

La tutela de los derechos de niñas, niños y adolescentes a la integridad y libertad sexuales, y al libre desarrollo de la sexualidad, frente a la explotación sexual en el derecho penal de seis entidades federativas mexicanas¹

*Laura Salinas Beristáin²
Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña³*

El artículo contiene un análisis y una propuesta jurídicos a propósito de la explotación de la sexualidad de niños, niñas y adolescentes, a partir de la convicción de que constituye una de las últimas y más graves manifestaciones de la cadena de abusos a que son sometidos muchos menores de edad en todos los ámbitos de su vida. Se trata de un reporte sobre una investigación que se refiere a las formas como el derecho penal debe abordar la explotación sexual de las personas menores de 18 años, y que también alude a cómo otras ramas de la normatividad jurídica descuidan los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes de tal manera que los ponen en un mayor riesgo de ser presas de quienes los explotan sexualmente.

The article contains an analysis and a legal proposal on the sexual abuse of boys, girls and adolescents, since the conviction that is one of the last and most serious manifestations of the abuse chain that many adolescents suffer in all aspects of their life. It is about a report on an investigation of how Criminal Law must approach sexual abuse in people under 18 years old, and refers also how other branches of the legal normative do not pay attention to the human rights of boys, girls and adolescents in the sense that they are in risk to be prey of sexual abusers.

SUMARIO: 1. Nota introductoria. / 2. Premisas teóricas. / 3. Análisis normativo. / 4. Conclusiones

1. Nota introductoria

Afortunadamente en México ha ido creciendo la preocupación por el fenómeno de la explotación sexual que está afectando muy gravemente a personas menores de edad, y se han comenzado a realizar investigaciones tendientes a precisar sus características y, así, aportar datos ciertos al respecto que permitan luchar contra él mediante respuestas idóneas.

Una de esas investigaciones, la más acabada y que es particularmente minuciosa, es la realizada por Elena Azaola⁴ y su equipo en 6 ciudades del país, que nos ofrece datos sobre las formas como se da esa explotación, los lugares en donde sucede y las personas que participan en ella. A partir de esos datos, aquí analizamos los códigos penales de los seis estados correspondientes, buscando determinar si los tipos penales responden a las formas que tienen los actos de explotación y, por tanto, permiten una eficaz persecución de las acciones delictivas.

¹ Este artículo reporta algunos avances del proyecto: *Investigación legislativa en materia de tráfico de mujeres, niñas y niños, registrado en el Consejo Divisional de CSH A con el número 740.*

² Profesora-investigadora de la UAM Azcapotzalco.

³ Jurista, doctora en Derecho por la UNAM.

⁴ Infancia robada.

2. Premisas teóricas

La doctrina de la protección integral de los derechos de la infancia

Nuestro análisis atiende a la *doctrina de la protección integral de los derechos de la infancia*, la cual ha transformado la óptica según la cual se percibe y estudia todo lo relacionado con niñas, niños y adolescentes a partir del reconocimiento de que son igualmente dignos, igualmente personas que los adultos y de que, por tanto, sus diferencias respecto de éstos no deben ser vistas como razón para desconocerles la vigencia del principio de igualdad sino, por el contrario, como origen de un deber de protección tendiente a que ejerzan *de manera integral* los derechos humanos.

La doctrina de la *protección integral* reconoce que la característica de estar creciendo y depender del cuidado de los mayores mientras se acaba de crecer da a los adultos poder⁵ sobre los menores de edad; que ese poder ha sido ejercido históricamente de manera abusiva, sin respeto del *ser persona* de los infantes y que, por tanto, debemos oponerle límites mediante la *potenciación* de los derechos de niñas, niños y adolescentes; es decir, debemos atender al principio de igualdad ante la ley, mediante normas que, respondiendo a las características y circunstancias que ponen a los menores de edad en desventaja respecto de los adultos, subsanen la desigualdad derivada de esa desventaja.

Son aquí particularmente relevantes dos principios jurídicos internacionales, aportados por la *doctrina de la protección integral*, que constituyen una base sólida para un análisis jurídico legislativo mediante el cual se pueda observar cuándo las leyes no regulan con justicia las relaciones de todos los niños, todas las niñas y todos los adolescentes con su entorno (con los adultos con quienes conviven en la familia, en la sociedad, en las instituciones del Estado), a fin de proponer cómo se pueden tutelar todos sus derechos.

⁵ Entendido el poder como "...la facultad de imponer la propia voluntad sobre otras personas... a fin de que [éstas] hagan o se abstengan de [hacer] algo, o acepten directa o indirectamente lo que en principio se hallaban dispuestas a rechazar." Manuel López Rey, *Criminalidad y abuso de poder*. Madrid, Tecnos, 1983. p. 5.

El principio del interés superior de la infancia

Este principio ha sufrido una evolución conceptual. Durante décadas fue el fundamento de un trato arbitrario que contrariaba derechos de los niños so pretexto de proteger sus imprecisos *intereses superiores* cuya determinación quedaba al arbitrio de los adultos a los que les tocara decidir; pero desde que en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) se reconoció que los menores de 18 años tienen derechos humanos, el interés de los niños está en la satisfacción de esos derechos y el principio ha pasado a ser "un mecanismo eficaz para oponerse a [la] amenaza y vulneración... [de tales derechos] y [para] promover su protección igualitaria."⁶ Ahora nadie, ni el legislador, ni el padre, ni el juez..., puede ejercer su autoridad respecto de un niño de manera que viole uno de sus derechos, porque la CDN pone a las personas adultas con relación a él, un claro límite: el del respeto de los derechos humanos.⁷ Pero, además de que el principio implica que el *interés* es el *respeto de sus derechos*, también le da un carácter de *superior*; con lo que lo *potencia*, precisamente para que sirva de límite al ejercicio de ese poder que los adultos tenemos sobre los infantes, derivado de que dependen de nosotros.

El principio de la autonomía progresiva del ejercicio de los derechos de la infancia

Este principio proviene del reconocimiento de los menores de 18 años como sujetos jurídicos plenos, y atiende a una realidad: durante el crecimiento niñas, niños y adolescentes van desarrollando facultades y habilidades que les permiten ejercer sus derechos

⁶ Miguel Cillero Bruñol. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño." Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 30 de agosto a 3 de septiembre de 1999.

⁷ Más aún, como dice Baratta, ya que "todas las medidas tomadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos tienen directa o indirectamente relevancia para los niños," el interés superior de éstos debe estar presente en el diseño entero de una sociedad democrática en la que "...dejen de ser sujetos "de relaciones autocráticas en las distintas instancias de la sociedad (la familia, la escuela, la fábrica, o las asociaciones civiles o religiosas en las cuales participan)... [como] ciudadanos a medias." Alessandro Baratta. "Infancia y Democracia." Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica, septiembre de 1999, pp. 1-8.

de manera gradual. Por eso, dice Cillero, corresponde a los adultos (a los padres, pero también a los jueces, los agentes ministeriales, los maestros, los médicos, los vecinos...) apoyar a los infantes en esa transición de formas variables y con intensidades decrecientes en sentido inversamente proporcional a la adquisición y el fortalecimiento de sus capacidades necesarias para ejercer por sí mismos sus derechos.⁸

Asimetría de edad, abuso de poder y factores sociológicos

Algunos factores que hemos tomado en cuenta al analizar las normas penales y proponer nuevos contenidos protectores son:

En primer lugar que, de conformidad con la opinión de los especialistas en la sexualidad infantil, las relaciones sexuales que tienen los adultos con infantes están impulsadas significativamente por la necesidad de dominación *del otro*; el poder, en estos intercambios, es un elemento que está, en el abuso, combinado con otro: la asimetría de las edades.⁹ Esta asimetría facilita el abuso de poder y puede darse, no solamente cuando el abusador es legalmente mayor de edad —es decir— mayor de 18 años, sino también cuando, aun siendo menor de edad, es *significativamente* mayor que su víctima. Esto es importante porque el tratamiento jurídico de las personas agresoras ha de variar dependiendo de si son adultas o menores de edad, no para dejar sin tutela los derechos de las víctimas, sino para que la sanción de los abusadores menores de edad, con ser enérgica, también atienda a los principios del *interés superior de la infancia* y de la *autonomía progresiva*, tanto como a la doctrina de la protección integral, con todas sus implicaciones en materia de derechos humanos. Las personas menores siempre deberán ser consideradas como víctimas, independientemente del papel que desempeñen en la conducta ilícita y de la respuesta punitiva que se les deba dar; este aserto atiende, no solamente a que son inimputables, sino también a que muy probablemente han estado, a su vez, sometidas a abusos o siendo utilizadas por adultos en la comisión de los delitos.

En segundo término que se dificulta enormemente perseguir esta suerte de hechos delictivos porque hay un grado muy alto de ocultamiento y silencio de las familias, de la sociedad y las mismas víctimas que atiende, no solamente a añejos prejuicios morales, sino inclusive a cambios estructurales empujados por la globalización.

En tercer lugar —que atañe tanto a la protección de las víctimas durante los procesos judiciales como a la determinación del daño a reparar— que dichas víctimas sufren secuelas; adolecen de desequilibrios físicos y psíquicos que el abuso les deja, y de una victimización-culpabilización incrementada por el trato que sufren en los propios órganos de procuración y administración de justicia, así como en sus familias y en su entorno social.

3. Análisis normativo

Las normas superiores que, en México, protegen los derechos aquí analizados

Como bien se advierte en el libro de Elena Azaola, las conductas de explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes violan sus derechos “a preservar su intimidad, el cuerpo y la imagen que de sí tienen; a que no se interrumpa ni violentamente la relación que tienen con su cuerpo, con su sexualidad y con los otros, y se les permita decidir sobre ella; a que nadie los utilice como objetos de placer y a que no se comercie con ellos...”¹⁰ En ese párrafo están expresados derechos reconocidos por las normas básicas superiores de este país, que se basan en los principios de igualdad y dignidad, así como en nuestras premisas teóricas; se trata de los derechos a una vida libre de violencia; a la protección frente a peligros, explotación y trata; a desarrollarse con plenitud; al juego, el descanso y el no abuso laboral. Veamos el contenido de tales normas básicas:

La Constitución mexicana obliga a una protección de niñas, niños y adolescentes frente a toda forma de abuso, ya que:

—Reconoce por igual las garantías fundamentales a todos quienes aquí vivimos.¹¹

⁸ Miguel Cillero. “El interés superior del niño...”, *op. cit.*, p. 21.

⁹ Tamarit Sumalla, Joseph María, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Navarra, Aranzadi, 2000, pp. 21 y ss.

¹⁰ P. 162.

¹¹ Artículo 1o.

