creó oficialmente la "Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas", integrada por representantes de instituciones públicas y organizaciones privadas y organismos de cooperación internacional en calidad de observadores, cuya finalidad es coordinar y ejecutar acciones para prevenir el problema, sancionarlo, procesar a los responsables y proteger a las víctimas.

Con el apoyo de Organización Internacional de Migraciones, se está elaborando en el país un "Protocolo de coordinación interinstitucional para la repatriación de niñas, niños y adolescentes víctimas de trata". Por su parte, el Patronato Nacional de la Infancia se encuentra también elaborando su propio protocolo en esta materia, donde define sus funciones internas ante estos casos, así como en relación con otras instituciones de carácter nacional e internacional.

En el campo de la atención a las personas menores de edad víctimas, OIT/IPEC finalizó la ejecución de dos programas: uno en la provincia de Limón y otro en Golfito y Corredores. Ambos fueron implementados por la Escuela de Psicología de la Universidad de Costa Rica. Mediante estos programas se aplicó un modelo de atención basado en el enfoque de derechos humanos de la niñez y la adolescencia que, entre otros aspectos, privilegia el derecho a la convivencia familiar ante la institucionalización y esta se deja como la última alternativa, tal y como señala la Convención sobre los Derechos del Niño.

En materia de reformas legales, la Comisión Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes, presentó un conjunto de mociones para reformar la Ley contra la Explotación Sexual Comercial, No. 7899. Entre los cambios que se pretenden se encuentra mejorar la tipificación del delito de trata para incluir la trata interna, tipificar la posesión de pornografía infantil para uso personal, modificar el inicio de la prescripción de delitos sexuales contra personas menores de edad, de modo que empiece a correr una vez que la víctima adquiere la mayoría de edad y calificar expresamente los delitos sexuales como de acción pública cuando son cometidos contra niñas, niños o adolescentes.

EL SALVADOR



En el ámbito de fortalecimiento institucional dirigido a la sanción del delito se puede observar un mayor compromiso y conocimiento sobre el tema por parte de la Policía Nacional Civil y Fiscalía General de la República. Ello se refleja, entre otros, en el desarrollo de un curso de especialización para investigadores de diversas

unidades policiales, avalado por la Academia Nacional de Seguridad Pública.

Además, se puede mencionar en el ámbito de sensibilización y movilización social, que los resultados del estudio sobre masculinidad y explotación sexual comercial (OIT/IPEC, 2004) han generado inquietud entre hombres que se han capacitado, obteniéndose para el 25 de noviembre del año 2005, un pronunciamiento de Alto a la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Este tipo de actividades ha motivado que grupos de hombres ya conformados que trabajan contra la violencia, se interesen por abordar el tema de la ESC.

En el marco de la Mesa de Trabajo contra la Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes de El Salvador, se ha observado un accionar bastante comprometido por parte de las instituciones, las cuales están trabajando en tres comisiones de trabajo: Prevención, Investigación y Atención a Víctimas. En el caso de la primera comisión se ha logrado establecer un plan de trabajo que arrancó en enero del 2006, el cual consiste en la realización de una serie de capacitaciones y foros dirigidos a funcionarios de las instituciones miembros de la Mesa, con el objeto de prepararlos para la prevención y detección temprana de casos.

Asimismo, en este año se ha apoyado la creación del Comité Nacional contra la Trata de Personas, el cual es presidido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, con miras a generar un abordaje integral de esta problemática.

GUATEMALA



Con el fin de que el sector salud cuente con herramientas y conocimientos para poder detectar y brindar la atención que requieren las personas menores de edad víctimas, se han desarrollado procesos de capacitación utilizando como base la Guía Didáctica "¿Qué hacer frente a la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes en Guatemala?",

publicada conjuntamente por ECPAT, la Secretaría de Bienestar Social y OIT/IPEC. Este material también ha servido de base para el desarrollo de procesos de capacitación a estudiantes y profesores de la Escuela de Psicología de la Universidad de San Carlos, quienes estarán incorporando esta temática en su currícula, con el fin de brindar aportes desde la academia para prevenir y erradicar este delito, así como para mejorar la atención a sus víctimas, a partir del conocimiento de los futuros profesionales.

