

PROYECTO "LUCHA CONTRA LA TRATA DE NIÑOS Y NIÑAS EN ARGENTINA Y PARAGUAY"¹

Responsable:

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP)

Socios:

**Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales del Paraguay
(INECIP-PY)
Centro de Políticas Públicas para el Socialismo (CEPPAS)**

****Este proyecto es posible gracias al apoyo financiero de la Unión Europea****

ANALISIS NORMATIVO SOBRE EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS Y LA EXPLOTACION SEXUAL COMERCIAL INFANTIL EN LA REPUBLICA ARGENTINA

**- DOCUMENTO PRELIMINAR DE TRABAJO-
Por favor no citar**

¹ El contenido de esta publicación es responsabilidad exclusiva de INECIP, y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.

Introducción

Los niños, niñas y adolescentes, como sujetos plenos de derecho, requieren especial atención y protección por parte de las políticas públicas. Este merecimiento de respeto, dignidad y libertad, debe incluirse en programas de promoción, asistencia, y fortalecimiento de sus derechos especiales.

Precisamente por ser los niños, niñas y adolescentes personas en desarrollo, son sujetos esencialmente vulnerables ante la posibilidad de comisiones delictivas. Por ello, la población infantil no escapa al flagelo del delito de trata y tráfico de personas, como actividades integrantes de la explotación sexual comercial infantil.

El siguiente informe ofrecerá un análisis normativo de los principales instrumentos que abordan las cuestiones vinculadas a la trata de personas y los derechos de la infancia. El fin será brindar algunos ejes de atención que deberían ser tenidos en cuenta al momento de legislar sobre este delito, cuando la población afectada se compone, principalmente, por niños, niñas y adolescentes. Para ello, además de tener en consideración los principales instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la materia, se observarán diversas declaraciones, informes, y legislación nacional.

Antecedentes y Principales Instrumentos Internacionales y Nacionales que versan sobre la temática de la niñez y la explotación sexual comercial infantil

El principal instrumento internacional de derechos humanos en materia de infancia es la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN). Esta Convención, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, posee rango constitucional desde el año 1994, al ser incorporada en el art. 75 inc 22 de nuestra Constitución Nacional, y sancionada como Ley N° 23.849 en septiembre de 1990. Con esta incorporación, Argentina se ha comprometido a adecuar su legislación interna en materia de infancia y adolescencia a los postulados establecidos en la CDN, los que funcionan como estándar mínimo en materia de derechos fundamentales.

A su vez, la Convención posee dos Protocolos Opcionales, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados, y el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, los cuales fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000, y ratificados por la Argentina, el primero en 2002, por la ley N° 25.616, y el segundo en el año 2003, por la Ley 25.763. Este último Protocolo es el que nos convoca sobre el tema a tratar en este informe.

Estos instrumentos, junto con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), conforman el modelo de protección integral de los derechos de la niñez.

Con relación a la temática específica de la trata de personas y la explotación sexual infantil, encontramos, dentro de las principales herramientas internacionales, a la Convención 182 de la OIT relativa a la Prohibición y acción inmediata para la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, suscripta en México en 1994, ratificada por Argentina en el año 2000, que versa sobre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo, como así también algunos documentos precisos sobre el tema, como son los surgidos de los tres Congresos Mundiales contra la Explotación Sexual Comercial de Niños (Estocolmo, 1996; Japón, 2001, Río de Janeiro, 2008), el Informe sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil, y la Utilización de Niños en la Pornografía preparado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1997, la Decisión del Consejo de la Unión Europea, del 29 de mayo de 2000, Relativo a la Lucha contra la Pornografía Infantil en Internet, y los Lineamientos de las Naciones Unidas sobre la justicia en cuestiones que involucren a niños víctimas y testigos de delitos o crímenes.

