

Informe explicativo de las

Directrices relativas a la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía

Grupo de Trabajo
Interinstitucional

Septiembre 2019



*Escrito por Susanna Greijer y Jaap Doek
Con los aportes del “Grupo de Trabajo Interinstitucional” sobre las Directrices del OPSC
Original en inglés, septiembre 2019, 2ª edición, junio de 2021
Traducido por Pedro Pavez Gamboa en junio de 2021*

Septiembre 2019

Copyright ECPAT International

Versión en español, junio de 2021

ECPAT International

328/1 Phayathai Road
Rachathewi, Bangkok 10400
Thailand

Tel: +66 2 215 3388

Fax: +66 2 215 8272

Email: info@ecpat.org

Website: www.ecpat.org

Del sistema de documentos oficiales de las Naciones Unidas (CRC/C/156).
© Naciones Unidas, 2019. Reimpreso con el permiso de las Naciones Unidas

Las opiniones vertidas en el Informe Explicativo adjunto a las “Directrices relativas a la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución y la utilización de niños en la pornografía” (CRC/C/156) son las de sus autores y no reflejan necesariamente la opinión de las Naciones Unidas.

Conception graphique: SO Graphiste



Informe explicativo de las

Directrices relativas a la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía



Tabla de Contenidos

I.	INTRODUCCIÓN	10
II.	OBJETIVOS DE LAS DIRECTRICES	19
III.	MEDIDAS GENERALES DE APLICACIÓN	22
IV.	PREVENCIÓN DE LOS DELITOS CONTEMPLADOS EN EL PROTOCOLO FACULTATIVO	49
V.	PROHIBICIÓN DE LOS DELITOS CONTEMPLADOS EN EL PROTOCOLO FACULTATIVO	61
VI.	SANCIONES	86
VII.	JURISDICCIÓN Y EXTRADICIÓN	91
VIII.	EL DERECHO DEL NIÑO VÍCTIMA A CONTAR CON ASISTENCIA Y PROTECCIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES	97
IX.	EL DERECHO DEL NIÑO VÍCTIMA A LA RECUPERACIÓN, LA REINTEGRACIÓN FAMILIAR Y SOCIAL Y LA INDEMNIZACIÓN	107
X.	ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL	112

Prefacio

El 30 de mayo de 2019, durante su 81º período de sesiones, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (el Comité) adoptó sus primeras Directrices para la aplicación de uno de los instrumentos jurídicos incluidos en su mandato de supervisión. Las Directrices relativas a la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Directrices OPSC o Directrices) tienen como objetivo facilitar a los Estados Partes la comprensión de las disposiciones contenidas en el OPSC, así como lo que se espera de ellos en términos de aplicación y cumplimiento.

En 2017, el Comité invitó a ECPAT International a presentar un proyecto de Directrices OPSC que se discutiría con un grupo de trabajo específico del Comité. Dicho grupo se creó en 2018 y está compuesto por miembros del Comité. A principios de 2018, ECPAT International también estableció un Grupo de Trabajo Interinstitucional (GTI) para ofrecer asesoramiento experto de una amplia gama de actores que trabajan en los derechos de los niños y la protección de los niños. ECPAT International actuó como Secretaría del GTI y apoyó el proceso de investigación y redacción. El Grupo se reunió por primera vez en Ginebra en mayo de 2018, y luego dos veces más antes de la adopción de las Directrices un año después.

El Grupo de Trabajo Interinstitucional estaba compuesto por representantes de 19 organizaciones y presidido por el profesor Jaap Doek, mientras que la coordinación y redacción del proyecto fueron dirigidas por la Dra. Susanna Greijer, ambos asesores legales principales de ECPAT International.

Un informe explicativo

Durante el proceso de redacción de las Directrices del OPSC, el Comité se enfrentó al límite oficial de palabras de cualquier documento adoptado por los órganos supervisores de la ONU. Esto implicaba que no podían incluirse en el texto referencias a fuentes o extractos de fuentes relevantes, ni tampoco ejemplos concretos de buenas prácticas, que proporcionarían orientación a los Estados, no sólo sobre lo que se espera de ellos en cuanto a la aplicación y cumplimiento del OPSC, sino también sobre cómo llevarlo a cabo.