Tanto en el Departamento de Jutiapa como en la ciudad de Guatemala se implementó un programa en el cual, además de la atención a las personas menores de edad víctimas de explotación sexual comercial, bajo un proceso de intervención garante de sus derechos humanos, se desarrollan esfuerzos por articular la respuesta estatal hacia las víctimas. En ciudad



de Guatemala, bajo la conducción de ECPAT-Guatemala, el programa visibilizó la debilidad de las instituciones de protección del Estado para asumir la atención de las personas menores de edad víctimas, más allá de la oferta -muy reducida- de albergues y los incipientes e insuficientes esfuerzos por articular la respuesta institucional. En Jutiapa, particularmente, la movilización social y la sensibilización sobre este problema constituyen un componente fundamental, debido a la existencia de numerosos casos de trata. En Jutiapa, la experiencia obtenida en torno de la respuesta institucional hacia las víctimas y la reacción comunitaria frente al problema de la explotación sexual comercial, han demostrado que es posible articular esfuerzos y movilizar a la población frente al problema. La Asociación de Justicia de Jutiapa ha tenido un papel preponderante en estos esfuerzos.

HONDURAS



Uno de los principales logros para este año en Honduras ha sido la publicación de las reformas efectuadas al Libro II, Título II del Código Penal, con lo cual han entrado a regir desde el 4 de febrero del 2006. Se trata de la adición de un Capítulo II sobre delitos de explotación sexual comercial, que incluye proxenetismo, relaciones sexuales remuneradas, espectáculos sexuales públicos y privados, pornografía, trata con fines de explotación sexual comercial y turismo sexual.

Gracias a la sensibilización y capacitación de los operadores judiciales en el tema de explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes, se espera una mayor justicia y celeridad en la investigación y la sanción de estos delitos.

A pesar de la falta de recursos, la Fiscalía de Delitos Sexuales ha demostrado que ha hecho un gran trabajo en el tema, gracias a lo cual durante el año 2005 y 2006, han recibido donaciones y ayudas de otros organismos que se han comprometido también en la lucha contra la explotación sexual comercial.

La participación de los medios de comunicación es cada vez mayor en este país. Más de 120 periodistas y comunicadores han sido capacitados, y han firmado un compromiso para mejorar el tratamiento de la información. Con esto el tema se ha posicionado como prioridad nacional en la prensa escrita, radial, televisiva y electrónica. El papel de los medios ha resultado vital en la aprobación de las reformas penales.

NICARAGUA



En Nicaragua, en materia legislativa se logró la aprobación, por mayoría del Plenario de la Asamblea Nacional, de las mociones para lograr la adecuación de la legislación en el proyecto del Nuevo Código Penal Nicaragüense y sancionar la explotación sexual comercial. En este proceso de incidencia participaron el Grupo de Consenso de CONAPINA, las diputadas de la Comisión de la Mujer, Niñez y Familia, la Red de Mujeres contra la Violencia y periodistas de los medios de comunicación. De igual manera, el gobierno entregó a la sociedad civil la Política de Protección Especial a niños, niñas y adolescentes, instrumento mediante el que se unifican criterios, se establecen prioridades y se da coherencia a las

acciones del Estado y la Sociedad Civil para brindar atención efectiva a la niñez y la adolescencia víctimas de explotación sexual comercial.

Mediante la coordinación y articulación entre organismos no gubernamentales e instituciones que trabajan en la lucha contra la violencia y la explotación sexual comercial, se realizaron actividades de sensibilización y el fortalecimiento a sectores clave como Ministerio de Educación, Cultura y Deportes. En ese sentido destaca la sensibilización a docentes consejeros escolares de León, Carazo, Masaya, Granada y Estelí.