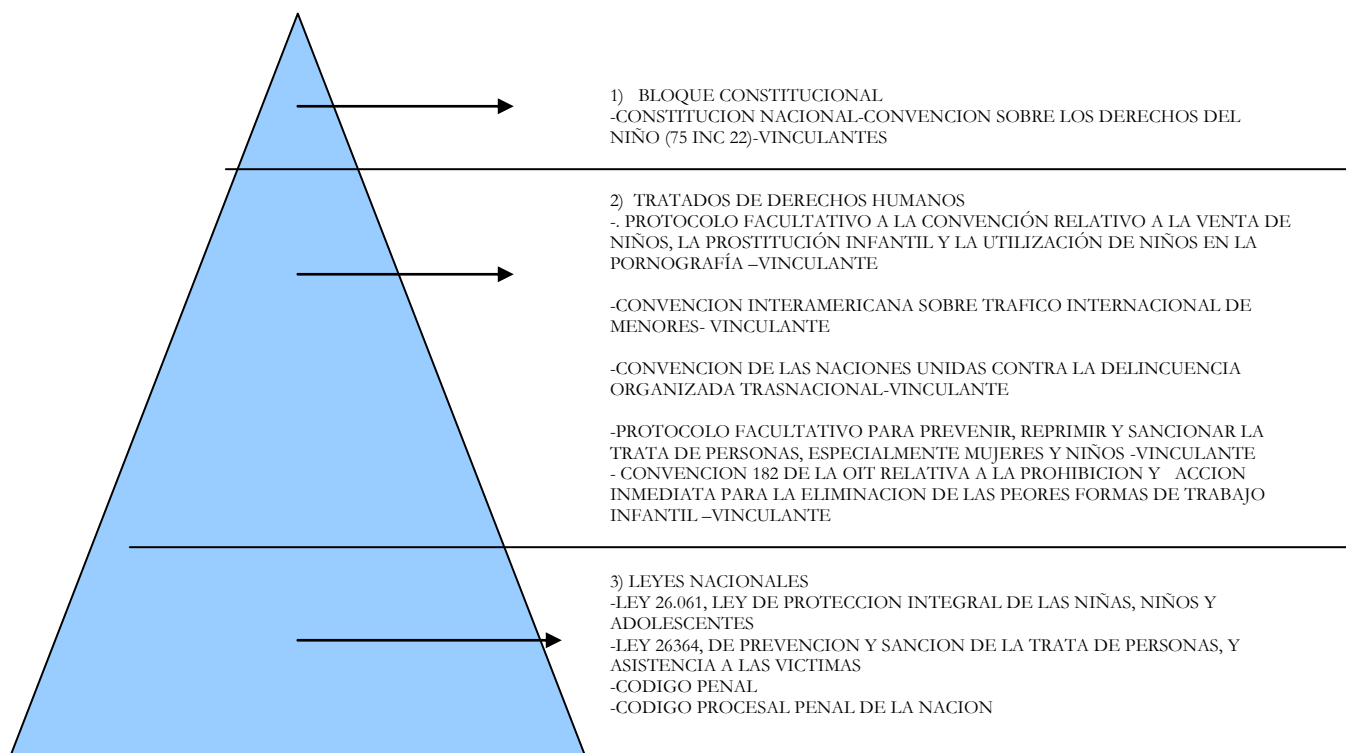
Por otro lado, en el ámbito iberoamericano encontramos a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, celebradas en Brasilia en 2008, las cuales si bien no abordan la temática concreta de la trata de personas y la explotación sexual infantil, conforman una herramienta imprescindible en cuestiones vinculadas al acceso a la justicia y sectores vulnerables.

En el ámbito regional, una serie de recomendaciones vinculantes para nuestro país surgieron de la IV Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados, en donde se aprobaron las “Recomendaciones sobre derechos y asistencia a las niñas, niños y adolescentes víctimas de trata, tráfico, explotación, abuso y/o venta”: iniciativa Niñ@ Sur.

En el ámbito local, en el año 2005 se ha dictado la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, la cual ha receptado muchos de los derechos y garantías procesales establecidos por la CDN. Asimismo, en el año 2008 se ha dictado la Ley 26.634, que regula la Prevención y Sanción del Delito de Trata de Personas y Asistencia de las Víctimas.

Asimismo, tenemos normas concretas contra la explotación sexual infantil en nuestro Código Penal (arts 119, 120, 125 y 125 bis), y normas del Código Procesal Penal de la Nación referidas al testimonio de las víctimas menores de 18 años en el marco de una investigación judicial (arts. 250 bis y ter).

Para mayor claridad, ofrecemos la siguiente pirámide normativa que indicará índices de jerarquías de las normas mencionadas en el siguiente trabajo, seguida por una serie de acuerdos y compromisos internacionales que son jerarquizados sólo a modo ilustrativo.



4) ACUERDOS INTERNACIONALES

-REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD, BRASILIA 2008-

5) ACUERDOS REGIONALES

- IV REUNIÓN DE ALTAS AUTORIDADES COMPETENTES EN DERECHOS HUMANOS Y CANCELLERÍAS DEL MERCOSUR Y ESTADOS ASOCIADOS, EN DONDE SE APROBARON LAS “RECOMENDACIONES SOBRE DERECHOS Y ASISTENCIA A LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE TRATA, TRÁFICO, EXPLOTACIÓN, ABUSO Y/O VENTA”:
INICIATIVA NIÑ@ SUR.-

6) INFORMES INTERNACIONALES

-INFORME SOBRE LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCION INFANTIL, Y LA UTILIZACION DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFIA PREPARADO POR LA RELATORA ESPECIAL DE LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS-

-LINEAMIENTOS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA JUSTICIA EN CUESTIONES QUE INVOLUCREN A NIÑOS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE DELITOS O CRÍMENES.-

- DECISIONES DE ESTOCOLMO, YOKOHAMA, Y RÍO DE JANEIRO, EN EL MARCO DE LOS CONGRESOS MUNDIALES CONTRA LA EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE NIÑOS-

7) DECISIONES EUROPEAS

- DECISIÓN DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, DEL 29 DE MAYO DE 2000, RELATIVO A LA LUCHA CONTRA LA PORNOGRAFÍA INFANTIL EN INTERNET –

Marco conceptual. Definiciones

A modo de comenzar con el análisis del tratamiento legislativo dispensado a la trata de personas y la población infantil, es importante delimitar el marco conceptual en el cual se basará este informe, como así también clarificar una serie de definiciones vinculadas a la explotación sexual comercial infantil.

Nuestra Constitución Nacional refiere, en su art. 15, la prohibición de la esclavitud, estableciendo que la compra y venta de personas debe ser considerado un crimen.

Art. 15.- En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.

A los fines de este trabajo debemos analizar esta manda constitucional, que prohíbe la cosificación de las personas, a la luz del término de explotación sexual comercial infantil, por entender a este concepto como una nueva forma de esclavitud.