En un esfuerzo por llenar el vacío y ofrecer detalles que no pudieron incluirse en las Directrices del OPSC, el Comité, en consulta con ECPAT International y otros, resolvió preparar el presente Informe Explicativo, que pretende servir de herramienta a los Estados y otros interesados que trabajan contra la venta y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes y que se publica como complemento de las Directrices OPSC.

Para facilitar la lectura conjunta de ambos, el Informe Explicativo sigue la estructura e incluye el texto íntegro de

las Directrices del OPSC. Para cada párrafo de las Directrices, se añade información adicional sobre las diferentes cuestiones planteadas, y se incluyen referencias a las normas internacionales y regionales relacionadas con los temas tratados en el OPSC, a las Observaciones Generales pertinentes del Comité y a las recomendaciones de otros organismos similares, como el Comité de las Partes del Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, también conocido como “Comité de Lanzarote”. Por último, se incluyen ejemplos concretos de buenas prácticas a partir de legislaciones y políticas nacionales, así como recursos de organizaciones de protección de la infancia. En la medida de lo posible, se han incluido en este informe explicativo las buenas prácticas facilitadas por los Estados durante la convocatoria abierta de presentaciones realizada por el Comité durante el proceso de redacción de las Directrices OPSC.

Creemos que tanto las Directrices del OPSC como el presente Informe Explicativo serán instrumentos eficaces para los Estados miembros y otros que trabajan contra la venta y la explotación sexual de los niños en todo el mundo, y ofrecerán la orientación necesaria para mejorar la aplicación de las recomendaciones del Comité en los Estados miembros.

Nuestro más sincero agradecimiento al Comité, al Grupo de Trabajo Interinstitucional y a todos los que han contribuido a la finalización de las Directrices OPSC y el Informe Explicativo.



Robbert van den Berg
ECPAT International
26 de Septiembre de 2019



Reconocimientos

Este informe explicativo es el resultado de la colaboración de muchas personas e instituciones. ECPAT International desea agradecer a todos los que han contribuido con su tiempo, experiencia y energía, en particular:

Mary Harvey y Dorothy Rozga (Centro para el Deporte y los Derechos Humanos), Ilaria Paolazzi y Olivia Solari (Child Rights Connect), Gioia Scappucci y Elda Moreno (Consejo de Europa- Secretaría del Comité de Lanzarote), Velina Todorova y Clarence Nelson (Comité de los Derechos del Niño), Marie-Laure Lemineur, Anita Goh y Andrea Varrella (Secretaría Internacional de ECPAT), Adem Arkadas-Thibert (Global Child), Jacqueline Hazzan (Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados), Mike Tunks (Internet Watch Foundation), Yoshie Noguchi y Ben Smith (Oficina Internacional del Trabajo), Carla Licciardello (Unión Internacional de Telecomunicaciones), Monica Nascimento, Allegra Franchetti, Shushan Khachyan y Dorian Hall (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos), Annette Lyth y Ann-Kristin Vervik (Oficina del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños), Anya Gass (Plan International), Nina Vaaranen-Valkonen y Alen Zaimovic' (Save the Children), Laura Chello (Terre des Hommes), Anne Grandjean (UNICEF), Maud de Boer-Buquicchio (Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de los niños), Frédérique Seidel y Jennifer Philpot-Nissen (Consejo Mundial de Iglesias), Philip Wilkinson (World Vision).

Agradecemos el apoyo financiero de Sida, Oak Foundation y UNICEF para la elaboración de esta publicación.

Grupo de Trabajo Interinstitucional

Incorporados en 2018

- Child Rights Connect
- Consejo de Europa, División de Derechos del Niño- Secretaría del Comité de Lanzarote
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos – Comité de los Derechos del Niño
- ECPAT International
- Global Child
- Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados (ICMEC)
- Internet Watch Foundation
- Oficina Internacional del Trabajo
- Unión Internacional de Telecomunicaciones
- PLAN International
- Save the Children
- Terre des Hommes
- UNICEF
- Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de los niños
- Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños.
- Consejo Mundial de Iglesias
- World Vision