El Colegio de Periodistas, la Asociación y la Unión de periodistas de Nicaragua se pronunciaron a favor de la pronta aprobación de las mociones al proyecto del Código Penal y que se tipificaran los delitos de explotación sexual comercial. Por otra parte, el Colegio de Periodistas ha suscrito y distribuido el afiche "Si buscas la noticia, busca al explotador" que ha sido utilizado como insumo básico para desarrollar capacitaciones a medios de comunicación y periodistas de Estelí, León y Managua. Dichas actividades se han dirigido a promover la responsabilidad social de las y los periodistas y a ofrecer instrumentos conceptuales y didácticos para el manejo de la información sobre explotación sexual comercial.

Interesa destacar el involucramiento del Congreso Permanente de Mujeres en la lucha contra la explotación sexual comercial. Mediante la implementación de talleres con sus agremiadas en diferentes comunidades del país, el Congreso ha logrado elevar el papel de las mujeres en la prevención y denuncia de la explotación sexual comercial Estelí, Somoto, Ocotal, León y Masaya.

PANAMÁ



Se realizan gestiones para poner en marcha el programa de acción "Atención Directa a Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Explotación Sexual Comercial en el Corregimiento de Tocumen y la 24 de Diciembre". Este programa, será implementado por el Ministerio de Desarrollo Social y el Centro de Estudios y Capacitación Familiar (CEFA), con el apoyo técnico de OIT/IPEC. Con esta iniciativa se brindará atención integral a personas menores de edad víctimas de este delito así como en riesgo de ser explotados. Se implementará una metodología de atención cuyo principal objetivo es la restitución del ejercicio del goce de los derechos que le han sido violentados a esta población. Para ello, la participación articulada de las instancias públicas y las entidades privadas que desarrollan programas dirigidos a niñas, niños y adolescentes, de las localidades donde se implementará el programa, resulta de gran relevancia ya que a estas compete garantizar estos derechos. La metodología de atención enfatiza en el trabajo con la familia y deja como última opción la institucionalización de las personas menores de edad víctimas, como una forma de garantizar su derecho a la convivencia familiar.

Así mismo, como complemento a este trabajo, se está construyendo un protocolo de atención para estas personas menores de edad víctimas. La participación comprometida y responsable del MIDES, garantiza la sostenibilidad de las acciones del programa.



La Comisión Nacional para la Prevención de los Delitos de Explotación Sexual (CONAPREDES) y el Consejo Nacional de Periodismo (CNP) con el apoyo de OIT/IPEC, reforzaron su alianza y el compromiso del CNP en la lucha contra la explotación sexual comercial mediante la sensibilización a la nueva Junta Directiva y la extensión de la sensibilización a comunicadores y comunicadoras sobre los avances logrados en la legislación que tipifica estos delitos, las acciones que impulsan las diferentes instancias responsables para prevenir, sancionar, atender y proteger a las personas menores de edad víctimas de este delito y la gran responsabilidad de este sector para contribuir en la eliminación esta problemática.

Por otra parte, se han realizado esfuerzos para contribuir con la sensibilización y capacitación sobre el tema de los derechos de la niñez y, específicamente, sobre la problemática de la explotación sexual comercial con los miembros de la Policía Nacional, como uno de los sectores fundamentales de la sociedad que tienen entre sus responsabilidades la protección a la niñez y adolescencia panameña y un papel en la lucha frontal contra este delito en coordinación con las autoridades responsables de la persecución criminal.

Otra alianza importante en la lucha contra la explotación sexual comercial lo ha sido la Lotería Nacional de Beneficencia, que en conjunto con la CONAPREDES, se ha suscrito a la campaña "Su crimen fue otro" mediante la impresión de la misma en sus billetes y chances. La iniciativa fue enriquecida con una serie de charlas sobre la explotación sexual comercial con estudiantes quienes portaban pancartas rechazando este delito.