- Prohíbe la esclavitud, el trabajo de menores de 14 años¹² y la contratación de menores de 16 años en labores insalubres o peligrosas y después de las diez de la noche; limita a 6 horas la jornada de quienes tienen entre 14 y 16;¹³ reconoce que nadie puede ser obligado a trabajar sin justa retribución y *pleno* consentimiento.
- Establece que niñas y niños tienen derecho a satisfacer sus necesidades y a desarrollarse integralmente; que sus ascendientes, tutores y custodios deben proteger ese derecho, y que el Estado debe proveer lo medios y las facilidades necesarias para propiciar su cumplimiento y el respeto a la dignidad de la niñez.¹⁴

Los tratados internacionales¹⁵ relevantes para este estudio son: la CDN, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, el Convenio de la OIT sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación y el Protocolo de la Convención de los Derechos del Niño sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.

- La CDN¹⁶ obliga a evitar que niñas y niños desempeñen labores peligrosas o nocivas para su salud, o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social;¹⁷ ...[protegerlos] de los malos tratos, la explotación y [los] abusos sexuales y, con este fin, [adoptar]... aquellas medidas de índole nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) que sean incitados o coaccionados para que... se dediquen a actividades sexuales ilegales; b) que sean sujetos a explotación en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) que sean utilizados en la explotación en espectáculos o materiales pornográficos;¹⁸ d) que sean objeto de secuestro, venta o trata... para cualquier fin o en cualquier forma.¹⁹ La CDN establece medidas de protección,

tanto frente a la propia explotación sexual, como en lo que se refiere a esas otras formas de abuso que constituyen, bien factores de riesgo de dicha explotación (como la violencia en los hogares), bien instrumentos para lograrla, (como el tráfico de niños).

- La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores²⁰ crea mecanismos de cooperación que incluyen medidas penales para combatir el tráfico de quienes no han cumplido 18 años *con fines ilegales*,²¹ y obliga a que la prostitución y la explotación sexual de los menores de edad sean sancionadas penalmente.
- El convenio de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación,²² tiene como objetivo que las partes adopten, urgentemente, medidas inmediatas y eficaces para prohibir y eliminar las que, infortunadamente, fueron llamadas las peores formas de *trabajo* infantil; establece que es niño o infante toda persona menor de 18 años, e incluye entre esas peores formas a la utilización, el reclutamiento y la oferta de niños para la prostitución y la pornografía.
- El protocolo facultativo de la CDN internacional sobre los derechos del niño respecto de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía,²³ aunque adolece de muchas

¹² Artículo 2o.

¹³ Artículo

¹⁴ Artículo 4o.

¹⁵ Los tratados están subordinados a la Constitución, rigen en todo el país, y deben ser aplicados en las entidades federativas aun cuando haya leyes locales que estén en oposición con ellos, de conformidad con lo que la misma Constitución ordena en su artículo 133; de acuerdo con lo que viene interpretando la Suprema Corte de Justicia en una impecable lógica jurídica con la que siempre debe leerse dicho artículo, también son superiores a las normas federales.

¹⁶ Ratificada por México el 10 de agosto de 1990.

¹⁷ Artículo 32.

¹⁸ Artículos 19 y 34.

¹⁹ Artículo 35.

²⁰ Adoptada el 18 de marzo de 1994, durante la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Aprobada en México por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de mayo de 1996. No ha sido promulgada; siendo éste un requisito indispensable para su entrada en vigor y aplicabilidad en el país, es indispensable que se hagan los trámites necesarios para completar el proceso legislativo.

²¹ Cabe decir que todo tráfico de niñas, niños y adolescentes –todo tráfico de personas– es ilícito, y así debe ser considerado, por lo que la alusión a la ilegalidad es indebida y abre una puerta a la interpretación en el sentido de que puede haber fines *lícitos* de estas conductas.

²² Número 182. Es complementario del Convenio 138 sobre la Edad Mínima para la Admisión al Empleo, de 1973, y de la Recomendación sobre ese mismo tema. Otros convenios de la OIT se refieren a ciertas actividades que realizan las víctimas de tráfico o trata y que, la mayoría de las veces, son formas de esclavitud o, en los términos de la OIT, trabajos forzados. México los ratificó el 12 de mayo de 1934 y el 1 de junio de 1959. Se entiende que aún no haya ratificado del convenio 182 pues acaba de ser aprobado en la Conferencia Internacional del Trabajo, el 17 de junio de 1999. En cambio, por lo que hace al convenio 138, deben salvarse las objeciones que el gobierno de México ha interpuesto y hacerse un esfuerzo, en beneficio de nuestras niñas y nuestros niños, por ratificarlo.

²³ Solamente la Subcomisión de Prevención y Protección de los Derechos Humanos, órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, había enfocado las dos cuestiones en forma conjunta, y su grupo de trabajo sobre las formas contemporáneas de la esclavitud diseñó, en 1989, un Programa de Acción para la Prevención de la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, 23 lo cual sirvió de antecedente

carencias (sobre todo la que implica una *salvaguarda del respeto a la legislación interna*, en virtud de la cual, ahí en donde el Estado no la haya previsto, la protección especial se tendrá por inexistente en el ámbito internacional) tiene la virtud de que define a la venta de niños como *la oferta, la entrega y la aceptación... con fines, entre otros, de explotación sexual y utilización en trabajos forzados*.²⁴

Una norma de alcance nacional

- La ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes²⁵ acerca la CDN a nuestro sistema jurídico; interpreta, desarrolla y da contenido a los derechos reconocidos en ella a partir de varios principios, entre los que están el del *interés superior de la infancia* y el de la *tutela plena e igualitaria* de las garantías constitucionales y los derechos humanos. Tratando de conjunto tales principios, los pone como una limitante del ejercicio abusivo de los derechos de los adultos, y de la autoridad de éstos hace derivar obligaciones. Con base en el principio de la *tutela plena*, protege el derecho de los menores de edad de tener la oportunidad de desarrollarse en todo sentido y con plenitud, al tutelar por igual, tanto en el ámbito público como en el privado, todos sus derechos: a la educación, la salud, el descanso y el juego, a una vida libre de violencia y a ser protegido en su integridad, en su libertad, contra el maltrato y el abuso sexual y “contra actos u omisiones que puedan afectar su salud física o mental, o su normal desarrollo...” como el descuido, la negligencia, el abandono, el abuso emocional, físico y sexual, la explotación, el uso de drogas y enervantes, el secuestro y la trata.”²⁶ Así, eleva el desarrollo de niñas, niños y adolescentes a la categoría de bien jurídico.

en los trabajos de redacción de este protocolo. Aunque México todavía no es parte de él, es pertinente tomarlo en cuenta porque, además de que el debate legislativo previo a su ratificación está, aparentemente, a punto de concluir, se trata del primer documento jurídico internacional que se refiere, expresa y directamente, a la venta y al tráfico de infantes y, antes de que se aprobara, las acciones en contra de estos fenómenos apenas formaban parte del combate contra la trata de personas y las adopciones internacionales ilegales.

²⁴ Artículo 2o.

²⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000.

²⁶ Artículos 9 y 21.

Revisión crítica de normas. Las normas penales

Las normas hasta ahora comentadas configuran, como puede verse, un abanico ampliamente protector de los niños frente a la explotación sexual comercial, y constituyen el sustento normativo del análisis que se hace, enseguida, de las normas penales de 6 entidades federativas. Mediante dicho análisis hemos de determinar si los tipos existentes son idóneos (son útiles en la prevención general y en la prevención particular y justos), es decir, si:

- Protegen los bienes jurídicos que son afectados por las conductas abusivas.
- Están compuestos de elementos que atiendan a las características de dichas conductas, de tal manera que éstas quepan dentro de los tipos penales —o se adecuen a ellos— y, por ende, sea posible sancionarlas.
- Sus sanciones responden a la gravedad del daño que ocasionan y al valor del bien que vulneran.

Los bienes jurídicos protegidos

Toda actividad sexual debe respetar el principio de la libertad de las personas; por ende, toda relación sexual requiere del acuerdo informado e igualitario de quienes participan en ella. El derecho moderno debe atender a ese principio, que es universal, y no a consideraciones morales y religiosas que no constituyen principios compartidos por todas las personas.²⁷ De ahí que los bienes jurídicos a proteger cuando se diseñan los tipos en los que se encuadran las agresiones sexuales son la libertad, tanto como la integridad sexual de las personas. En el caso de las niñas, los niños, los y las jóvenes, esa libertad y esa integridad se traducen en el derecho al libre desarrollo de la sexualidad, que pone límites a la injerencia abusiva de los adultos.

Una primera señal de que los códigos no están protegiendo la integridad sexual ni el derecho al libre desarrollo de la sexualidad de niñas, niños y adolescentes está en que los tipos que se refieren a las conductas aquí estudiadas se clasifican: en Chiapas, Chihuahua, Jalisco y Quintana Roo, como delitos

²⁷ Esto no se dice con el fin de sancionar estas consideraciones morales, que merecen respeto, sino solamente con la pretensión de que no sean adoptadas por el derecho.

contra la moral pública, y en Baja California y Guerrero como delitos contra la moral pública y las buenas costumbres. Ello es aún más grave, y ciertamente contradictorio, porque en cinco de estos estados la mayoría de los delitos que agreden la sexualidad (como la violación, el estupro y los abusos deshonestos, por ejemplo)²⁸ se clasifican como delitos que atentan: en Chihuahua y Guerrero contra la libertad sexual; en Jalisco y Baja California contra la libertad y seguridad sexuales; en Quintana Roo, contra la libertad sexual y el normal desarrollo de la sexualidad.²⁹ Solamente en Chiapas se siguen considerando éstos como *delitos sexuales*.

Asimismo, los tipos de sustracción de menor y robo de infante se clasifican como delitos contra el orden de la familia, salvo en Chiapas y Chihuahua, en donde el tráfico de menores sí forma parte de los delitos contra la libertad.

La composición de los tipos penales relativos a la explotación sexual

El desarrollo libre de la sexualidad de quienes están creciendo solamente puede darse cuando no media la injerencia abusiva de los adultos y, por ende, la protección jurídica de la libertad sexual de niñas, niños y jóvenes debe tomar en cuenta los factores *diferencia de edad y abuso de poder* a que se hace referencia como parte de las premisas teóricas, a fin de poner límites a ese poder. Por eso nunca puede considerarse libremente prestada la voluntad de un menor de edad en cualquier tipo de intercambio sexual que tenga con un adulto, así como debe *empoderarse*, mediante la protección legal del Estado, a niñas, niños y adolescentes porque son particularmente vulnerables frente a ese poder. A lo largo de este análisis se verá qué tan pobremente los tipos atienden a esas exigencias.

Procede hacer una revisión comparativa de los delitos existentes con las conductas abusivas motivo de este estudio, a partir de una caracterización de

esas conductas que está orientada por nuestras premisas teóricas, y que no es sino un resumen de los abundantes datos aportados por la investigación de Elena Azaola.