Incorporados en 2019

- Centro para el Deporte y los Derechos Humanos
- Lumos

Incorporado en 2021

- Suojellaan Lapsia ry. / Protect children

I. Introducción

A. Novedades acerca de la venta y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes.

1

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989, y 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, aprobado en 2000, son los instrumentos jurídicos internacionales más completos para promover y salvaguardar los derechos del niño y proteger a los niños de la venta y de la explotación y el abuso sexuales. Sin embargo, estos tratados se aprobaron en un momento en que la tecnología de la información y las comunicaciones (TIC)¹ y los medios sociales estaban mucho menos desarrollados y eran mucho menos utilizados, y los delitos sexuales cometidos contra los niños no tenían la estrecha relación con el entorno digital que a menudo presentan en la actualidad. Si bien la Convención y el Protocolo Facultativo son plenamente pertinentes y aplicables también en el entorno digital, sus disposiciones requieren una interpretación que se adapte a las realidades actuales.

¹ El término "TIC" abarca cualquier dispositivo o aplicación de comunicación, incluidos la radio, la televisión, los teléfonos móviles, y los equipos y programas informáticos de ordenadores y redes

Es importante aclarar que ni la CDN ni el OPSC deben considerarse, en modo alguno, como instrumentos jurídicos obsoletos e irrelevantes. Al contrario, la CDN sigue siendo, al día de hoy, el instrumento jurídico internacional más completo y universal para los derechos de la niñez y la adolescencia, y el OPSC, con sus 176 Estados partes, establece obligaciones jurídicas fundamentales para proteger a los niños, niñas y adolescentes de la venta y la explotación sexual.

Sin embargo, los considerables avances de las dos últimas décadas, en particular, pero no sólo, en el entorno digital, plantean desafíos a los Estados y a otras partes interesadas que trabajan para prevenir la venta y la explotación sexual, y para proteger a las personas menores de edad de estos flagelos.

Una interpretación que tenga en cuenta los avances digitales y de otro tipo que se han producido en las dos últimas décadas implica que los Estados partes consideren medidas concretas y específicas para aplicar el OPSC, que puedan adaptarse fácilmente y/o revisarse y actualizarse periódicamente en función de las actuales prácticas en evolución¹. El Comité, a través de sus Directrices relativas a la aplicación del OPSC², trata de proporcionar asesoramiento y recomendaciones para ayudar a los Estados partes en sus esfuerzos por aplicar las disposiciones sustantivas de este Protocolo.

Además, para garantizar una aplicación coherente de todas las obligaciones legales para proteger a los niños, niñas y adolescentes de la venta y la explotación sexual, es importante que los Estados se basen en el trabajo que se ha realizado en el contexto de los tratados y entidades regionales de derechos humanos, ya que esto contribuye a la aplicación efectiva de sus compromisos globales. Por ejemplo, un número cada vez mayor de Estados partes del OPSC son también parte del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual, conocido como el "Convenio de Lanzarote". Este último es el único tratado regional que aborda en detalle cómo los Estados deben prevenir los delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes, perseguir a sus autores y proteger a sus víctimas. Sus normas han inspirado

¹ Véase, por ejemplo: Comité de los Derechos del Niño, Informe de la Jornada de debate general de 2014 "Los medios digitales y los derechos del niño", párrafos 46 y 75.

² Comité de los Derechos del Niño, Directrices relativas a la aplicación del Protocolo Facultativo de la CDN sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, UN Doc. CRC/C/156, Aprobadas durante el 81º período de sesiones del Comité (13-31 de mayo de 2019) y distribuidas el 10 de septiembre de 2019.

cambios en la legislación y las políticas de países de todo el mundo.³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia algunas normas importantes para la protección de los niños, niñas y adolescentes que pueden ser útiles para que sean conocidas por todos los Estados partes del OPSC. En la región africana, el Comité Africano de Expertos en los Derechos y el Bienestar del Niño ha desarrollado experiencia y conocimientos para abordar cuestiones importantes relacionadas con el OPSC, como la venta de niños y niñas y el matrimonio infantil.

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC)

Las TIC abarcan cualquier dispositivo o aplicación de comunicación, como la radio, la televisión, los teléfonos móviles y los equipos y programas informáticos de red.