REPÚBLICA DOMINICANA



En el Municipio de Sosúa, con el apoyo técnico de OIT/IPEC, se desarrolló una estrategia de movilización social contra la explotación sexual comercial de personas menores de edad, con adolescentes en las escuelas. En el proceso el apoyo del sector educativo fue fundamental y contribuyó con la identificación y motivación a adolescentes para integrarse en acciones de movilización comunitaria y a organizarse para ser puntos focales en sus escuelas y comunidad.

La iniciativa que incluyó la sensibilización, formación y selección de adolescentes, fue replicada en colegios y escuelas al norte y al este del municipio, involucrando a adolescentes de todas las clases sociales y nacionalidades. Herramientas de capacitación como los "Cuadernos de organización comunitaria para la erradicación de la explotación sexual comercial de niños, niñas y Adolescentes" y otros materiales sobre explotación sexual comercial, fueron insumos en las charlas, video foros, dirigidos a las familias, la comunidad y a las escuelas.

Fueron preparados jóvenes entre 13 a 16 años de todas las comunidades desde Sosúa hasta Cabarete a través de reuniones en sus escuelas. Este grupo ha desarrollado jornadas en las comunidades de Los Charámicos, el Tablón, Sector Morry, El Bolsillo, Maranata, Sosúa Abajo, Callejón Pérez, Puerto Cabarete, La Ciénaga, Camino de la Lomota, Nueva Colonia. Todas éstas son comunidades de origen de niñas, niños y adolescentes sometidos a la explotación sexual comercial. Con esta iniciativa se ha logrado contribuir con la sensibilización y motivación a las familias sobre la importancia de su participación en la prevención y erradicación de la explotación sexual comercial.

"Una de las propuestas más modernas que pudieran introducirse en nuestro ordenamiento punitivo, es la de tipificar la conducta omisiva de quien, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que atente en contra del libre desarrollo de la personalidad, pero también de quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delitos de los antes señalados y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia. Esta figura, fundamentada en el principio de solidaridad social, ya existe en otras legislaciones penales de avanzada, como es el caso de España, y cumple ampliamente con las expectativas de una sociedad preocupada por la integridad de las niñas, niños y adolescentes, y quienes no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, pus su espíritu rector es el de impedir la comisión de delitos vinculados a la explotación sexual, cuando esto sea posible sin correr riesgo alguno."

Tomado de INACIPE, STPS, OIT/IPEC. "Estudio jurídico-penal relativo a la explotación sexual comercial infantil. Bases para su unificación legislativa en México", OIT, 2004, p. 55.