De conformidad con dicho estudio, se puede decir que la explotación sexual comercial de niños adopta dos formas: la prostitución y pornografía infantiles, y conlleva otras conductas abusivas: el tráfico de niños, la privación ilegal de libertad y la imposición de servidumbre.

I. LA PROSTITUCIÓN Y LA PORNOGRAFÍA

1. La realidad

Tanto la prostitución como la pornografía infantiles comparten características que son relevantes para el diseño de unos tipos penales que sean idóneos y eficaces:

Aparentemente la primera va acompañada de la segunda y, mientras ésta implica el intercambio sexual *per se*, aquélla tiene como principal objetivo lograr la representación material (por vía de película, impresión, foto, audio, video, grabación o representación digital computarizada...) de niños realizando actos sexuales reales o simulados. Ambas actividades están destinadas a brindar gratificación sexual a usuarios adultos, y tienen las siguientes características comunes:

A. Aunque varía el grado en que cada una afecta a niñas o a niños, se puede decir que tanto unas como otros deben ser protegidos por igual de todas ellas.

B. Las edades de la mayoría de las niñas y los niños explotados van de los 12 a los 17 años, aunque existen casos de niñas y niños aun menores (desde 8 años) y de jóvenes de 18; los adolescentes son, entonces, los más afectados por la explotación.³⁰ Los tipos penales deben proteger de toda forma de agresión a todos los niños y jóvenes menores de 18 años; la disparidad derivada de la diferencia de edades debe ser siempre formar parte de sus elementos; la minoridad debe equipararse a la violencia, siempre que no sea uno de esos elementos, y constituir agravante.

²⁸ Salvo el incesto que suele formar parte de los delitos contra el orden en las familias y, en algunos casos, el raptó, que ha pasado a ser una modalidad de privación ilegal de libertad en Baja California, Guerrero, Jalisco y Quintana Roo con, por cierto, una penalidad mucho más baja que las otras y, salvo en Guerrero, el matrimonio como eximente.

²⁹ La alusión al desarrollo de la sexualidad ya es un avance, aunque una fórmula realmente protectora de derechos debe aludir, no al *normal*, sino al *libre* desarrollo.

³⁰ Si bien el factor de riesgo que representa la violencia sexual los ataca desde muy pequeños, lo cual también es asunto de la ley, particularmente en cuanto a los delitos como la violación, el estupro y el abuso sexual.

C. Los niños ofrecen sus servicios o son reclutados en la calle —cruceiros, playas, lotes baldíos—; lugares de juegos electrónicos o de diversión infantil; y toda clase de establecimientos —clandestinos o permitidos— como antros, congales, restaurantes, bares o *tables dances*. Los mediadores tienen una variedad de formas de ofrecer esos servicios: se rifan niñas vírgenes, se ofrece servicio al hotel, se realizan promociones vía internet y mediante catálogos, se hace publicidad abierta, se establecen citas por medio de teléfonos celulares. Además, con frecuencia tienen un trabajo lícito que, o bien es *pantalla*, o bien está combinado con la prostitución (son bailarines, meseros, masajistas, edecanes, empleados domésticos, recamareros) y, aunque ciertos empleos son preferentemente de niñas, es factible que en todos también hay niños. Toda esta amplia gama de acciones debe verse recogida por los tipos penales mediante una fórmula que impida que ninguna de ellas escape a la acción de la justicia.

D. El intercambio se da en toda clase de espacios, permitidos y registrados, o clandestinos, como: cuartos en alguna parte de los diversos giros, dentro y fuera de las zonas de tolerancia; congales y casas de prostitución; hoteles y casas de asistencia; casas de los clientes; casas de masaje, estéticas, gimnasios, *spas*; transportes de carga... La elaboración del material pornográfico sucede en residencias privadas o en departamentos que se rentan con niños incluidos a los que es posible videograbar o fotografiar, y que con frecuencia son retenidos ahí por días o semanas. Los tipos penales deben incluir entre los posibles actores a los dueños de todo este abanico de lugares, inclusive de aquéllos que tengan nombres y apariencias de lícitos, cuando a sabiendas los destinan, de cualquier modo, a estos delitos.

E. Los niños son atrapados mediante a) engaños, como el de hacerles creer que les darán trabajo lícito; b) coerción tal que las amenazas de daño a ellos o sus familias, o los asaltos para despojarlos y así orillarlos a prostituirse; c) inducción a la drogadicción y, en el caso de la pornografía, suministro de drogas en el momento de realizarla; d) *compra* de sus personas. Es fácil observar que algunas de estas modalidades deben constituir agravantes de tipos idóneamente diseñados, pero que otras implican delitos ya considerados por los códigos, pero que deben verse agravados siempre que las víctimas sean menores de edad.

F. Existe una gran variedad de intermediarios que actúan en complicidad y que obtienen una ganancia

por el hecho de poner en contacto a niños y clientes o permitir el intercambio o aportar un espacio para que éste se dé, o bien por trasladar a los niños de un lugar a otro dentro y fuera del país: a) otros menores de edad, b) lenones, dueños de prostíbulos, hoteles, casas de asistencia, *tables dances*, bares, cervecerías, cantinas, c) regenteadores, padrotes o parejas, d) enganchadores, iniciadores, mediadores, ofrecedores o conseguidores de clientes como los trailereros, taxistas, recepcionistas, meseros, guardias de seguridad, acomodadores de automóviles, vendedores ambulantes, miembros o dueños de empresas que ofrecen servicios sexuales, casas de masaje, estéticas, agencias de modelaje, *scorts* y edecanes, *sexshops*, amenizadores y organizadores de fiestas, acompañantes de viaje, e) rotadores a lo largo de fronteras o de diferentes establecimientos y enganchadores que llevan a los niños a otros países. Hay redes de tráfico de pornografía, con personas que coptan o compran niños y los trasladan y mantienen drogados, o que les envían a los padres una mensualidad haciéndoles creer que los están criando; que rentan departamentos con el servicio incluido; que pagan a niñas de secundaria, o las enganchan y luego las obligan a dejarse fotografiar bajo amenaza de enterar a sus padres; que contratan menores de edad para que graben a sus parientas o conocidas; que distribuyen el material.

Cabe hacer ver que hay factores que dan diversos grados y diversas formas de poder —un poder que se suma al derivado de la diferencia de edades— a algunas de las personas que forman parte de estas cadenas de delincuentes: pertenecen a familias adineradas e influyentes, son funcionarios públicos, son padres o familiares de los niños. Esto implica que, además de buscarse una fórmula que incluya a todos aquellos que intervengan en cada paso de la cadena de abusos, las razones y circunstancias de las que deriva ese poder deben ser vistas como agravantes.

G. Se paga a los niños con dinero —generalmente una mínima parte de lo que costó el intercambio porque lo demás se reparte entre la serie de explotadores—, o bien con casa, comida, diversiones, droga, ropa y otros beneficios en especie. También esto debe ser previsto por la ley en todos los tipos referentes a la explotación de la índole aquí estudiada.

H. Los clientes son mujeres y hombres en relaciones hetero u homosexuales; con frecuencia son turistas que viajan a México con la intención de involucrarse en actividades sexuales, inclusive con

niños. También debe tenerse en cuenta a quienes consumen material pornográfico. El sexo y la preferencia sexual de los clientes no resultan significativos para el diseño del tipo penal cuando los bienes jurídicos que buscan protegerse son la integridad y el libre desarrollo sexual y cuando, por tanto, se considera igualmente dañina una injerencia adulta homosexual que una heterosexual. Lo que, una vez más, es fundamental en el diseño de un tipo idóneo, es la disparidad que implica la diferencia de edades. La circunstancia relativa a la movilidad de una gran mayoría de quienes se sirven sexualmente de niñas y niños tampoco es un ingrediente de un tipo idóneo y eficaz; la persecución de esos delitos cuando son cometidos en nuestro territorio por quienes, siendo mexicanos o extranjeros, salen del país después de cometerlos, es una cuestión de cooperación internacional respecto de la cual no hay impedimento en las leyes de México.³¹

I. Las relaciones con sus regentadores, así como con sus clientes, con frecuencia son consideradas por los niños como protectoras. Ello, su vulnerabilidad y el deseo de que sus familias no se enteren de su situación, son factores de poder para los explotadores que impiden a los niños denunciar y escapar, y que obligan a que se establezcan los mecanismos necesarios para protegerlos y ponerlos fuera del alcance de los abusadores, una vez que se ha iniciado la persecución de los delitos, así como que se adecuen las disposiciones relativas a la acción penal, el perdón y la prescripción.

2. La respuesta penal

La investigación de campo ha permitido constatar que estamos ante un fenómeno delictivo de grandes dimensiones y complejidad; veamos cómo lo enfrenta la norma jurídica.

Existen en los 6 estados los tipos de corrupción de menores, de empleo de menores de edad en trabajos y lugares prohibidos, de lenocinio y de pornografía;³² conviene analizar cuáles son los elementos

que los conforman; qué sujetos pasivos y activos, qué conductas, lugares, circunstancias y medios coactivos están previstos y qué agravantes o atenuantes se disponen.

A. Cabe, en primer término, congratularse de que están previstos como sujetos pasivos o víctimas de todos estos tipos, sea *las personas*, sea *los menores de edad*, sin hacerse distinción debida al sexo, con lo que se está protegiendo a varones y mujeres por igual.

B. Por cuanto a la edad, se protege: de la corrupción, en Baja California, Chiapas, Chihuahua y Jalisco a los menores de 18 años, y en Guerrero y Quintana Roo a los menores de 16; del empleo en trabajos prohibidos, en Baja California, Chiapas y Jalisco a los menores de 18 años, y en Chihuahua, Guerrero y Quintana Roo a los menores de 16; del lenocinio a personas de todas las edades, y la minoría de edad es agravante, hasta antes de 18 años en Baja California, Chihuahua, Jalisco y Guerrero, y hasta antes de 16 en Chiapas y Quintana Roo; de la pornografía solamente en Baja California se protege a quienes no han cumplido 18 años.³³ Como se verá más adelante, estos tipos no son suficientes para alcanzar dicha protección, y es necesario rediseñarlos o, inclusive, diseñar unos nuevos; al hacerse esto, debe generalizarse la protección de todas las personas menores de 18 años, sea como elemento de las formas simples, sea como factores de agravamiento de las penas, según se revele necesario.

