



Estudio sobre Legislación y Políticas Públicas contra la Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes en América Latina.

Florencia Barindelli
Carlos G. Gregorio
Abril, 2007

RESUMEN EJECUTIVO – (VERSIÓN PRELIMINAR)

Si bien en los últimos años se ha avanzado tanto en el conocimiento como en las medidas adoptadas, la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes (ESCNNA) sigue siendo un fenómeno que convoca al estudio y al compromiso.

Esta investigación —realizada por el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (OEA) con el apoyo de Save the Children Suecia— busca constituirse en una guía de referencia para los Estados al detectar vacíos legislativos e identificar “buenas prácticas” llevadas adelante en América Latina o en otros países del mundo. Asimismo pretende ser un documento de referencia para la sociedad civil, al identificar aquellos aspectos sobre los que es necesario efectuar propuestas a los Estados y hacer un seguimiento a las medidas ya implementadas.

Para ello se decidió realizar un diagnóstico integral, con referencias directas a documentos oficiales provenientes de los tres poderes —ejecutivo, legislativo y judicial— y a los estudios que fundamentan la acción de la sociedad civil.

Se trata de un documento para ser navegado; contiene un cuerpo central con introducción, análisis y conclusiones poblado de hipervínculos que conectan al lector con las referencias de aquello sobre lo que se está reflexionando. Además, cuenta con un anexo por país en el que se organiza la información siguiendo las mismas categorías que se utilizan en el cuerpo del estudio. De esta forma, quien desee profundizar sobre algún aspecto en particular, posee toda la información básica para realizar sus propias conjeturas y sacar sus conclusiones.

Sucintamente esta información básica abarca la legislación penal y administrativa de los países latinoamericanos referida a todas las modalidades de la ESCNNA (trata con fines de explotación sexual y utilización de niños, niñas y adolescentes en prostitución, en pornografía y en el turismo sexual), los planes nacionales y los programas más destacados que abordan la temática, así como otras políticas públicas complementarias en el combate de la ESCNNA.



Los países estudiados fueron: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Cabe señalar que la legislación penal fue motivo de análisis exhaustivo incluyéndose los códigos penales, otras leyes que establecen sanciones penales y los códigos procesales. También se atendió a la jurisprudencia, que resultó tener un papel muy importante. Con respecto a los planes nacionales, se revisaron los planes nacionales de infancia, los planes nacionales específicos para combatir la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes, los planes nacionales contra el trabajo infantil y contra la trata de personas. Complementariamente, se tuvieron en cuenta planes o programas vinculados a la política criminal y al combate a la corrupción en algunos casos.

El documento se organiza a través de las siguientes categorías: Derechos del Niño, Legislación Penal, Políticas Públicas, Políticas Complementarias y Participación de los Niños. Para cada uno de estos puntos se expresan algunas de sus principales tensiones o dificultades y se comentan brevemente algunas experiencias relevantes que echan luz sobre posibles líneas de acción a tomar.

Algunas de las principales conclusiones y recomendaciones a las que arriba el estudio son:

1) Un análisis cuidadoso de los hechos muestra que las niñas, niños y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial están siendo nuevamente victimizados por algunas prácticas. Dos aspectos requieren una inmediata intervención: por un lado, la exposición de nombres y datos personales de víctimas y testigos al publicar los textos íntegros de las sentencias judiciales; y por otro, el uso de la privación de libertad como medida de protección excediendo los tiempos razonables, y fundamentalmente más allá de alguna creatividad para desarrollar nuevas formas de atención más respetuosas de sus derechos.

2) Si bien la legislación penal está evolucionando hacia una mayor especificidad, los procesos legislativos son lentos. Los nuevos conflictos llegan mucho antes a fiscales y promotores que necesitan formular una acción penal. Ellos se ven obligados a usar tipos penales inespecíficos, generando en los jueces una polarización: por un lado al formalismo y por el otro a la reinterpretación de todo el sistema normativo a la luz de los Derechos del Niño. Este espacio temporal que va desde la aparición significativa de conflictos no tipificados hasta la reforma de los Códigos Penales y su aplicación, es de sumo deterioro para los niños, que quedan desprotegidos de las políticas públicas destinadas a garantizar sus derechos.