La definición que adoptaremos al respecto es la obtenida del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, celebrado en Estocolmo, en 1996. En el marco del mismo, se dispuso que *“la explotación sexual comercial de los niños es una violación fundamental de los derechos del niño. Esta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. El niño es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia contra los niños, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud (Punto 5)”*.

Debe entenderse a la explotación sexual comercial infantil (ESCI), como una vulneración de los derechos fundamentales de lo/as niño/as y adolescentes, que implica actitudes de cosificación y anulación de su dignidad humana, impidiendo un real disfrute de los derechos de la infancia.

La ESCI, como actividad gravemente conculcadora de derechos fundamentales de la infancia, debe ser analizada a la par de las definiciones, relacionadas con este tema, contenidas en los principales instrumentos internacionales arriba reseñados. Por ello, comenzaremos la revisión por la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que plantea el cambio de paradigma hacia la protección integral.

De acuerdo a la recepción legislativa de la CDN (art. 1), nuestro país entiende que toda persona menor de 18 años será considerado un niño o niña. Esto se refleja en el art. 2º de la ley 26061, la cual dispone que la CDN será de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad.

La CDN establece, de manera concreta, una serie de exigencias a los Estados Partes que tienden a evitar que la población infantil sea víctima de cualquier tipo de explotación, abuso sexual, o prácticas sexuales ilegales. Asimismo, establece una serie de consideraciones vinculadas al tratamiento que deben brindar los Estados en la atención de los niño/as víctimas (art. 39).

Los artículos referidos a las exigencias requeridas a los Estados Partes son los siguientes:

Art. 3 inc 1: “En todas las medidas concierne a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”;

Art. 19 inc 1, los Estados partes deben adoptar las... “medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual...”;

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

Art. 35: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”;

Art. 36: “Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar”;

Art. 39: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.

En idéntico sentido encontramos al Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el cual complementa a la CDN, al exigir a los Estados una serie de pautas para poner fin a la

explotación y el abuso sexual infantil (Art. 2). La premisa principal de dicho instrumento es la prevención y la prohibición de venta de niños, de prostitución y pornografía infantil (art. 1).

Este Protocolo, asimismo, protege a los niños y niñas de la venta con objetivos no sexuales, como por ejemplo trabajo forzado, adopciones ilegales o donación de órganos (Art. 3.1).

Las principales definiciones propuestas por el Protocolo son las siguientes:

Artículo 2. A los efectos del presente Protocolo:

- a) Por **venta de niños** se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- b) Por **prostitución infantil** se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- c) Por **pornografía infantil** se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

Artículo 3. 1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

- a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2:
 - i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:
 - a. Explotación sexual del niño;
 - b. Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;
 - c. Trabajo forzoso del niño;
 - ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;
- b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2;
- c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se

define en el artículo 2.

2. Con sujeción a los preceptos de la legislación de los Estados Partes, estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos.

3. Todo Estado Parte castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad.

4. Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa.

5. Los Estados Partes adoptarán todas las disposiciones legales y administrativas pertinentes para que todas las personas que intervengan en la adopción de un niño actúen de conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales aplicables

El Protocolo también dispone obligaciones estatales en torno a los derechos y los intereses de las víctimas infantiles. En tanto complemento de la Convención sobre los Derechos del Niño, este texto debe interpretarse siempre a la luz de los principios de la no discriminación, del interés superior del niño y de su participación.

Artículo 8

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente Protocolo y, en particular, deberán:

- a) Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos;
- b) Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa;
- c) Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales, de una manera compatible con las normas procesales de la legislación nacional;
- d) Prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas;

- e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas;
 - f) Velar por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias;
 - g) Evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas.
2. Los Estados Partes garantizarán que el hecho de haber dudas acerca de la edad real de la víctima no impida la iniciación de las investigaciones penales, incluidas las investigaciones encaminadas a determinar la edad de la víctima.
 3. Los Estados Partes garantizarán que en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo, la consideración primordial a que se atienda sea el interés superior del niño.
 4. Los Estados Partes adoptarán medidas para asegurar una formación apropiada, particularmente en los ámbitos jurídico y psicológico, de las personas que trabajen con víctimas de los delitos prohibidos en virtud del presente Protocolo.
 5. Los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, medidas para proteger la seguridad e integridad de las personas u organizaciones dedicadas a la prevención o la protección y rehabilitación de las víctimas de esos delitos.
 6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá en perjuicio de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial, ni será incompatible con esos derechos.

Siguiendo con la lectura de los documentos, encontramos al Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, de la OIT. El mismo, luego de reconocer como causas generadoras del trabajo infantil a la pobreza y a la falta de educación, insta a los Estados Partes para que establezcan legislaciones que tiendan a erradicar cualquier tipo de trabajo (incluida la prostitución y la pornografía infantil) que involucre a menores de 18 años².

² El término “trabajo infantil” suele definirse como todo trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico. Sin embargo, el trabajo infantil es controvertido desde diversos ángulos, ya que hay algunos sectores que consideran que los niños o niñas no pueden trabajar por debajo de determinada edad (en Argentina es a partir de los 16 años) y por lo tanto nada debe regularse al respecto, y otros actores que establecen que el trabajo infantil existe y es una realidad cada vez más concreta en los países subdesarrollados, y por ello deben establecerse disposiciones que reglamenten esta actividad, reconociendo a los niño/as como trabajadores (Ejemplo es el Movimiento de los Niños y Adolescentes Trabajadores -(NATs-).

Artículo 1

Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia.