C. Si observamos las conductas que son previstas podemos ver que:

a). La corrupción de menores³⁴ es una especie de cajón de sastre para conductas muy variadas, que abarca la inducción a la mendicidad o a la drogadicción o a la adquisición de otros vicios, o a cometer delitos o participar en asociación delictuosa (lo cual implica que, por lo pronto, es posible sancionar a quienes se sirven de la droga o de otros niños o jóvenes para *enganchar* a sus víctimas), o la enseñanza de malos hábitos o la perversión de las costumbres, o definiciones similares que aluden al deterioro

per se, delitos diversos, sobre todo contra la libertad y la integridad sexuales, los cuales pueden ser determinados casuísticamente siempre y cuando haya voluntad de perseguirlos y sancionarlos tanto como la misma explotación, de conformidad con lo que cada código establezca para el caso de concurso de delitos.

³³ Los números de los artículos que se refieren a cada tipo se van mencionando conforme se revisan las conductas que lo constituyen.

³⁴ Los artículos que la prevén son: en Baja California 261 y 262, en Chiapas 208, en Chihuahua 175 y 177, en Jalisco 136, en Guerrero 217 y en Quintana Roo 191.

de hábitos morales, a la anormalidad, a la depravación, a la relajación de costumbres de orden ético social. Las agresiones al libre desarrollo sexual se incluyen sólo de la siguiente manera:

Como constituyentes del tipo simple en Guerrero, en donde se sanciona: el fomentar la depravación sexual, o incitar o auxiliar a que se dé mediante actos de exhibicionismo corporal, o lascivos o sexuales, y el inducir a la prostitución; en Jalisco en donde una variante es la incitación a la depravación sexual de un púber o a la iniciación sexual de un impúber, y en Quintana Roo en donde una modalidad consiste en facilitarla mediante actos sexuales perversos o prematuros.

Véase cómo este tipo, que existe en las seis entidades estudiadas aquí, solamente protege de las agresiones sexuales a niñas y niños en la mitad de ellas, y cómo lo hace de manera muy deficiente. Solamente algunas formas de participación están incluidas y son poco precisas si las comparamos con la realidad antes descrita: fomentar, inducir, incitar o auxiliar; además sólo el código de Guerrero se refiere a la prostitución, mientras que los otros aluden a cuestiones que hacen imprecisos e inconsistentes los tipos desde el punto de vista de la protección de la libertad y la integridad de las personas,³⁵ como cuando se exige que los actos sexuales sean perversos o prematuros —como si las relaciones sexuales entre adultos y niños pudieran ser de otra índole—, o cuando se incluye a la depravación de púber o iniciación de impúber, en cuyos casos estaríamos ante graves delitos como la violación o el estupro. Es particularmente grave que, en Jalisco, el tipo consista en *facilitar o procurar el deterioro de los conceptos y hábitos morales... de tal manera que pueda considerarse negativo en comparación con las buenas costumbres o los hábitos de orden ético social familiar que imperan en el Estado*. Nada más alejado de la realidad descrita antes ni de los bienes jurídicos que debieran protegerse; nada más propiciador de decisiones basadas en criterios subjetivos que acaban por hacer que las víctimas de este delito vuelvan a serlo, ahora del sistema de procuración e impartición de justicia.

Similares previsiones también existen, aunque siempre de la misma pobre manera, en forma de agravantes: en Baja California lo es que haya realización

de actos sexuales o prostitución, en Chiapas que se originen o provoquen hábitos como el homosexualismo, en Chihuahua, Guerrero y Jalisco que se propicie la prostitución o la práctica del homosexualismo del sujeto pasivo. Además, en Guerrero y Chihuahua debe mediar reiteración contra el mismo sujeto para que se considere que se ha dado la conducta propiciatoria. Cabe observar que se diferencia entre prostitución y homosexualismo sin atenderse a que, en realidad, son dos formas de prostitución, y también que se hace referencia a estas conductas como si, una vez que se les *enviciara* en ellas, fueran ejecutadas por los niños sin la intermediación de explotadores adultos y sin la participación activa de clientes también adultos. Se puede decir que, en concordancia con la forma en que los tipos están clasificados, como se explica páginas arriba, se alude a la prostitución infantil como si se tratara de un hábito del que son responsables los niños, y no como lo que son: formas graves de agresión contra su integridad. Aunque la inducción a la drogadicción es también agravante en todos los casos, solamente en Chihuahua lo es como medio para la corrupción e, infortunadamente, apenas para el caso de suministro de sustancia que, inhalada, produzca efectos tóxicos. Sólo en Chiapas es agravante el que medie retribución dada o prometida.

Finalmente cabe revisar cómo se aborda la participación de padres, tutores, otros familiares o cualesquiera personas que, por razones de diversa índole, tienen con los ofendidos relaciones que les dan poder sobre ellos, además del proveniente de la diferencia de edad. En Chihuahua, Jalisco y Guerrero se priva a los autores de la patria potestad que tengan respecto del ofendido (o sus descendientes en Jalisco) y de los derechos sobre los bienes de éste. En Chihuahua se eleva la pena a los autores que ejerzan autoridad sobre su víctima y se les inhabilita para ser curadores o tutores; en Jalisco se impone tal inhabilitación a quien sea pariente consanguíneo dentro del tercer grado, padrastro, madrastra, maestro, responsable de guarda o tutor del ofendido; en Guerrero se agrava la pena y se prevé la pérdida de la custodia, la guarda o la tutela, así como la privación de la posibilidad de tenerlas o la inhabilitación para ejercerlas, a los autores que sean, tanto padres o tutores, como otros ascendientes, padrastros o madrastras; en Quintana Roo al autor se le inhabilita para ser tutor o curador.

Como se ve, no siempre se responde al hecho, claramente percibido gracias a la investigación, de

³⁵ Y permiten que se *cuelen* los delincuentes con ayuda de hábiles abogados que interpretan la norma aprovechando esas imprecisiones e inconsistencias.

que son con frecuencia los familiares más cercanos, e inclusive los mismos progenitores de los niños, los que realizan las conductas nocivas para ellos; y el tipo de corrupción no protege a niñas, niños y adolescentes de los actos y circunstancias que conforman la prostitución infantil. Una posibilidad que debe revisarse muy seriamente es la de substituirlo por otros que no aludan a la moralidad y sí respondan a las características de la explotación infantil, y que traten de manera diferenciada cuestiones como la inducción de *malos hábitos* y conductas más graves como la promoción de la drogadicción y la prostitución.

b). La revisión del tipo que sanciona el empleo de menores de edad en trabajos y lugares prohibidos³⁶ permite ver que, en su modo simple, está compuesto de las siguientes conductas: en Baja California, Chiapas y Guerrero se sanciona el emplearlos en lugares que por su naturaleza sean nocivos para su formación moral (en el segundo de estos estados se ejemplifica: *como cantinas, cabarets y prostíbulos*); en Chiapas como trabajadores en cantinas, bares, tabernas y centros de vicio durante horarios *habituales* de actividad; y en Chihuahua y Jalisco en cantinas, tabernas o centros de vicio.

Es fácil advertir que este tipo no busca proteger a niñas y niños del daño que puede sufrir su integridad si son empleados en lugares en donde, como ya se ve en los resultados de la investigación, son presa de las redes de prostitución sin escape posible: apenas en tres entidades se hace referencia a la afectación a su moralidad y no a los daños que implican la violación de su derecho al desarrollo libre de injerencias agresivas; y en ningún estado hay una fórmula que abarque a todo tipo de negocio, establecimiento o empresa en donde corra peligro ese derecho. En Chiapas se exige que las víctimas sean *trabajadoras* (término que hace referencia a un concepto jurídico cuya comprobación penal es difícil de lograr, aunque podría probarse mediante la intervención protectora de la autoridad laboral) y, peor aún, que el hecho suceda en *horarios habituales*, con toda la imprecisión que ello implica; de esta manera, para un abogado defensor de quien explote a niños es fácil interpretar que, en ese estado, no es ilícito que un menor de edad permanezca, si no tiene un contrato de trabajo, en horas *inhabituales*,

dentro de los lugares en donde suelen tenerse privadas de su libertad a las niñas con fines de servidumbre sexual.

Son formas agravadas de este tipo: en Quintana Roo, Baja California que los padres o tutores permitan el empleo de sus hijos o pupilos; en el segundo de estos estados que el autor sea ascendiente, padrastro o madrastra del ofendido; que el delito se cometa en centros educativos, de recreo, deportivos o en sus inmediaciones; que medie violencia o valimiento de función pública o aprovechamiento de profesión, oficio o cargo. En Chiapas que medie retribución dada o prometida. En Chihuahua que el autor ejerza autoridad sobre el pasivo, y en Guerrero que sea su padre, tutor, padrastro o madrastra.³⁷

Tampoco en este caso están cubiertas todas las formas de poder cuyo abuso se suma al resultante de la disparidad de edades. Debe buscarse una fórmula que incluya todos los casos en que se incumple un deber de cuidado, o se abusa de una relación de dependencia o autoridad o que implique confianza, y que abarque a todo aquel adulto que participa (el que emplea, el que permite, el que sirve de mediador)... También debe ser agravante la existencia o la pretensión de cualquier suerte de lucro del que aprovechen los adultos involucrados. Contrario a esta propuesta, en Chiapas es atenuante el que los padres o tutores acepten que los hijos o pupilos bajo su guarda se empleen, si prueban que media estricta necesidad familiar. Con una atenuante así, no se hace sino cargar sobre las espaldas de los más vulnerables los problemas económicos del país, los cuales deben ser resueltos mediante políticas de lucha efectiva contra la pobreza.

Una fórmula que está bien lograda a propósito de este tipo, y que debiera ser utilizada en todos los que se diseñen para la lucha contra la explotación sexual de menores de edad, consiste en que, con variaciones de un estado a otro, en todos, salvo en Jalisco, se hace caber, no solamente a quienes, a cambio de su trabajo, reciban un salario, sino a los que perciban cualquier prestación o beneficio económico (la sola comida, una comisión o cualquier otro estipendio, gaje o emolumento), o a quienes laboren gratuitamente. De esta manera se asegura que todo aquel que, aprovechando la extrema pobreza, emplee a menores de edad en menesteres que dañan su libre desarrollo y vulneran su integridad sin, además, darles un sueldo, sean incluidos dentro de la prohibición.

³⁶ Los artículos que lo contienen son: 262 a 264 en Baja California, 209 en Chiapas, 176 y 177 en Chihuahua, 138 en Jalisco, 217 en Guerrero y 193 en Quintana Roo.