3) La adecuación de los Códigos Penales a los conflictos —fundamentalmente aquellos que surgen de la generalización de las nuevas tecnologías de comunicación e información— es un trabajo de extrema responsabilidad. La legislación penal no sólo debe establecer el reproche que el soberano determina para ciertas conductas, debe además ser oportuna, eficaz, y servir al proceso de transformar derecho en



justicia. Prácticamente no es posible avanzar racionalmente con una reforma legislativa sin haber realizado un estudio cualitativo y cuantitativo de la litigiosidad preexistente, y si ese estudio se hace sobre una base más amplia, en nuestro caso la región latinoamericana, los resultados permitirán adelantarse a los hechos.

4) Debe tipificarse penalmente con precisión la figura del usuario-explotador en términos de relaciones sexuales remuneradas con niñas, niños o adolescentes. No parece necesario endurecer las penas más allá de los promedios en la región. Aguzar la creatividad para generar nuevas formas de reproche social parece recomendable; un inicio —que no excluye otros caminos— podría ser comenzar en América Latina una discusión más amplia sobre los mecanismos creados en Argentina (Mendoza y Neuquén), Colombia y Chile para la difusión de la identidad de los delinquentes sexuales.

5) En relación a la tipificación de la pornografía infantil, se presentan las mayores dificultades en la tipificación de la posesión y en la condición de espectador de un espectáculo en vivo de pornografía infantil. La definición de pornografía infantil debe ser tan precisa y actualizada como sea posible, ya sea porque una niña, niño o adolescente ha sido victimizado o porque, al usarse procedimientos tecnológicos, redunde en una apología o incitación a prácticas violatorias de los derechos de los niños y del orden público.

La pena para la posesión de pornografía debería estar abierta a cierta discrecionalidad judicial con márgenes que incluyan privación de libertad o sólo sanciones civiles. La aplicación de sanciones civiles a primerizos podría ser un mecanismo preventivo de excesos judiciales. Parece necesario penalizar como pornografía infantil la violación del derecho a la imagen consecuencia de difundir fotos trucadas de niñas, niños y adolescentes o publicar sus fotos en un contexto pornográfico. La penalización de los casos de pornografía infantil creada por *software* (o sea sin un niño víctima) debe alcanzar la producción, exhibición, distribución, publicación y comercialización (quizás en algunos casos como apología del delito); en estos casos la posesión sólo debería estar penada cuando afecte el orden público. Para el ejercicio de la acción penal y los plazos de prescripción son apropiados los mismos estándares que para el usuario-explotador.

Los espectadores de pornografía infantil en vivo deben recibir una sanción más severa, porque su conducta es equivalente a la del usuario-explotador. No obstante ello, debe resolverse el hecho de que alguna persona pueda ser involuntariamente sorprendida por un espectáculo de esa naturaleza. La legislación paraguaya en este sentido parece la más apropiada.

6) Aspectos como las presunciones o la regulación de la acción penal deben concurrir a una mayor eficacia de la legislación sustantiva. La acción penal contra el usuario-explotador en casos de utilización de niños, niñas y adolescentes en prostitución debería ser "pública incondicionada".



Si la acción penal contra el explotador y el usuario-explotador es pública incondicionada no parece tan relevante cómo se cuenta el plazo de prescripción, pero igualmente es preferible que en la prescripción de la acción penal y fundamentalmente en la de la acción civil se calcule en base a los criterios generales pero a partir del día que la víctima cumple los 18 años, pues de esta forma se colocaría a niñas, niños y adolescentes en una posición más fuerte en los casos de asimetría.

7) La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes tiene múltiples causas, pero la debilidad del entorno familiar se constituye en un importante factor de riesgo. Prevenir y proteger frente al abandono, al maltrato y al abuso sexual intrafamiliar es un imperativo. En estos casos el Estado —y la sociedad en general— tienen una obligación subsidiaria. Las capacidades de las familias deben ser fortalecidas, los programas de respuesta y atención ser eficaces, los órganos de administración de justicia deben estar comprometidos con los derechos del niño y decidir velando por su interés superior.