Artículo 2

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

Artículo 3

A los efectos del presente Convenio, la expresión "las peores formas de trabajo infantil" abarca:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y
- d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Artículo 7

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

2. Todo Miembro deberá adoptar, teniendo en cuenta la importancia de la educación para la eliminación del trabajo infantil, medidas efectivas y en un plazo determinado con el fin de:

- a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil;
- b) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores

Con relación a la prostitución como trabajo infantil, es opinión mayoritaria que en realidad esto es un delito, y por lo tanto nunca puede ser considerado un trabajo. En este sentido se encolumnan las posturas abolicionistas.

formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social;

c) asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional;

d) identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos, y

e) tener en cuenta la situación particular de las niñas.

Siguiendo, encontramos a la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, la cual tiene por fin principal el interés superior del niño, la prevención y la sanción del tráfico internacional de menores, entendiendo por estos últimos a las personas menores de 18 años.

La definición de tráfico internacional de menores propuesta por esta Convención, engloba la sustracción, el traslado o la retención de un menor con medios o propósitos ilícitos incluyendo, dentro de estos últimos, la prostitución, la explotación sexual, entre otros. A su vez, en el art. 7 dispone que los Estados Partes adopten medidas eficaces para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores, como así también una serie de exigencias en torno a la asistencia y protección, en materia penal y civil, de las personas menores de 18 años víctimas de estos delitos.

Artículo 1:

El objeto de la presente Convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo. En tal sentido, los Estados parte de esta Convención se obligan a:

- a) asegurar la protección del menor en consideración de su interés superior;
- b) instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito; y
- c) asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Artículo 7:

Los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas eficaces, conforme a su derecho interno, para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores definido en esta Convención.

Artículo 8:

Los Estados Parte se comprometen a:

- a) Prestarse asistencia mutua en forma pronta y expedita por intermedio de sus Autoridades Centrales, dentro de los límites de la ley interna de cada Estado parte y conforme a los tratados internacionales aplicables, para las diligencias judiciales y administrativas, la obtención de pruebas y demás actos procesales que sean necesarios para el cumplimiento de los objetivos de esta Convención;
- b) Establecer por medio de sus Autoridades Centrales mecanismos de intercambio de información sobre legislación nacional, jurisprudencia, prácticas administrativas, estadísticas y modalidades que haya asumido el tráfico internacional de menores en sus respectivos Estados; y
- c) Disponer las medidas que sean necesarias para remover los obstáculos que puedan afectar en ellos la aplicación de esta Convención en sus respectivos estados.

Siguiendo el análisis de los instrumentos internacionales, encontramos a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, celebradas en Brasilia en 2008, en el marco de la Cumbre Judicial Iberoamericana, con la participación de las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial.

Estas Reglas, si bien no refieren de manera directa a la trata de personas o a la ESCI, imponen a los integrantes del poder judicial el deber de considerar especialmente que la edad, el sexo, el estado físico o mental, la discapacidad, la pertenencia a minorías o a comunidades indígenas, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, la privación de libertad, y las condiciones socioeconómicas hacen vulnerables a las personas. Así, se establece una serie de mecanismos institucionales y procedimentales que permitan garantizar justicia a los sectores más vulnerables.

Si bien en la identificación de los factores de vulnerabilidad estas Reglas utilizan los estándares internacionales en materia de derechos humanos, tanto del Sistema Interamericano como del Sistema Universal, la lista de los grupos cuyo tratamiento se aborda efectivamente no debe ser considerada exhaustiva.

En lo que respecta específicamente a la ECSI, tal como se señaló al comienzo de este apartado, las principales declaraciones en torno a la temática son las Decisiones de Estocolmo, Yokohama, y Río de Janeiro, en el marco de los Congresos Mundiales contra la Explotación Sexual Comercial de Niños realizados con la participación de 122 países (incluida Argentina), organizaciones no gubernamentales, la End Child Prostitution in Asian Tourism (ECPAT), UNICEF, entre otros.

Dichas Decisiones establecen que la explotación sexual comercial infantil es una violación fundamental de los derechos del niño, la cual comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. La definición apunta al tratamiento de los niños o niñas como objetos sexuales y como mercancía. La explotación sexual comercial infantil, así, constituye una forma de coerción y violencia

contra lo/as niño/as, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud.

En virtud de esto, el primer Congreso estableció una serie de compromisos mínimos y un Programa de Acción tendientes a establecer, como principales medidas, instancias de cooperación y coordinación (nacional, regional e internacional), de prevención (fomentando la educación y campañas de sensibilización de la temática), de protección (establecimiento de normas locales que determinen la responsabilidad criminal de los actores; intensificación de canales de información e identificación de los circuitos ilícitos; establecimiento de políticas económicas y sociales con contenido de género; implementación de programas y planes tendientes a prevenir la explotación sexual comercial infantil, utilizando como directriz la CDN), de recuperación y reintegración de las víctimas (instando a la adopción de un enfoque de atención no punitivo y no estigmatizante de las víctimas), y fomentar la participación de niños y niñas.

El Segundo y Tercer Congreso, refuerzan y renuevan estas medidas y exigencias, instando a que los Estados partes prevengan, penalicen, y sancionen todas las conductas que engloben prácticas de explotación sexual comercial infantil, haciendo especial énfasis en las nuevas tecnologías que permiten el desarrollo de la pornografía infantil.