Directorio del Proyecto Subregional ESC

Página web: www.oit.or.cr/ipec/esc
Correo electrónico: esc@oit.or.cr

OIT/IPEC GUATEMALA

Tel: (502) 2339 1226

Fax: (502) 2339 1230

Persona contacto: *Elizabeth Moreno*

OIT/IPEC HONDURAS

Tel: (504) 235 6070

Fax: (504) 232 0157

Persona contacto: *Rosa Corea*

OIT/IPEC EL SALVADOR

Tel: (503) 2263 9951

Fax: (503) 2263 0464

Persona contacto: *Guadalupe Portillo*

OIT/IPEC NICARAGUA

Tel: (505) 277 0806

Fax: (505) 277 0806

Persona contacto: *Sonia Sevilla*

OIT/IPEC REPÚBLICA DOMINICANA

Tel: (001 809) 532 4732

Fax: (001 809) 508 6797

Persona contacto: *Dabeida Agramonte*

OIT/IPEC COSTA RICA

Tel: (506) 280 7223

Fax: (506) 280 6991

Persona contacto: *Adriana Hidalgo*

OIT/IPEC PANAMA

Tel: (507) 264 1691

Fax: (507) 264 3997

Persona contacto: *Briseida Barrantes*

Coordinación Proyecto Subregional ESC Programa OIT/IPEC Costa Rica

Bente Sorensen

ATP, Coordinadora del Proyecto Subregional ESC
email: sorensen@sj.oit.or.cr

Victoria Cruz

Oficial de Proyecto Subregional ESC
email: cruzv@sj.oit.or.cr

Tel: (506) 280 7223

Fax: (506) 280 6991



Publicaciones y material informativo del Proyecto Subregional ESC de OIT/IPEC

La promoción del conocimiento como medio para facilitar el intercambio y la reflexión de ideas y facilitar la cooperación es una de las finalidades del Proyecto Subregional ESC. Aquí le presentamos una breve descripción de las publicaciones y materiales que han sido producidos en el marco del Proyecto Subregional ESC y que puede obtenerlas a través de las siguientes direcciones: esc@oit.or.cr y www.oit.or.cr/ipec/esc bajo la sección 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.

El documento presenta una propuesta jurídico penal de los contenidos mínimos que deben tener las legislaciones en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad con base en instrumentos de derecho internacional.

Compendio de normas internacionales relacionadas con la prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.

Contiene la compilación de 28 instrumentos de derecho internacional tales como protocolos, convenciones, recomendaciones y declaraciones para la protección de niñas, niños y adolescentes frente a la problemática de la explotación sexual comercial.

Compendio de legislación para penalizar la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana.

Este documento contiene una recopilación de las reformas a los códigos penales en materia de delitos de explotación sexual comercial de personas menores de edad que se ha realizado en Costa Rica (1999), El Salvador (2003 y 2004), Panamá (2004) y Honduras (2005). Además, contiene la reforma parcial Código Penal de Guatemala para la penalización del delito de trata de personas y la Ley especial de República Dominicana que regula este tema, así como los artículos del Código de Niñez y Adolescencia de este país que penalizan los delitos de explotación sexual comercial. Se incluyen además los instrumentos internacionales más relevantes relacionados con la prevención y eliminación de este fenómeno delictivo.

Reformas penales para combatir la explotación sexual comercial de personas menores de edad. Boletín temático No. 3 ¡Ya es hora!

Contiene diversos artículos acerca de las reformas penales en materia de explotación sexual comercial y llama la atención sobre la importancia de que las reformas se adecuen a los mínimos establecidos por los instrumentos jurídicos internacionales.

- **Ley No. 7899. Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad. Costa Rica**
- **Ley No. 16, Que dicta disposiciones para la prevención y tipificación de delitos contra la integridad y la libertad sexual, y modifica y adiciona artículos a los códigos penal y judicial. Panamá**
- **Decreto No. 234-2005, Reforma al Código Penal, Honduras**
- **Decretos No. 210 y 457, Reformas al Código Penal y Decreto No. 458, Reformas al Código Procesal Penal. El Salvador**

Se han publicado los textos de las Leyes contra la explotación sexual comercial que se han promulgado en la región desde el año 1999, con el propósito de apoyar, en cada país, las acciones de información y difusión de las reformas entre los funcionarios responsables de aplicar la ley y la sociedad en general.

Panamá: Análisis de las implicaciones y alcances de la Ley 16

Presenta consideraciones generales, define conceptos y analiza los objetivos, implicaciones y alcances de la Ley 16 en cada uno de sus capítulos. Además, incluye el texto de la ley y el Decreto Ejecutivo No. 97 de 31 de marzo de 2004 de Panamá.

¿Cómo denunciar delitos de explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes? OIT/IPEC, CONACOS, PANI, Costa Rica

Explica qué es la explotación sexual comercial y los delitos y penas relacionadas con la misma, además contiene información sobre cuándo y cómo se puede denunciar. Contiene un directorio de las sedes donde se puede proceder a presentar denuncias en Costa Rica.