SUGERENCIA DE RECURSOS

June Simon, Ann Luetzow, Jon R. Conte, Thirty years of the convention on the rights of the child: Developments in child sexual abuse and exploitation, Child Abuse & Neglect, Volume 110 Part 1 December 2020.

2

El desarrollo y la difusión tan rápidos que ha experimentado la TIC ofrecen grandes oportunidades para acelerar el progreso humano y reducir las desigualdades. Al mismo tiempo, este hecho ha expuesto a más niños al riesgo de ser objeto de venta y explotación sexual. Ha abierto nuevas vías para que los delincuentes sexuales entren en contacto con niños y los aborden con fines sexuales (“seducción de niños”), contemplen actos de abuso sexual de niños por medios electrónicos a través de la transmisión de vídeos en directo y participen en ellos, distribuyan material que muestra abusos sexuales de niños, incluido contenido generado por estos y producido a partir del “sexteo”, y extorsionen sexualmente a niños. Además, dicha tecnología ofrece nuevas oportunidades para que los delincuentes se conecten entre sí y compartan información cifrada, y el uso de la web oscura para cometer o facilitar la comisión de delitos contemplados en el Protocolo Facultativo está planteando nuevos retos a la aplicación de la ley. En un mundo en que el acceso a internet se está expandiendo a niveles sin precedentes, es cada vez mayor el riesgo de que haya niños explotados sexualmente o comprados y vendidos como mercancía.

El desarrollo y la difusión de las TIC exponen a cada vez más niños, niñas y adolescentes al riesgo de explotación y abuso sexual. En la actualidad, uno de cada tres usuarios de Internet en el mundo es un niño o una niña, y los jóvenes (de 15 a 24 años) son el grupo de edad más conectado, con un 71% en línea en todo el mundo en 2017.⁴

La explotación y el abuso sexual de niños, niñas y adolescentes en tiempo real se han convertido en una forma cada vez más frecuente en que los delincuentes sexuales lleven a cabo los delitos contemplados en el OPSC. Los delincuentes también se aprovechan de la actual “era de la imagen” y de las normas y presiones sociales existentes para producir y distribuir contenido autogenerado, incluido el contenido sexual como el “sexting”. Este material, una vez obtenido, puede ser utilizado por los delincuentes para coaccionar o extorsionar sexualmente a sus víctimas para que realicen otros actos sexuales.⁵ Además, los teléfonos inteligentes han alimentado una “cultura del dormitorio”, en la que el acceso a Internet de muchos niños, niñas y adolescentes se ha vuelto más personal, más privado y menos supervisado.⁶

³ Cabe destacar que cualquier país del mundo puede ser potencialmente parte del Convenio de Lanzarote y el proceso de adhesión consta de tres sencillos pasos que se describen en: <https://www.coe.int/en/web/children/convention#%7B%2212441481%22:%5B1%5D%7D>

El texto del Convenio, el número de ratificaciones y otros detalles están disponibles en: <https://www.coe.int/en/web/children/convention>

⁴ UNICEF, Estado mundial de la infancia 2017 “Niños en un mundo digital”, 2017. Disponible en: <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/estado-mundial-infancia-2017.pdf>

⁵ Véase, por ejemplo: Resolución del CDH de la ONU A/HRC/RES/31/7, p. 10-11.

⁶ UNICEF, Estado mundial de la infancia 2017 “Niños en un mundo digital”, 2017

Las redes encriptadas de la red oscura (darknet) también proporcionan una nueva sensación de anonimato a los delincuentes sexuales, ya que para las fuerzas de orden resulta difícil rastrear esa actividad en línea de manera eficaz. De ahí que hayan proliferado amplias redes de delincuentes con ideas y prácticas criminales afines que intercambian información, contactos y material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes.⁷

Los informes recientes muestran tendencias alarmantes con respecto a la explotación sexual y el abuso sexual de niños, niñas y adolescentes a través del uso de los medios digitales, incluido el aumento de transmisiones en video de los abusos sexuales en directo, el creciente número de usuarios conectados a redes encriptadas de la red oscura para compartir e intercambiar materiales de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes⁸ y el aumento de los delitos cometidos por personas que no tienen antecedentes de este tipo de delitos, ni ningún interés sexual en ellos, pero que aprovechan la oportunidad para explotar sus vulnerabilidades para beneficio propio.⁹