³⁷ La redacción es confusa.

c). El lenocinio³⁸ consiste, en los 6 estados, en varias conductas:

- Explotar el cuerpo de otro mediante el comercio carnal.
- Mantenerse de ese comercio u obtener lucro o beneficio de él.
- Regentear, administrar (u obtener beneficio de sus productos en Baja California, Guerrero y Jalisco) (o fomentar en Chiapas) (o sostener en Chihuahua, Guerrero y Quintana Roo) (o ser propietario o administrador de, en Chihuahua) lugares dedicados a la prostitución; en Baja California, Guerrero y Jalisco se habla también de prostíbulos y casas de cita, y se exige que los lugares estén *expresamente* dedicados a la prostitución (virtual o visual, mediante videos, películas, fotografías u otros en Guerrero), y en Chiapas de casas de cita; en Baja California, Chiapas y Guerrero se incluye a quienes realicen indirectamente esas actividades, y en Jalisco a quien dedique o dé en arrendamiento, deliberadamente, una finca para destinarla al comercio carnal.
- Inducir o solicitar en Baja California, Chihuahua, Jalisco y Guerrero (o mediar en los últimos tres estados) a una persona para que comercie sexualmente con su cuerpo, o facilitarle los medios para que se prostituya.
- Solamente en Baja California se habla expresamente de promover, invitar, facilitar o propiciar, por cualquier medio, que una o más personas tengan relaciones o actos sexuales con menores de edad.

Como agravantes que aquí deben ser analizadas están: en Baja California, Chihuahua, Jalisco y Quintana Roo que la víctima sea menor de edad; en Chiapas que sea menor de 16 años o que medie la colaboración o la protección de servidor público, y en Chihuahua que sea descendiente del explotador; en Jalisco que el autor tenga autoridad sobre ella, salvo para el caso de la dedicación de finca al comercio carnal y en Quintana Roo que sea su ascendiente, padrastro, madrastra, hermano, tutor o curador, o que esté encargado de su custodia.

Este tipo requiere: que se incluya en él a toda la gama de personas que participan en el comercio carnal de otros; a los autores e intermediarios de toda índole y mediante todas las formas de participación

que se sabe existen; que se generalice cualquier forma de posesión, destinación o uso de bien inmueble para explotar, de la forma que sea, la prostitución ajena; que se castigue a los dueños de los establecimientos que suelen servir de *pantalla* para la explotación sexual, cuando obliguen a sus empleadas o empleados a prestar servicios que no están especificados en los contratos laborales, como sentarse o salir con clientes, o bailar con ellos o para ellos; que, en el caso de que la persona explotada sea menor de edad, se sancione también a quien utilice sus servicios sexuales de la índole que sean; y que se agraven las penas para todos quienes participen en la explotación de la prostitución de niñas y niños, así como siempre que medie, entre autor y víctima, relación que implique deber de cuidados, autoridad o confianza.

Deben encontrarse las formas como estos tipos sean suficientemente concretos y concisos sin dejar de abarcar todas las posibles conductas que los delincuentes vayan inventando. Un tipo idóneo de explotación de la sexualidad debe incluir, además de las formas ahora reconocidas, todas aquellas que se han encontrado, como, por ejemplo: impedir que alguien abandone la prostitución; dirigir, organizar o promover actividades sexuales turísticas; comprometer o seducir a una persona para entregarla a la prostitución, o sostener, aceptar, ofrecer o solicitar relaciones sexuales lucrativas; estar relacionado con la prostitución y no poder justificar el tren de vida que se lleva; consentir la prostitución de la pareja y beneficiarse de ella, en una combinación en la que, además de enumerarse las formas que realmente sean distintivas entre sí, se agregue una frase que abarque a todas aquellas otras similares o que impliquen la explotación de la prostitución ajena.

Entre los fines o motivos de la explotación de la prostitución de niñas, niños y adolescentes no debe incluirse el ánimo de lucro, ya que es difícil la probanza de tal elemento; debe solamente sancionarse sin importar las razones que el autor tenga o los fines que pretenda. En todo caso, el lucro pretendido u obtenido debe ser agravante, así como también ha de serlo, por equipararse a la coacción, la minoría de edad de la víctima.

d). Las conductas previstas como pornografía,³⁹ en los cinco estados en los que existe (no se sancio-

³⁸ Los artículos en los que está tipificado son: 264, 266 y 267 en Baja California; 211, 213 y 214 en Chiapas, 179 y 180 en Chihuahua, 139 a 141 en Guerrero, 193 y 194 en Quintana Roo.

³⁹ Los artículos que las prevén son: 261, 263, 264 y 268 en Baja California, 148 y 207 en Chiapas, 174 en Chihuahua, 135 en Jalisco y 216 en Guerrero.

na en Quintana Roo) son: fabricar, reproducir, publicar, exponer, distribuir o hacer circular (en Jalisco se exige que estas dos últimas acciones y la de transportarlos sea a sabiendas) libros, escritos, imágenes u objetos obscenos; publicar, ejecutar o hacer ejecutar exhibiciones obscenas; y de modo escandaloso invitar a otro al comercio carnal. Solamente en Baja California se prevé expresamente el que, con o sin ánimo de obtener un lucro, se procure, facilite, induzca, propicie u obligue a menores de edad a realizar actos de desnudo corporal con fines lascivos o sexuales, o para exhibirlos de cualquier forma, filmarlos, videografarlos o fotografarlos; o por cualquier medio se elaboren, reproduzcan, vendan, arrienden, expongan, publiciten, transmitan, fijen, graben, impriman o distribuyan anuncios, impresos, videos, películas o fotografías en que aparezcan menores de edad realizando actos o desnudos con fines lascivos o sexuales. En Chihuahua es sancionado el que se permita a menores de edad entrar en salas en que se exhiban películas o monten espectáculos clasificados de no aptos para ellos.

Son agravantes: en Baja California que el autor, por sí o terceros, dirija, administre o supervise una asociación delictuosa, o que sea ascendiente, padrastro o madrastra del afectado; que los hechos se realicen en centros educativos, de recreo, deportivos o en sus inmediaciones, o mientras la víctima va de su domicilio a ellos o viceversa; o que medie violencia o valimiento de función, oficio o profesión. Cabe decir aquí que en Chiapas la privación ilegal de libertad se agrava cuando la víctima tenga menos de 12 años o medie el propósito de realizar pornografía con ella.

Como es evidente, este tipo ha sido diseñado, por lo general, con el fin de proteger la moral y las buenas costumbres; la protección de la libertad sexual de las personas, así como del libre desarrollo de la sexualidad y de la integridad de niñas y niños es casi inexistente. Cabe, entonces, diseñar tipos que sancionen severamente todas las formas en que se utiliza a los menores de 18 años en la pornografía, todos los medios y mecanismos que se usan para difundirla —de manera similar a como se hace en Baja California pero, a fin de evitar que la precisión deje resquicios por los que puedan escapar a la sanción autores que utilicen otros mecanismos, agregando una frase que incluya *cualquier otra modalidad*— y todos los modos de consumirla cuya existencia ha sido posible determinar. Debe hacerse notar una ausencia que se antoja escandalosa: la de los tipos que

clara y severamente sancionen el uso en la pornografía de niños y jóvenes y su difusión por medios electrónicos; no puede seguirse aceptando que el derecho a la información impida castigar y perseguir estos abusos contra derechos fundamentales y bienes que debieran ser muy apreciados socialmente.

D. En ninguno de estos tipos se incluye, como sujetos activos de los delitos, a todas las personas que utilizan los servicios sexuales o pornográficos de niñas, niños y adolescentes; no puede darse al consumo de estos servicios el mismo tratamiento que a la prostitución entre adultos, ya que la asimetría de edad implica que quien brinda los servicios no está prestando libremente su voluntad cuando es solicitado por un cliente adulto y, entonces, éste ya abusa de poder por el sólo hecho de tener el intercambio sexual. Por otra parte, el libre desarrollo de la sexualidad debe ser visto como un bien jurídico, y protegerse con firmeza, así como sancionarse duramente, toda agresión que se le haga.

II. EL TRÁFICO DE NIÑOS

Los tipos antes analizados se facilitan mediante la comisión de otros que conforman la cadena de ilícitos constituyente de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes.

1. La realidad

Uno de los mecanismos de la prostitución y la pornografía infantiles es el tráfico de niños para actividades sexuales; cabe recordar aquí la definición adoptada en este trabajo: “movimiento de niños con el propósito de obtener ganancias financieras por sus actividades sexuales, sea de una a otra localidad dentro de un país, sea de un país a otro.” También conviene resumir sus características determinadas mediante la investigación: una de sus formas más recurrentes es la *adopción* hecha por extranjero mediante pago, de niñas y niños que son robados o comprados a sus padres por un intermediario —aunque con frecuencia el trato es realizado por los mismos padres directamente—, y que luego son sacados del país con documentos falsos o legalizados mediante corrupción; otra forma es la venta a enganchadores que hacen sus propias familias, y otra más la atracción que los mismos enganchadores ejercen directamente sobre los niños con promesas de trabajo. En todos estos casos, los niños son vueltos a

vender a dueños de establecimientos en donde, antes de irse, deben pagar lo que costaron más hospedaje y comida, y en donde les cobran un depósito para salir; es decir, en donde quedan atrapados para siempre porque nunca pueden saldar *su deuda*.

2. La respuesta penal

Son dos los tipos que, a este respecto, deben revisarse: el de sustracción de menores o robo de infante, y el de tráfico de menores.

A. El tipo de sustracción de menores o robo de infante,⁴⁰ en Baja California, Quintana Roo, Guerrero y Jalisco consiste en que, sin consentimiento de quien legítimamente tenga la custodia o guarda (de quien legítimamente lo tenga en su poder o de sus padres, en Jalisco), se sustraiga o retenga a (de apodere de, en Jalisco) un menor de: 12, 14, 18 y 12 años, respectivamente, sin tener con él relación familiar o de parentesco (sin derecho en Jalisco), con el fin de violar derechos de familia (segregarlo del medio familiar que le es propio en Jalisco).

De este tipo se puede decir que no protege a todos los menores de edad, descuidando, casi en todos los estados en donde existe, particularmente a quienes tienen entre 12 y 18 años, a pesar de que son los adolescentes las presas más fáciles de la explotación y de que, con frecuencia, como se acaba de ver, se les aleja de sus casas con el fin de *engancharlos*. Por otra parte, no hay que dejar de ver que, salvo en Jalisco, la previsión se limita a aquellos casos en que se tenga el objetivo de violar derechos de familia.

En Baja California, Guerrero y Quintana Roo está menos penado el autor que sea familiar del menor y no ejerza sobre el menor patria potestad ni tutela, lo cual no parece tener sentido alguno desde el punto de vista de nuestras premisas teóricas y, desde luego, debilita la protección debida a los infantes.

B. El tipo de tráfico de menores,⁴¹ en los 6 estados consiste en que, con el consentimiento de un ascendiente que ejerce la patria potestad o de quien tiene la custodia aunque no haya sido declarada (el autor es el mismo ascendiente o custodio en Jalisco y Chihuahua), se entregue ilegítimamente (no se

exige esta ilegitimidad en Quintana Roo y Chihuahua) a un menor de edad (de 14 años en Jalisco) en manos de un tercero para su custodia definitiva (definitivamente en Chihuahua) a cambio de un beneficio económico. Se prevé la sanción para quienes otorguen el consentimiento (para los intermediarios en Jalisco y para quienes hagan la entrega y quienes reciban al menor de edad en Chihuahua).