Otro instrumento de interés conforman los Lineamientos de las Naciones Unidas sobre la justicia en cuestiones que involucren a niños víctimas y testigos de delitos o crímenes (United Nations Guidelines on justice in matters involving child victims and witnesses of crimes). Dicho instrumento determina la adopción de medidas legislativas, por parte de los Estados, para fortalecer la protección de lo/as niño/as contra la explotación sexual, en cumplimiento de obligaciones internacionales, incluyendo la promulgación de disposiciones legales para la protección de las víctimas infantiles de dicha explotación durante el proceso de investigación, y la prosecución de las investigaciones penales contra las personas acusadas de perpetrar dichos actos.

En otro orden, el Informe sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil, y la Utilización de Niños en la Pornografía preparado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1997, tiene por objetivo centrarse en rol del sistema penal, el papel de los medios de difusión y la educación en la perpetuación como en la prevención de la explotación sexual infantil con fines comerciales.

Al respecto, luego de relevar varios países, la Relatora informa que en América Latina y el Caribe el turismo sexual y la prostitución infantil están estrechamente vinculados a la pobreza extrema, la falta de educación, las drogas y el número cada vez mayor de niños en las calles. También analiza el avance de las nuevas tecnologías y la difusión de la pornografía infantil. Por ello, efectúa una serie de recomendaciones que van desde la prevención y promoción desde la educación y los medios de difusión, como catalizadores, hasta la adopción de medidas de atención y protección para las víctimas de estas formas de explotación, como así también la formación de redes entre los gobiernos y las organizaciones no gubernamentales para aunar fuerzas en esta lucha.

Finalmente, en lo que respecta específicamente a la pornografía infantil, la Decisión del Consejo de la Unión Europea, del 29 de mayo de 2000, Relativo a la Lucha contra la Pornografía Infantil en Internet, determinó que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para animar a los usuarios de Internet para que comuniquen a las autoridades policiales sus sospechas sobre la difusión de material pornográfico infantil en Internet. A su vez, se dispone que se refuercen las medidas para impulsar las investigaciones y la persecución, evaluando periódicamente el avance de la tecnología con el fin de mantener la eficacia en el tratamiento del tema.

En el ámbito regional, una serie de recomendaciones vinculantes para nuestro país surgieron de la IV Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados, en donde se aprobaron las “Recomendaciones sobre derechos y asistencia a las niñas, niños y adolescentes víctimas de trata, tráfico, explotación, abuso y/o venta”: iniciativa Niñ@ Sur.

Principales Recomendaciones:

Derechos de las víctimas:

- *a no sufrir discriminación**
- *a ser informado**
- *a ser oído**
- *a recibir asesoramiento jurídico**

Asistencia a las víctimas:

- *derecho a alojamiento, alimentación y vestimenta apropiados.**
- *Asistencia integral: social, psicológica, médica y jurídica; y continuidad y/o reincorporación al proceso educativo.**
- *Derecho a un retorno seguro al lugar de residencia habitual de los niños**
- *Reintegración de las víctimas a su familia y/o a su comunidad.**
- *Prohibición de alojamiento en cárceles, establecimientos penitenciarios o destinados a personas procesadas o condenadas.**
- *Prohibición de restringir derechos o privar de libertad.**

En el ámbito nacional encontramos, en primer lugar, a la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, 26.061, la cual recoge el nuevo paradigma de la CDN plasmado en la consideración jurídica del niño, niña y adolescente. Desde esta perspectiva, la ley establece el marco conceptual tendiente a la conformación de un sistema de protección integral de las personas menores de 18 años³.

³ Si bien esta ley ha sido reglamentada por el Dto 415/2006, es cierto que muchas legislaciones provinciales suspenden la vigencia de la ley, aduciendo, generalmente, cuestiones presupuestarias.

Respecto al tema que nos convoca, esta ley determina, en el art. 9, que lo/as niño/as y adolescentes tienen derecho a la dignidad y a no ser sometidos a ningún tipo de explotación, entendida en sentido amplio.

Art. 9– Derecho a la dignidad y a la integridad personal. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley.

Los organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes.

El artículo menciona no sólo una serie de derechos sino también directivas al Estado, lo cual refleja la responsabilidad directa de éste último como principal garante de la satisfacción de los derechos de lo/as niño/as. Esta deberá ser realizada, según la ley, a través de la creación de un sistema de protección de derechos compuesto por organismos administrativos y judiciales y políticas de protección de derechos (art. 32).

Sin embargo, también señala una co-responsabilidad de la sociedad civil que tome conocimiento de alguna situación de explotación sexual infantil, lo cual refleja la opción de posicionarla en una función de control, interpelación y acción en el proceso de hacer efectivos los derechos de lo/as niño/as⁴.

Por último, debemos detenernos en la lectura de la legislación sustantiva y material que se vincula con la explotación sexual comercial infantil y con el tratamiento dispensado a los menores de 18 años durante el proceso judicial.

Con relación a la normativa de fondo, encontramos a los delitos contra la integridad sexual, definidos en el Código Penal por la Ley 25.087. Aquí se establece una serie de categorías de penalización para casos de abuso sexual mediante la violencia, la intimidación en una relación

⁴ Vid. LOPEZ OLIVA, Mabel, “Las políticas públicas en la ley 26.061: de la focalización a la universalidad”, en *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, A.A.V.V., Emilio García Méndez comp, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 134

de dependencia, de autoridad, de poder, o aprovechándose que la víctima no haya podido consentir libremente. Las penas aumentan si la víctima es menor de 18 años o menor de 13 (Art. 119 y art. 120).