CONAPREDES, OIT/IPEC. Guía para denunciar delitos de explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes. Panamá, 2006

Explica qué es la explotación sexual comercial y los delitos y penas relacionadas con la misma. Explica cuándo y cómo se puede denunciar. Contiene un directorio de las sedes dónde se puede proceder y presentar denuncias en Panamá.

Documental de Radio: Su vida está en tus manos. (20 minutos)

Dirigido a la población en general. Particularmente útil para trabajar con sectores como educación, policía y salud. Informa sobre la problemática y los conceptos básicos sobre explotación sexual comercial. Promueve la modificación del concepto de masculinidad y visibiliza la responsabilidad directa que tienen las personas que promueven las actividades sexuales comerciales con niños, niñas y adolescentes.



Video Documental: “Es un delito. Por si no lo sabía”.
(12 minutos)

Hombres de la región cuestionan la visión y los mitos de la sociedad patriarcal y la tolerancia hacia las conductas masculinas de abuso y explotación a las personas menores de edad. Hacen un llamado de atención a la sociedad, y particularmente a los hombres, sobre la necesidad de cambiar los esquemas tradicionales y reconocer que la explotación sexual comercial es un delito castigado con la cárcel y, por lo tanto, se debe denunciar y castigar a los responsables. Promueve la importancia de construir una nueva cultura e impulsar iniciativas de coordinación para combatir la explotación sexual comercial en la región

Actualización de la página WEB <http://www.oit.or.cr/ipec/esc>

Recientemente el Programa IPEC de la Oficina Internacional del Trabajo lanzó su nueva página Web para América Latina y Caribe disponible en la dirección www.oit.or.cr/ipec. Se ha creado una única Web que cuenta con más de 700 documentos sistematizados y producidos por el Programa IPEC en toda América Latina.

En la sección **Programas y Proyectos** ingrese a **Proyectos Subregionales**, podrá encontrar el detalle de las áreas de intervención de IPEC en la región. En esta sección ingrese a **Proyectos prevención y erradicación de la explotación sexual comercial** y luego a **Proyecto contribución a la Prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana**. Allí encontrará, en versión PDF, los materiales publicados en el marco de este proyecto dirigidas a fortalecer la formulación de políticas contra la explotación sexual comercial, las políticas de atención a víctimas, al sector educativo, el mejoramiento de la legislación y su aplicación. También, encontrará estudios sobre explotación sexual comercial, sobre el fenómeno de la trata de personas menores de edad y materiales de apoyo a periodistas y de sensibilización a la población en general.

La página Web está siendo actualizada periódicamente. Cualquier comentario, sugerencia o aporte puede ser enviado al correo electrónico: esc@oit.or.cr



Enlaces de interés

- ☒ Proyecto Contribución a la prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana
<http://www.oit.or.cr/ipec/esc>
- ☒ Boletín “Encuentros” del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) en América Central, Panamá, República Dominicana, México y Haití
<http://www.oit.or.cr/ipec/encuentros/>
- ☒ National Center for Missing and Exploited Children
<http://www.missingkids.com>
- ☒ Protection Project
<http://www.protectionproject.org>
- ☒ Organización de Estados Americanos / Sección contra la trata de personas
http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=S&sLink=http://www.oas.org/atip/default_ESP.asp
- ☒ Red de organizaciones contra la explotación sexual comercial infantil / ECPAT España
<http://www.ecpat-esp.org/>
- ☒ Alianza por tus derechos
<http://www.alianzaportusderechos.org/>
- ☒ Programa de acción para combatir la trata de personas menores de edad con fines de explotación sexual comercial
<http://www.protegiendoles.org/>



Proyecto "Prevención y eliminación de la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana"

Tel. (506) 280 7103

Fax (506) 280 6991

Página WEB: www.oit.or.cr/ipec/esc

OIT/IPEC, abril 2006

Con el apoyo financiero del Departamento de Trabajo de Estados Unidos.