En Baja California, Chiapas, Jalisco, Guerrero y Quintana Roo es atenuante que la entrega definitiva no conlleve beneficio económico y que quien recibió al menor de edad acredite que lo hizo para incorporarlo a su familia beneficiosamente; esto último es eximente en Chiapas mientras que en Guerrero la reducción beneficia a todos aquellos que no tenían el objetivo de lucrar.

Se agrava la pena en Baja California, Chiapas y Guerrero cuando no media el consentimiento de padre o custodio, y en Jalisco cuando se afecta la integridad física de la víctima mediante la extracción de miembro u órgano.

Se prevé la privación de la patria potestad, la tutela o la custodia en Baja California, Chiapas, Chihuahua, Jalisco y Guerrero, así como de los derechos de familia derivados de la relación con el ofendido en Baja California, Guerrero y Quintana Roo. Se destituye e inhabilita definitivamente en Jalisco a quien hace la entrega siendo directivo de la institución que tiene la custodia.

Solamente en Guerrero y Quintana Roo existe la trata de personas, que consiste en promover, facilitar, conseguir o entregar a alguien para que ejerza la prostitución dentro o fuera del Estado, y que se agrava si el ofendido es menor de 16 años o si media violencia o valimiento de función pública.

Cabe comentar, respecto del tráfico de menores, que debe elevarse la edad en Jalisco y eliminarse, en los 5 estados que la tienen, la referencia a la ilegitimidad, ya que la entrega de una persona a cambio de un beneficio económico nunca puede ser considerada legítima. Esto último, y en el hecho de que la pena se agrave si falta el consentimiento de los padres o custodios, permite percibir cómo subsiste en el inconsciente colectivo la aceptación del poder del *pater familias* que antaño daba el derecho, inclusive, de vender a quienes se le supeditaban. Parece conveniente crear un tipo consistente en toda entrega o recepción que se haga de una persona, sancionarse a cualquiera que participe en ella y agravarse el que la víctima sea menor de edad y el que tenga con el autor una relación de la que derive deber de cuida-

⁴⁰ Previsto en los artículos 237 en Baja California, 190 en Guerrero, 179 en Jalisco y 171 en Quintana Roo.

⁴¹ Tipificado en los artículos: 283 en Baja California, 148 en Chiapas, 231 en Chihuahua, 191 en Guerrero, 179 bis en Jalisco y 172 en Quintana Roo.

dos, o que implique dependencia, autoridad o confianza, así como que medie el objeto o el resultado de explotar su sexualidad de cualquier manera. Además el ánimo de lucro o su obtención debe ser agravante, y el que no medie beneficio económico no debe ser atenuante o eximente. También debe sancionarse con mayor severidad el que la víctima sea menor de 18 años. No puede nunca aceptarse que nadie disponga de un menor de edad sin seguir los mecanismos legales de adopción, los cuales, por otra parte, deben agilizarse sin que por ello deje de intervenir un juez como garante de la legalidad y del respeto de los derechos del adoptado.

III. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y LA IMPOSICIÓN DE SERVIDUMBRE, O LA VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE TRABAJO

1. La realidad

Ya se ve que, como medio de explotación, está el que con frecuencia se priva de libertad a niñas y niños de dos maneras: cuando, por días, los mismos clientes los encierran en sus casas, y cuando son atrapados en una especie de servidumbre por los intermediarios que los compran y obligan a prostituirse. En Chiapas ello es particularmente grave y apoyado por la autoridad, la cual prohíbe a las niñas salir de ciertos espacios (mientras que los dueños pretextan que son indocumentadas y serán deportadas para justificar el encierro, manteniéndolas bajo vigilancia de hombres armados).

2. La respuesta penal

Dos tipos debieran dar respuesta idónea a estas conductas: la privación ilegal de libertad y el sometimiento a servidumbre o la violación de libertad de trabajo.

A. En los 6 estados existe el tipo que consiste en privar a otro de su libertad;⁴² en Chiapas y Guerrero se precisa que ello debe suceder sin orden de autoridad competente y fuera de los casos previstos por la ley (ilegítimamente en el segundo); en Chihuahua se aclara que es ilícito, tanto se retenga a la víctima en un lugar, como que se le traslade a otro impidiendo que pueda desplazarse.

La minoría de edad es agravante, en Baja California, Guerrero y Quintana Roo si la víctima es menor de 16 años (en Guerrero cuando el secuestrador no ejerce patria potestad ni custodia en una fórmula poco clara), y en Chiapas si es menor de 12, en Chihuahua si es menor de 14, y en Jalisco si es menor de 18 y media la finalidad de causar daño o perjuicio. En todos los estados aumenta la pena cuando media violencia, o vejación o amenaza grave, o maltrato o tormento, así como cuando, por cualquier circunstancia, el agraviado está en situación de inferioridad física respecto del agente. Otras agravantes son: en Baja California, Chihuahua, Guerrero y Quintana Roo, que medie el propósito de causar daño o perjuicio al secuestrado; en Chihuahua que se tenga la intención de segregarlo definitivamente de su familia; en Jalisco que entre él y el secuestrador haya vínculo de parentesco en cualquier línea hasta el cuarto grado, amistad, gratitud, trabajo o cualquier otro que produzca confianza, o que se utilice sustancia capaz de disminuir o anular la resistencia; en Chiapas que medie el propósito de elaborar pornografía.

Todas estas agravantes son útiles, si la norma se aplica, para defender a niñas y niños de los abusos aquí estudiados, y habría que disponerlos en todos los Estados. Pero también deben abarcar a los menores de 18 años e incluir el que medie, no solamente el fin, sino también el resultado de causar perjuicio, el sometimiento a explotación sexual y cualquier otra forma de agresión contra el desarrollo infantil, así como que entre autor y víctima exista relación de la que derive dependencia, autoridad, confianza o deber de brindar cuidados.

En Tapachula, el Reglamento Municipal para los Bares, que fue el único instrumento normativo de esa índole que pudo obtenerse, ordena⁴³ a las meseras permanecer en el interior del negocio so pena de ser consignadas a la comandancia municipal. Esta norma —y cualquiera otra similar que exista en algún estado— viola la Constitución, la cual prohíbe que se prive de libertad sin que medie orden fundada de autoridad competente; la autoridad municipal que emitió el reglamento en cuestión actuó contra derecho.

B. El tipo relativo a la violación de la libertad de trabajo,⁴⁴ en Baja California, Chiapas y Guerrero se da cuando se celebra con otro un contrato que lo

⁴² Contenido en los artículos 161 a 164 en Baja California, 146 y 148 en Chiapas, 227, 229 y 229 bis en Chihuahua, 193 y 194 en Jalisco, 126, 127 y 127 bis en Guerrero, 114, 115 y 118 en Quintana Roo.

⁴³ Artículos 16, 17 y 18.

⁴⁴ A que se refieren los artículos: 167 en Baja California, 147 en Chiapas, 228 en Chihuahua, 128 en Guerrero y 193 en Jalisco.

priva de libertad o le impone condiciones que lo someten a una especie de servidumbre, o cuando alguien se apodera de una persona y la entrega a otra con el objeto de que celebre dicho contrato. En Guerrero, Chiapas y Jalisco consiste también en que se obligue a otro a prestar servicios personales, mediante violencia física o moral, engaño, intimidación u otro medio (en Guerrero valiéndose de su ignorancia; en Chiapas sin la retribución debida, en Jalisco solamente mediante violencia física o moral); en Chihuahua se habla de servicios laborales y no se prevé que medie ninguna coacción.

Este tipo debe generalizarse en los seis estados, abarcar todas las formas de coacción, no exigir que medie la celebración de un contrato e incluir cualquier suerte de servicios. Por otra parte, han de ser también sus agravantes: que la víctima sea menor de 18 años y que el fin o el resultado sea el sometimiento a *servidumbre* sexual, la prostitución, la utilización en la pornografía o cualquier forma de explotación de la sexualidad. También debe castigarse severamente la participación, cualquiera que sea su índole, de personas que tengan con la víctima relación de dependencia, confianza, autoridad o familia, o de la que derive obligación de cuidados.

La previsión de trato idóneo a la delincuencia organizada

Si bien los códigos penales de los 6 Estados⁴⁵ contienen el tipo de asociación delictuosa, éste se sanciona con penas relativamente bajas (aunque se entiende que serán sumadas a las que correspondan a los delitos que se lleguen a cometer) y no es razón de agravamiento de otros tipos ni de previsiones especiales en cuanto a su persecución, que tiendan a enfrentar con eficacia el poder *potenciado* que deriva de la organización para fines delictivos. Solamente en Chiapas se ordena que, si el fin es cometer ciertas formas de secuestro, tráfico y corrupción de menores, la prisión se agrava, así como si se permite que participen, o se hace participar a menores de edad.

Las deficiencias de otros tipos penales

Como lo demuestran algunos datos aportados en la investigación (sobre, por ejemplo, la violencia que

expulsa a niñas y niños de sus casas, el inicio de la vida sexual de las niñas a los 12 o 13 años, sus matrimonios tempranos, su maternidad precoz y en soltería, su procedencia de familias sin padres que, o bien traigan el sustento mientras la madre cuida, o bien compartan ambas cosas con la madre), los abusos aquí estudiados son una de las diversas formas de maltrato y descuido que sufren niñas, niños y adolescentes en una sociedad en donde no acaba de apreciarlos como sujetos de derechos. Debemos, por ende, aludir a otros tipos penales y proponer que se revisen y modifiquen. Si bien no se hace aquí una revisión acuciosa de tales tipos, se ofrecen observaciones sobre fallas recurrentes que existen en alguno o en todos los estados, y sugerencias que pueden ser útiles para orientar modificaciones acordes con la protección de los derechos humanos.

I. LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD Y LIBERTAD SEXUALES

Las normas que tipifican los delitos contra la integridad y libertad sexuales suelen tener deficiencias graves en cuanto se refiere a la tutela integral de esos bienes jurídicos; enseguida se enlistan aquellas que son más recurrentes con el ánimo de que, en los estados en donde existan algunas de ellas, estas reflexiones se tomen en cuenta al revisarse los tipos.