Art. 119.- Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo, cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.-

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso, por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.-

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.-

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima,
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guardia,
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio,
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas.-
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones.-
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.-

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e), ó f).-

Art. 120.- Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado".-

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediar alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) ó f) del cuarto párrafo del artículo 119".-

Siguiendo esta línea, encontramos a los arts. 125 y 125 bis, que regulan los delitos de promoción o facilitación de la corrupción de menores, y de promoción o facilitación de la prostitución infantil, respectivamente.

ARTICULO 125. - El que promoviére o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediar el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediar engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

ARTICULO 125 bis — El que promoviére o facilitare la prostitución de menores de dieciocho años, aunque mediar el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediar engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también, si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

Por último, la ley 26.388, que regula los Delitos Informáticos, incorporada al Código Penal, introduce la penalización, en el art. 128, de la pornografía infantil. Dicha reforma incorpora acciones y una definición más específica de la pornografía infantil, asumiendo conceptos incluidos en el Protocolo Facultativo contra la Pornografía Infantil de la CDN, que no se encontraban en la vieja redacción del art. 128. Las acciones y la definición incorporadas se encuentran destacadas en el texto.

ARTICULO 2º — Sustitúyese el artículo 128 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 128: Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, **ofreciere, comerciare,** publicare, facilitare, **divulgare o distribuyere,** por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o **toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales,** al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que **tuviere en su poder** representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrarle material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Con relación al Código Procesal Penal de la Nación, las principales disposiciones referidas a las personas menores de 18 años se vinculan con la forma y modalidad en que deben brindar su testimonio, en caso de que hayan sido víctimas de delitos contra las personas, contra la libertad sexual, y contra la libertad.

Art. 250 bis: Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento:

- a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes;
- b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor;
- c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriban;
- d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

Art. 250 ter: Cuando se trate de víctimas previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 250 bis.

Los instrumentos internacionales específicos contra la trata de personas, la ley 26.364 y las víctimas menores de 18 años.

En este apartado trataremos de identificar, dentro de los principales instrumentos internacionales específicos sobre la trata de personas, las disposiciones referidas a los niños, niñas y adolescentes, a los fines de otorgar un repaso descriptivo de la normativa específica en materia de trata sobre la población infantil.

Comenzaremos por el análisis del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1949). Este Convenio fue el resultado de una serie de debates internacionales que confluyeron en la unión de los conceptos de prostitución, trata y pornografía⁵, calificándola como “publicaciones obscenas”. De esta manera, esta Convención, heredera directa de los primeros acuerdos internacionales sobre trata y prostitución, se ampara bajo un sistema netamente abolicionista.

De sus artículos, encontramos que la misma establece la represión de cualquier persona que “concierte, explote, o dirija” a otra persona hacia la prostitución, o que “mantenga, administre o participe” del sostenimiento de una casa de tolerancia. Con relación al tema de lo/as niño/as, sólo realiza una especial mención en cuestiones vinculadas con la migración, como en lo

⁵ El movimiento abolicionista europeo obtuvo de forma progresiva toda una serie de victorias relacionadas con esta temática:

* En 1883, la “British Contagious Diseases Acts” (ley sobre las enfermedades contagiosas), que se dirigía a las mujeres que ejercían la prostitución, fue suspendida para ser definitivamente derogada en 1886.

* En 1885, la “Criminal Law Amendment Act” de Inglaterra, aumentó la edad de consentimiento a 16 años, e impuso sanciones a los traficantes y gerentes de prostíbulos y todos aquellos que explotaren la prostitución de mujeres.

* En 1904, el primer acuerdo internacional sobre la “trata de blancas” fue firmado en París, seguido de otros tratados en 1910, 1921 y 1933.

* A partir de 1912, paulatinamente, los países europeos adoptaron políticas abolicionistas.

relacionado a las inspecciones en las agencias de colocación, a los fines de evitar que lo/as niño/as caigan en la prostitución.

Artículo 17

Las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar o mantener, en relación con la inmigración y la emigración, las medidas que sean necesarias, con arreglo a sus obligaciones en virtud del presente Convenio, para combatir la trata de personas de uno u otro sexo para fines de prostitución.

En especial se comprometen:

1) A promulgar las disposiciones reglamentarias que sean necesarias para proteger a los inmigrantes o emigrantes, y en particular a las mujeres y a los niños, tanto en el lugar de llegada o de partida como durante el viaje;

Artículo 20

Las Partes en el presente Convenio, si no lo hubieren hecho ya, deberán adoptar las medidas necesarias para la inspección de las agencias de colocación, a fin de impedir que las personas que buscan trabajo, en especial las mujeres y los niños, se expongan al peligro de la prostitución.

El siguiente instrumento internacional relacionado con el delito de trata de personas y la explotación sexual es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Dicha Convención, si bien plantea las directrices mínimas que deben adoptar los Estados partes en la protección de testigos y víctimas, no realiza distinciones especiales cuando las mismas sean personas menores de 18 años (art. 24 y 25).

Artículo 24

Protección de los testigos

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales, en:

a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;

b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con

otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.

4. Las disposiciones del presente artículo también serán aplicables a las víctimas en el caso de que actúen como testigos.

Artículo 25

Asistencia y protección a las víctimas

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación.

2. Cada Estado Parte establecerá procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención obtener indemnización y restitución.

3. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y examinen las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

Uno de sus protocolos, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, sí establece disposiciones concretas relacionadas con la especial atención que deben requerir las víctimas menores de 18 años, las cuales serán entendidas como niño/as (art. 2 y art. 3).

Artículo 2.-Finalidad

Los fines del presente Protocolo son:

- a) **Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños;**
- b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y
- c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

Artículo 3.- Definiciones

Para los fines del presente Protocolo: (...)

- d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años

En el apartado II, referido a la Protección de las víctimas de la trata de personas, y en el apartado III, Medidas de prevención, cooperación y otras medidas, el Protocolo también dispone que, en lo referido a la atención, protección y prevención de las víctimas de trata, debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, la condición de niño/a de las mismas. Así también, dispone que en las capacitaciones a funcionarios deben tenerse en cuenta las particularidades de los niño/as.

II. Protección de las víctimas de la trata de personas

Artículo 6.-Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas
(...)

4. Cada Estado Parte tendrá en cuenta, al aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados.

III. Medidas de prevención, cooperación y otras medidas
(...)

b) Proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización.

4. Los Estados Parte adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata.

5. Los Estados Parte adoptarán medidas legislativas o de otra índole, tales como medidas educativas, sociales y culturales, o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral y multilateral, a fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Artículo 10

Intercambio de información y capacitación
(...)

2. Los Estados Parte impartirán a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como a los de inmigración y a otros funcionarios pertinentes, capacitación en la prevención de la trata de personas o reforzarán dicha capacitación, según proceda. Ésta deberá centrarse en los métodos aplicados para prevenir dicha trata, enjuiciar a los traficantes y proteger los derechos de las víctimas, incluida la protección de las víctimas frente a los traficantes. La capacitación también deberá tener en cuenta la necesidad de considerar los derechos humanos y las cuestiones **relativas al niño** y a la mujer, así como fomentar la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil.

En el ámbito nacional, se ha dictado la ley 26.364, de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a la Víctima, en el año 2008, creando a partir de ella el delito especial de trata de personas. Tal paso legislativo fue una respuesta importante ante las presiones

internacionales⁶ y locales, así como una cristalización de la voluntad del estado argentino de atender prioritariamente un fenómeno criminal invisibilizado hasta el momento.

Con relación a las referencias específicas sobre niño/as que contiene la ley, encontramos que en su art. 3° dispone la irrelevancia de los medios comisivos para la configuración del delito de trata de personas, y que el asentimiento brindado por las personas menores de 18 años no tendrá efecto alguno para la exoneración del delito.

Art. 3. - Trata de menores de DIECIOCHO (18) años. Se entiende por trata de menores el ofrecimiento, la captación, el transporte y/o traslado -ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior-, la acogida o la recepción de personas menores de DIECIOCHO (18) años de edad, con fines de explotación.

Existe trata de menores aun cuando no mediere engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

El asentimiento de la víctima de trata de personas menores de DIECIOCHO (18) años no tendrá efecto alguno.

Así, puede afirmarse que la ley 26.364 opta por diferenciar, desde el campo político-criminal, a las víctimas mayores de las menores de 18 años, permitiendo que el delito se configure de manera independiente del análisis de la existencia o no del consentimiento de la víctima.

Podemos inferir que esta opción se ha adoptado para evitar cualquier tipo de evaluación judicial o policial vinculada con la carga de la prueba de la víctima menor de 18 años ya que, básicamente, los resultados de la irrelevancia del consentimiento son dos: abrir el campo de persecución penal y reducir las exigencias probatorias, al no requerir la prueba del consentimiento viciado de la víctima.

También la ley realiza una distinción especial cuando aborda la asistencia y protección de las víctimas, en el Título II, donde dispone que lo/as niño/as, además de tener todos los derechos que la ley asiste a las víctimas en general.

Art 6°: “Las víctimas de la trata de personas tienen derecho a:

l) “(...) En el caso de niños, niñas y adolescentes, (...) se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad. En ningún caso podrán ser sometidos a careos. Las medidas de protección de derechos aplicables no podrán restringir sus derechos y garantías, ni implicar privación de su libertad. Se procurará la reintegración a su familia nuclear o ampliada o a su comunidad”.

⁶

Trafficking in persons report, june 2008; U.S. Department of State.

Por último, la ley 26.634 penaliza de forma más gravosa la trata de menores de 18 años que la de mayores (art. 145 bis), atendiendo a las condiciones de mayor vulnerabilidad de la población infantil (art. 145 ter). Esto indica un respeto del principio de proporcionalidad, el cual no sólo debe estar guiado por el vector de la lesividad sino también por el de la necesidad de una mayor tutela del bien jurídico en juego.

Artículo 145 bis: El que capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas mayores de dieciocho años de edad, cuando mediere engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, con fines de explotación, será reprimido con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años. La pena será de CUATRO (4) a DIEZ (10) años de prisión cuando:

- 1.El autor fuere ascendiente, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público;
- 2.El hecho fuere cometido por TRES (3) o más personas en forma organizada;
- 3.Las víctimas fueren TRES (3) o más.

Artículo 145 ter: El que ofreciere, capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas menores de DIECIOCHO (18) años de edad, con fines de explotación, será reprimido con prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

La pena será de SEIS (6) a QUINCE (15) años de prisión cuando la víctima fuere menor de TRECE (13) años.