8) Los Planes Nacionales son la expresión del compromiso de los gobernantes. El combate a la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes requiere ímpetu y compromiso, tanto en el más alto nivel gubernamental, como en los mandos medios y en el resto de los servidores públicos. Además de este compromiso, los planes nacionales requieren continuidad y coordinación en las acciones, presupuesto adecuado, participación e involucramiento de diversos actores sociales, monitoreo y evaluación de las políticas, entre otros. En la región hay buenas intenciones, buenos planes, pero no todos reúnen las características necesarias para ser exitosos.

9) Un actor —muchas veces invisible— pero de gran gravitación, es el Poder Judicial. Si los jueces y el ministerio público no están comprometidos con una política gubernamental prioritaria para erradicar la ESCNNA, difícilmente se obtendrán todos los resultados deseados. Como en otras áreas del derecho, los jueces están llamados a resolver inteligentemente los defectos de la legislación, pero fundamentalmente los jueces son actores políticos y son también creadores de la ley. Si ellos individual y colectivamente no son concientes de esta responsabilidad, si no logran romper la facilidad del formalismo, si no son capaces de decidir trascendiendo la justicia del caso, cualquier esfuerzo de los otros poderes del Estado será desperdiciado y la ciudadanía se sentirá desalentada. La capacitación específica de los jueces de niños, niñas y adolescentes es un déficit significativo en América Latina.

10) El *rôle* catalizador del Estado en los procesos de responsabilidad social empresarial es ineludible. Los Códigos de Conducta para muchas actividades privadas que se ha visto inciden en el aumento de la demanda de explotación sexual comercial —como algunas actividades turísticas o el transporte en camiones— han resultado más eficaces cuando fueron promovidos o impulsados desde el Estado y luego empoderados por las asociaciones empresariales. Podrían investigarse otras áreas en el marco de las cuales también se ha visto aumenta la demanda de la ESCNNA, y establecer compromisos entre los actores involucrados.



11) En la región hay falencias en las políticas concurrentes o complementarias a la ESCNNA: los controles migratorios son laxos e ineficaces, centrados en las amenazas de terrorismo y presionados por el incremento de los flujos migratorios; el servicio exterior tiene poca capacidad de control de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran fuera de fronteras; la política criminal es prácticamente inexistente y cuando ha sido posible formularla está sesgada por los temas de gran demanda ciudadana, como pandillas, secuestros o contrabando; la estrategia anticorrupción está en la agenda de casi todos los países de la región, pero todas las políticas desarrolladas a este respecto están pensando mayoritariamente en el uso del dinero público. Se requiere que estas políticas complementarias comiencen a especializarse en los explotadores y en su *modus operandi*. Este cambio de enfoque requiere educación, capacitación e investigación.

12) La investigación y los estudios empíricos son absolutamente necesarios, así como los datos estadísticos, para poder conocer cómo operan los explotadores y cuáles son los subterfugios de la tolerancia estatal. Con conocimiento de calidad y datos en la mano, es fundamental capacitar a los funcionarios para poder desarrollar políticas públicas complementarias adecuadas, *ad hoc*.

13) Frente a las nuevas tecnologías de información y comunicación, la educación es fundamental. En particular las niñas, los niños y adolescentes deben ser educados para moverse en Internet, distinguir verdadero de falso, inocuo de peligroso, delito de travesura; y fundamentalmente para enseñarles a utilizar Internet como una fuente eficiente de conocimiento y como una herramienta extraordinaria de libertad de expresión.

14) Los programas de atención generados y ejecutados desde la sociedad civil son muchas veces un ejemplo extraordinario de creatividad y eficacia. Sin embargo, no es admisible que muchos de ellos dependan de donaciones privadas o de la cooperación internacional. Cada Estado es responsable no sólo de promover, sino también de financiar y supervisar estos programas que parecen ser la forma más eficaz de atención para las víctimas, especialmente garantizando su libertad.

15) También los medios tienen una gran responsabilidad en construir una conciencia ciudadana; en este sentido es necesario capacitar a sus operadores e impulsarlos a participar y a instalar la verdadera dimensión del problema.

16) Los niños, las niñas y los y las adolescentes no pueden seguir siendo marginados de la opinión y participación pública. Los adolescentes de hoy necesitan información y desarrollar opinión en temas que les atañan directamente, como el VIH-SIDA o Internet, y están en condiciones de tratar más abiertamente estos temas. Las experiencias que los incorporan en la prevención y combate a la explotación sexual comercial son incipientes, discutidas y mejorables.