1. La clasificación de estos tipos se ha modernizado (aunque su contenido no siempre atienda a ella), y ya casi siempre se refiere a la libertad e la integridad sexuales; sin embargo, aún no abarca al libre desarrollo de la sexualidad.
2. La violación, el abuso sexual, el incesto y el estupro no están agravados por la existencia, entre autor y ofendido, de una relación de poder dispar de cualquier índole (un poder que provenga de dependencia, confianza, autoridad, lazos familiares...) o porque el agresor tenga un deber de cuidados para con la víctima; además, a los tres primeros no se les aumenta la pena en razón de la minoría de edad que tenga dicha víctima.
3. Del estupro, la violación y el abuso sexual no se protege a niñas y niños de todas las edades, y en cambio el estupro queda exento de pena mediante el matrimonio del autor y la ofendida.
4. Sigue existiendo el tipo de rapto y, aun en los casos en que ya está clasificado como delito contra la libertad, no cambia su contenido: sigue siendo mu-

⁴⁵ Quintana Roo, artículo 181; Jalisco, Chihuahua, artículo 120; Chiapas, artículo 238.

cho menos penado que las formas de privación de libertad que no tienen el fin del matrimonio ni los propósitos sexuales, y está exento de pena si media el matrimonio entre autor y víctima.

5. En el estupro y el abuso sexual, a la minoridad se suma la exigencia de un aprovechamiento de la edad o de la inexperiencia sexual de la víctima, o de la castidad o la honestidad, como si se pudiera decir seriamente que un menor de edad puede tener alguna suerte de experiencia sexual, o de precocidad tal, que permita asegurar que sus relaciones sexuales conllevan experiencias semejantes, o bien que el haber tenido relaciones sexuales –las cuales, a temprana edad, ciertamente habrán sido abusivas– o el tener cualquier comportamiento que las haga ver como *no honestas*, las hace indignas de la protección legal y resta valor a sus derechos humanos. También se exige que los actos sexuales sean perversos prematuros o excesivos, o gravemente ultrajantes, o constituyentes de crueldad, como si no cualquier forma de sexualidad forzada tuviera esas características.
6. Se sancionan de manera diferenciada el coito y las otras formas de ataque sexual que constituyen una penetración corporal diversa, sin tomar en cuenta que, cualquiera que sea la forma como se invade el cuerpo o la integridad de una persona, la ofensa y las consecuencias son igualmente graves. Acabar con esta diferenciación es, además de un imperativo de justicia, una cuestión importante en términos de reparación del daño.
7. No se prevén las agresiones que no implican contacto corporal, como el que un adulto se pasee desnudo frente a ellos, o el que se les mire o hable lascivamente, a las que son particularmente vulnerables niñas y niños de temprana edad.

II. LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

1. A pesar de que ya nadie se atreve a negar que la violencia intrafamiliar existe como un fenómeno grave que debe ser atacado por las normas penales y civiles, no en todos los estados existen tipos a su respecto que abarquen todas las relaciones en las que puede darse y todas las conductas u omisiones que pueden constituir la (como insultos, presiones psicológicas, abandonos o daños económicos), y que prevean como agravantes cuestiones tales como las acechanzas o la penetración de morada, o el que la sufran o la presencien menores de edad.

2. Peor aún, se perdonan, o sancionan poco, ciertas conductas que se consideran irrefrenables por ser *propias* de la *naturaleza* femenina o de la masculina; así sucede con algunas acciones culposas que se cometen en estado de embriaguez, ira o dolor (como los homicidios en accidentes de tránsito), o con las preterintencionales (como el aborto resultante del maltrato a la madre) que suceden en relaciones de poder dispar dentro de la familia; también se exime de la pena de lesiones leves a quien las comete contra el hijo en el ejercicio de la autoridad paterna.

3. No se agravan los tipos de homicidio y lesiones cuando suceden como formas de violencia intrafamiliar.

4. No se tiene en consideración que cuestiones como el arrepentimiento, que son elementos reiterados del síndrome de violencia intrafamiliar, no deben ser aceptadas como razón de perdón o aminoramiento de la pena en delitos cometidos dentro de la familia; ni se toma en cuenta que los delitos repetidos dentro de ella son como hechos continuados cuya suma produce mayores daños o los multiplica.

5. No se sanciona a quienes cometen delitos patrimoniales, violación de correspondencia o injurias en relaciones de parentesco o autoridad, cuando debieran ser inclusive agravados porque constituyen hechos que violan una confianza y un deber de cuidados que son ingredientes de la convivencia.

6. El peligro de contagio se constituye solamente cuando se comete a sabiendas, y no siempre que el autor, por sus costumbres o su conducta riesgosa, debiera haber previsto la posibilidad de estar infectado.

III. EL ABANDONO Y EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER ALIMENTARIO

1. Existen en los códigos penales los tipos de abandono de infantes, que consisten en entregar al menor de edad que se tiene confiado a cualquier persona o institución sin anuencia de autoridad o de quien lo confió, y que no protegen a todos los menores de 18 años y en los cuales no suelen ser tomados en cuenta factores tales como la preexistente obligación del autor de prestar cuidados, la cual *carga* al abandono de alevosía y traición que deben aumentar la pena; o como el que medie lucro o el que se causen daños graves al abandonado o se le exponga a sufrir delitos.

Inclusive llega a atenuarse la pena del abandono o de la exposición de un recién nacido para ocultar

la deshonra de la madre o porque se debe a *comprensibles* trastornos propios del puerperio. Es grave que el honor y las reacciones incontrolables derivadas de la naturaleza femenina son así elevados a la categoría de bien jurídico y tuteladas por sobre la integridad y el normal desarrollo de niñas y niños, y sus derechos a vivir con sus progenitores y a conocer la propia identidad. Pero más grave es que en el fondo de toda esta *lógica* normativa está la negativa a sancionar a los padres que no se ocupan de sus hijos; a eliminar del sistema punitivo las consideraciones relativas, de manera directa o indirecta, a la honra y la virginidad que preserva un estigma muy gravoso para las mujeres desde el punto de vista cultural; y a diseñar políticas públicas que eviten el que haya mujeres que se vean orilladas a abandonar a sus hijos por extrema pobreza o ignorancia, vergüenza, miedo o soledad.

2. Tampoco se tipifica debidamente el incumplimiento del deber alimentario; se exige que medie la sentencia civil que ordena dicho pago para que se configure el tipo; no se agrava cuando median maniobras fraudulentas para eludirlo; se exenta la pena al deudor que pague las sumas debidas —a pesar de que el no pago puntual reiterado se ha constituido en una forma de violencia intrafamiliar—; no se impide que se tenga por extinguida la responsabilidad del deudor alimentario incumplido cuando alguien más cubra o deba cubrir las necesidades de los acreedores, ni se prevé que los recursos debidos tienen que ser suficientes para la subsistencia y para asegurar a los deudores el ejercicio de sus derechos a la alimentación, la educación, la salud, la vivienda y el pleno desarrollo, los cuales no quedan expresamente enlistados como fines de la prestación de alimentos.

3. No existe sanción alguna para el incumplimiento del deber de registro de hijo nacido fuera de matrimonio. Un tipo que a ello se refiera requiere, desde luego, que se modifiquen los códigos civiles como más adelante se sugiere.

Otras prevenciones comunes a todos los tipos

Los montos de las sanciones

Las penas dispuestas para la mayoría de los delitos a los que se refiere este estudio suelen ser muy bajas. Existe una corriente en el sentido de que disponer sanciones elevadas no es el mecanismo apropiado

en términos de prevención y que más bien es necesario que las instituciones que procuran e imparten justicia sean eficaces. Esto último es cierto, pero no menos verdad es que el monto del castigo previsto para un tipo también revela el valor que para sociedad y legislador tiene el bien jurídico que se está tratando de proteger con él; que además tiene consecuencias importantes para la protección de las víctimas que se atreven a denunciar porque impide la libertad bajo caución y, por ende, el rápido retorno de estos delincuentes a sus actividades; y que se atiende al principio de proporcionalidad si se sanciona severamente un acto que gravemente daña un bien que debe ser muy preciado, no solamente en términos de justicia y derechos humanos, sino también por razones de salvaguarda social.

Los tipos que se refieren a agresiones sexuales o a la explotación de cualquier índole, así como ciertas formas de abandono, particularmente las lucrativas, deben ser sancionados con penas corporales de las más altas previstas por cada código, y no deben dejarse puertas de escape para que dichas penas se cumplan hasta el final, mientras que la violencia intrafamiliar y el incumplimiento de alimentos deben tener como respuesta una amplia gama de sanciones alternativas, que han de ser sin duda de montos severos, pero entre las cuales la privación de libertad sea la última a imponer de una serie de posibilidades pensadas con los fines de rehabilitar para la convivencia no violenta ni abusiva, y de proteger que el autor cumpla sus deberes para con su grupo familiar sin continuar haciéndole daño.

La acción penal, la prescripción y el perdón

Para dejar garantizada la persecución de todos los delitos que atentan contra la integridad, la libertad y el desarrollo de quienes no son adultos, es necesario, entre otras cosas, que siempre proceda la acción pública de oficio cuando la víctima sea menor de edad, sin exigirse, así, como casi siempre sucede, que medie la querrela de su representante legal.

Por otra parte el perdón, que por lo general se autoriza al adulto que tiene la potestad sobre el menor, nunca debe ser posible si la víctima es menor de 18 años. Dos razones apoyan esta aseveración: por un lado, cualquier agresión sexual constituye un abuso de poder que daña la integridad de la víctima, y la prerrogativa de aceptar que no se castigue a quien ha producido el daño es de ejercicio personalísimo,

ya que depende de la capacidad de superar el daño que cada persona tenga; por otro lado, el consentimiento de los menores de edad en casos de abuso de poder cometido por adultos siempre debe ser visto como no libremente prestado, ya que se da en una relación en la que hay una disparidad derivada de la autoridad, la convivencia o simplemente la diferencia de edades, y que los menores de edad viven una etapa de desarrollo de su sexualidad.

Cuando se acepta el perdón en estos casos, se está protegiendo el honor familiar o parental, y no la integridad personal ni los derechos al desarrollo de la sexualidad y a su ejercicio libre y consentido; la prohibición de aceptarlo, en tratándose de menores de edad, debe ser establecida siempre y de manera indudable, nunca dejarse a la discrecionalidad ni sujetarse a razones subjetivas.

Además, los códigos de procedimientos penales deben adecuarse con el fin de facilitar el acceso de niñas, niños y adolescentes a la justicia de manera directa, así como para que sea claro que puede darse el aviso anónimo y, siendo ya perseguible de oficio todo delito cometido contra un menor de edad, baste ese aviso para que se investigue y el Ministerio Público, una vez con pruebas, ejerza la acción penal y consigne.