En cualquiera de los supuestos anteriores, la pena será de DIEZ (10) a QUINCE (15) años de prisión, cuando:

1. Mediere engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima;
2. El autor fuere ascendiente, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público;
3. El hecho fuere cometido por TRES (3) o más personas en forma organizada;
4. Las víctimas fueren TRES (3) o más.

Recomendaciones generales

En primer lugar, resulta claro que la problemática de los niños, niñas y adolescentes sometidos a la explotación sexual comercial infantil (ESCI) y al delito de trata de personas, es una realidad indubitable, forjada por un complejo sistema de relaciones de poder, y perpetuada por vastas complicidades locales y extranjeras.

Sumado a esto, delitos “novedosos” como la pornografía infantil avanzan a pasos agigantados no sólo por el alcance de las modernas tecnologías, sino también por las grandes zonas fronterizas que escapan a las delimitaciones normativas.

Ante ello, es importante que una legislación que aborde el delito de trata de personas adopte una visión integral, es decir, que no privilegie de manera exclusiva la penalización, sino también, y fundamentalmente, la prevención y la asistencia de las víctimas, en general, y especialmente los menores de 18 años.

Si nos detenemos en los instrumentos internacionales específicos sobre la materia, reseñados en líneas anteriores, encontramos que la preocupación por la trata infantil no ha sido abordada de manera sustancialmente diferenciada a la de los adultos. En primer lugar, las menciones sobre los niños y niñas son bastante breves y escasas, sin hacer hincapié en los estatutos legales y en sus necesidades especiales.

Por otro lado, y aún cuando se advierte, desde una posición protectoril, mayores atribuciones de vulnerabilidad a la población infantil, estas se emparentan, desde lo normativo, con las situaciones de vulnerabilidad de las mujeres, lo cual invisibiliza las peculiaridades que poseen los niños o niñas, por ser personas en crecimiento.

Para suplir estas deficiencias de los instrumentos específicos, una modificación de la ley de trata de personas debería adoptar los criterios asentados en la normativa internacional específica que aborda los derechos de la infancia. Así, deberían ser considerados la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía y el Convenio de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación No C182 (1999).

Esto no implicará un criterio de selección y diferenciación de víctimas, sino atender a una matriz de protección integral (dispuesta constitucionalmente) que resguarde ampliamente los derechos de los sujetos más débiles dentro del escalafón de las políticas públicas. Por lo tanto, la protección desde la ley debe atender a un desarrollo armónico del niño/a, haciendo hincapié en el fortalecimiento de políticas preventivas y de sensibilización del fenómeno trata de personas.

Es importante destacar que Argentina ha cumplido, al menos formalmente, con los compromisos mínimos requeridos por los instrumentos internacionales vinculantes que exigen la persecución y penalización de los delitos de trata de personas y de explotación sexual infantil. Así, hemos visto que nuestro Código Penal contiene normas que abordan de manera directa estas temáticas.

Sin embargo, no puede desconocerse que la Ley 26.364 aún no ha sido reglamentada, lo cual determina que, muy probablemente, los contenidos vinculados a la protección y asistencia de las víctimas se transformen en meras enunciaciones programáticas.

Con relación a las herramientas necesarias para la prevención y persecución de la trata y la ESCI, es el establecimiento de las definiciones de las acciones. Los instrumentos internacionales han cedido a los Estados la definición de los principales contenidos y conceptos que contienen la “explotación”; por ello, sería una buena práctica legislativa abordar y afrontar el contenido de dichos términos, resguardando derechos y evitando extensiones punitivas inconstitucionales.

En idéntico sentido, tenemos el problema del turismo sexual infantil y su penalización. Ante ello, resulta vital la articulación con el sector de negocios, especialmente la industria turística, contra el uso de sus redes y establecimientos para la explotación sexual comercial de los niños. Asimismo, es importante, previo a su tipificación, la definición concreta del concepto “turismo sexual infantil”. Sobre esto, debemos destacar que Argentina no ha tipificado este delito, así como tampoco el de venta de niño/as.

Con relación a la sensibilización, debe bregarse por el inicio de campañas de información y comunicación con contenidos de género con el fin de aumentar la comprensión pública y educar a las autoridades sobre los derechos de lo/as niño/as, promoviendo actitudes y comportamientos sexuales responsables a escala social, congruentes con el desarrollo, sentido de la dignidad y autoestima de lo/as niño/as.

Las víctimas de los delitos deben ser tratadas de acuerdo a su condición de niño/as, por ello se debe proporcionar asesoramiento psicológico médico, social y otras medidas de apoyo a las mismas, así como a sus familias, prestando particular atención a aquellos que padecen enfermedades de transmisión sexual, comprendida el VIH/SIDA. Asimismo, se debe emprender la formación con enfoque de género del personal médico, maestros, trabajadores sociales, organizaciones no gubernamentales y otras personas que trabajan para ayudar a las víctimas infantiles de la explotación sexual comercial y sobre el desarrollo infantil y los derechos del/a niño/a, utilizando como directriz la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas de derechos humanos pertinentes.

Por último, identificadas las principales causas de la trata de personas y la ESCI, como son las condiciones estructurales de pobreza y la falta de educación, es imperioso que los gobiernos den pasos positivos para erradicar dichas causas subyacentes. Por ende, es importante trabajar sobre el establecimiento y fortalecimiento de políticas públicas que empoderen a lo/as niño/as, si bien como objetos de protección de aquellas, en caso de ser víctimas de delitos, fundamentalmente como sujetos de derechos y deberes.