La protección de las víctimas y la reparación del daño

Niñas, niños y adolescentes explotados viven una grave inseguridad abonada por la impunidad, la corrupción y la falta de capacitación y sensibilización de los funcionarios públicos. La investigación nos ofrece datos que lo corroboran:

Los policías los extorsionan y tratan brutalmente, los amenazan, los detienen arbitrariamente, los multan, cuando no son sus padrotes o les venden droga; protegen a los explotadores. Tanto ellos como otros funcionarios públicos, si se les requiere una certificación optan por darla en el sentido de que no hay menores de edad prostituyéndose. Otros servidores públicos, como los maestros o los médicos, prefieren no intervenir, al igual que los vecinos. Hay funcionarios entre los mismos dueños de los negocios.

Algunos ejemplos resultan particularmente graves, como el que se haya cancelado, en una entidad de las estudiadas, el de control de salud debido a que, al exigir que los niños lo cumplieran, solamente se daba un pretexto más para la corrupción, o porque las ni-

ñas que se prostituyen son muy chicas y se creyó que la negativa del control las disuadiría; o bien el de que, debido al interés lucrativo que representa el tráfico de licencias, cuando un negocio se traspaşa y cambia de denominación, las autoridades anulan las actas levantadas por incumplimiento de reglamentos contra ese negocio en un *borrón y cuenta nueva* que debe cobrarse caro y es a todas luces ilegal, o bien el que una funcionaria haya dicho que iba a amenazar a los dueños de los lugares de explotación con que les aplicaría multa si emplearan a menores, lo cual indica un desconocimiento total —imperdonable en quien tiene funciones públicas que tienen que ver con estos temas— de que, con todo y sus deficiencias, hay normas penales que sancionan ese empleo.

Por el contrario, es a los niños y las niñas a quienes, en un derroche de violaciones a la Constitución mexicana y a los derechos humanos, se les interna en los consejos tutelares a saber con qué cargos, o bien porque las normas respectivas permiten su detención con fines *protectores*.

También debido a la corrupción y la insensibilidad, en respuesta a esta grave situación delictiva, los agentes del Ministerio Público no aceptan denuncias de quienes no son los padres, tutores o custodios de los niños afectados —y ya se vio que muchas veces son ellos mismos los que los obligan u orillan a prostituirse o quienes toleran que lo hagan— y, cuando llegan a proceder a partir de una denuncia que les parece idónea, y consignan y los delinquentes son juzgados, se les aplican penas muy leves, debido a que están mal fundadas las consignaciones o a que los jueces también se ven afectados por el influyentismo o la misma corrupción.

Por ende, cuando los niños consiguen que se acepte una denuncia el peligro aumenta para ellos, tanto porque quienes debieran ser sus protectores pasan a ser peores perseguidores que antes, como porque sus explotadores no reciben castigo y, además de seguirlos explotando, toman represalias en su contra. Por lo demás, aun cuando en principio estén de acuerdo con la denuncia, suelen negar los cargos, o bien declarar que sus explotadores no son tales sino sus parientes o amigos. Es indudable que ello se debe a que tienen miedo o hambre, o por otros factores similares son vulnerables, y ello no se toma en cuenta al grado de que seguramente se les somete a careos con los delinquentes, además de que no se les brindan alternativas de trabajo ni protección alguna contra el peligro nuevo que corren desde el momento de la denuncia.

No hay, desde luego, una sola norma, por más perfecta que sea, que pueda ser el remedio único para estas situaciones; sin embargo, sí pueden tomarse medidas de índole legislativa que contribuyan a luchar contra ellas. Así, los códigos deben obligar expresamente a los juzgadores a dictar medidas de seguridad, de cuyos cumplimiento y eficacia serán responsables los policías, tendientes a preservar a las víctimas de la violencia a partir de que interpusieron la denuncia; también deben prohibir que la suspensión provisional, la libertad condicional y los beneficios de libertad se otorguen a quienes son culpables de abuso de poder de cualquier índole contra de niñas y niños, y que se eviten los careos y se dé valor judicial a todas las modernas formas de probanza creadas dentro de disciplinas como la psicología, la medicina y la antropología para estos actos delictivos y para que los niños no sean victimizados nuevamente mediante los interrogatorios, los lapsos de obtención de pruebas y los procedimientos. También debe exigirse a los gobiernos de los estados que establezcan convenios para la lucha contra esta delincuencia, y disponerse sanciones para cuando no lo hagan.

No puede dejar de decirse aquí que, con todas las deficiencias de nuestras normas penales, los delitos de funcionarios públicos previstos en ellos son bastantes para castigar casi todos los casos en que no están cumpliendo con su deber: los médicos, las autoridades laborales y las administrativas, los policías, los agentes del ministerio público, los jueces y cualesquiera otros. Suele haber en los códigos un capítulo de delitos cometidos por funcionarios públicos en donde sus conductas delictivas caben casi siempre.

Finalmente, cabe decir que deben los códigos adecuarse a fin de que se asegure la obligación del juez de sentenciar de oficio en lo que se refiere a la reparación del daño de cualquier índole, incluida la moral, y a fin de que se haga realmente exigible la sentencia.

4. Conclusiones

A lo largo del estudio se han ido sugiriendo modificaciones que se revelan indispensables a fin de que las normas tutelen de manera igualitaria los derechos de niñas, niños y jóvenes a la libertad e integridad sexuales, y al libre desarrollo de su sexualidad. Cabe, entonces, hacer algunas observaciones generales y un resumen.

Primero, hay que decir que se requiere partir de una clara definición de los bienes jurídicos que deben tutelarse, orientada por la doctrina de la protección integral, así como de una identificación de las normas superiores a las que habrá de atenderse.

En segundo lugar cabe señalar que es conveniente hacer una reforma integral de las normas jurídicas y, en lo que se refiere a las penales, realizar un diseño de conjunto de los tipos, a fin de que desaparezcan las repeticiones, confusiones y lagunas que permiten las interpretaciones injustas, y de que se logre una protección igualitaria de los derechos humanos de todos los niños de manera *potenciada*, es decir, privilegiando tales derechos por sobre cualquier interés particular. Cabe decir que ahora hay tales lagunas y tal falta de complementación entre un tipo y otro, que pareciera como si la técnica legislativa se hubiera visto afectada, reforma tras reforma, por una gran resistencia del legislador a sancionar severamente todas las formas que adquiriera este tipo de abusos.

En tercer término, cabe resumir la índole de las adecuaciones indispensables para que se responda eficazmente a la explotación sexual infantil.

1. Deben reclasificarse los delitos constitutivos de dicha explotación, a fin de que formen parte de aquéllos que vulneran la integridad sexual y el derecho al libre desarrollo de la sexualidad.

2. Los tipos simples siempre deben abarcar:

A. Como sujetos pasivos, a todos los menores de 18 años. Conviene observar que, mientras que, por un lado, el ejercicio directo de los derechos patrimoniales y la ciudadanía se conceden a niñas, niños y adolescentes hasta los 18 años, por el otro se pretende que antes de esa edad sean capaces de decidir libremente respecto de sus relaciones sexuales con adultos. Se trata de un sistema normativo que no atiende, en ningún sentido, al principio de la *autonomía progresiva* en el ejercicio de los derechos de la infancia. Además, esa minoridad debe ser equiparada a la coacción a fin de que la pena responda a la violencia que implica la disparidad de edades entre autor y víctima.

B. Como sujetos activos, a todos aquellos que formen parte de la cadena delictiva, aprovechando para ello la rica lista de posibilidades obtenida gracias a la investigación de campo, que se acompañe, al final, de una frase de la índole siguiente: *o cualquier participación de cualquier suerte*. Hay ahora lagunas graves en cuanto a los posibles autores: casi nunca se refiere la ley a los clientes o a las personas

que utilizan los servicios de niños o de personas explotadas, ni a los funcionarios públicos que también participan de la explotación sexual o que la solapan, ni a toda la gama de intermediarios existentes.

C. Como conductas, todas aquellas actividades de índole muy variada que se ha demostrado son formas de explotación, mediante fórmulas concretas que las abarquen todas, pero también concisas que no abran un abanico de hechos tan diverso que se escapen por sus resquicios muchas otras, y que eviten descripciones difícilmente evaluables por su alto contenido subjetivo y amplitud.

3. Deben constituir agravantes: el que entre el autor y la víctima haya una relación en donde aquél tiene, por las razones que sean además de la diferencia de edades, más poder, y puede abusar de él sin posibilidades de defensa para ésta; toda forma coercitiva, de la índole que se quiera (violencia física y psicológica, intimidación o amenaza, abuso de relación de poder dispar o de confianza, abuso de extrema pobreza o de abandono familiar), así como el engaño y la seducción —ésta es un medio frecuente para enganchar jovencitas, aprovechándose muchas veces de sus inestables situaciones familiares—. Los datos aportados demuestran que con frecuencia las coacciones son equívocas, aunque, infortunadamente, bien reales, y consisten en el abuso de características de género o inherentes a la minoridad.

4. Hay que adecuar el monto de las sanciones para que sean congruentes con la gravedad de los daños que producen la explotación sexual, y también para hacerlas justas en su contexto punitivo.

Finalmente, es de sugerirse que deben formar parte de esta reforma integral las adecuaciones ya propuestas, tendientes a dar una respuesta idónea a factores de riesgo de la explotación como la violencia intrafamiliar, el abandono de los deberes de brin-

dar cuidados y las agresiones sexuales como la violación, el estupro y los abusos sexuales, así como conviene trabajar en una modernización del derecho procesal penal, particularmente en materia de probanza, reparación del daño, trato digno a, y respeto de derechos de: las personas ofendidas, protección especial de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos, medidas preventivas y cautelares, y actos de policía. También es necesario que las normas cívicas de las ciudades y los reglamentos de policía contenga previsiones tendientes a prevenir estas graves formas de explotación y abuso y de aplicar, en lo que les corresponda, la norma penal cuando se están dando.

La explotación de la sexualidad de niñas, niños y adolescentes es una de las más graves manifestaciones de la cadena de abusos a que se les somete a partir del desconocimiento de sus derechos humanos en todos los ámbitos de su vida pero también, y esto es muy relevante para el tratamiento normativo del tema, casi siempre es una de las últimas formas de ese abuso: los menores de edad son tratados con violencia e ilegalidad en la familia y las escuelas, frente a testigos indiferentes —vecinos, funcionarios...— que no los auxilian ni denuncian; sus padres no se hacen cargo de sus obligaciones para con ellos y los sistemas de procuración e impartición de justicia no les ofrecen una respuesta idónea. Por eso el estudio de la respuesta normativa jurídica a la explotación sexual de quienes no han cumplido 18 años no debe quedarse en como el derecho penal aborda dicha explotación sexual; debe abarcar otras ramas del derecho que, en principio, tienen la función tutelar para niños y adolescentes derechos cuyo ejercicio los preserva del riesgo de ser presas de quienes los explotan sexualmente, como, por ejemplo, la regulación de la violencia intrafamiliar, el reconocimiento de la paternidad o la disciplina escolar.