SUGERENCIAS DE RECURSOS

WeProtect Global Alliance, *Global Threat Assessment 2018, Working together to end the sexual exploitation of children online* (2018). **Disponible aquí**

UNICEF, Estado mundial de la infancia 2017 “Niños en un mundo digital”, 2017. **Disponible aquí**

3

En un mundo globalizado y cada vez más móvil, la venta y la explotación sexual de niños en el contexto de los viajes y el turismo representan una amenaza creciente. Los delincuentes pedófilos que viajan, ya sea a través de fronteras o en sus propios países, encuentran más fácil el acceso a niños en situaciones de vulnerabilidad, a menudo mediante el uso de redes de contactos anónimos en la web oscura.

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Agresores en Marcha: *Estudio Gobal sobre la Explotación Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes en el Contexto de Viajes y Turismo* (2016) **Disponible aquí**

4

La dimensión de género de los delitos sexuales contra niños es otro aspecto importante en relación con la aplicación del Protocolo Facultativo. Si bien la mayoría de las víctimas son niñas, investigaciones recientes han demostrado que una considerable proporción de los niños que aparecen en el material de abuso sexual infantil en línea son varones. Todavía hay muy pocas estructuras de apoyo para los niños varones que son víctimas de explotación y abuso sexuales.

⁷ WeProtect Global Alliance, Evaluación de la amenaza global 2018, Trabajando juntos para acabar con la explotación sexual de los niños en línea (2018). Disponible en: https://www.basw.co.uk/system/files/resources/basw_53724-9.pdf

⁸ La Internet Watch Foundation ha descubierto un número cada vez mayor de sitios web camuflados, lo que significa que el contenido ilegal sólo se revela si el usuario sigue una ruta digital preestablecida, mientras que cualquier otra persona sólo vería el contenido legal. Véase: Internet Watch Foundation, Informe anual 2017. Disponible en: <https://annualreport.iwf.org.uk/>

⁹ Ver por ejemplo: Child Exploitation and Online Protection Centre (CEOP), Threat Assessment of Child Sexual Exploitation and Abuse (2013). Disponible en: https://www.norfolkscsb.org/wp-content/uploads/2015/03/CEOP_Threat-Assessment_CSE_JUN2013.pdf; OHCHR Report ADRC (2016).

El creciente uso de las TIC para facilitar o cometer delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes también ha hecho aflorar un aspecto importante y a menudo olvidado de estos delitos: la dimensión de género. Investigaciones recientes han demostrado que, en contra de la creencia a menudo sostenida de que casi todas las víctimas son niñas, una proporción significativa de niños y adolescentes varones aparecen en el material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes en línea. Además, la investigación muestra que cuando los niños varones son representados en el abuso, es más probable que se trate de temas parafráficos.¹⁰ Esto debe tenerse en cuenta a la hora de desarrollar mecanismos de respuesta.

En relación con los abusos sexuales en el deporte, los estudios realizados sobre los niños en el deporte confirman que tanto niñas como niños son víctimas de abusos sexuales. Los más pequeños, incluidos los que son atletas de élite, son especialmente vulnerables. Aunque las investigaciones sobre la prevalencia tienden a indicar que hay más niñas que niños y adolescentes varones afectados, algunos estudios recientes no muestran una diferencia significativa entre los sexos. También se sospecha que los chicos son menos propensos a denunciar.¹¹

El reciente aumento del número de niños y niñas migrantes y refugiados vulnerables a la explotación sexual, que incluye una parte proporcionalmente grande de niños varones no acompañados, también requiere respuestas específicas que tengan en cuenta los aspectos de género.

Los niños y las niñas son más vulnerables a la explotación sexual cuando se ven alejados de sus comunidades y redes de apoyo tradicionales. Esta vulnerabilidad aumenta si los niños y niñas migrantes y refugiados se encuentran viviendo en situaciones de calle una vez que se desplazan. Por ello, es necesario un enfoque específico que tenga en cuenta la situación y las necesidades únicas de estos niños y niñas, que pueden encontrarse en una situación en la que una serie de factores como el desplazamiento forzado, la falta de claridad en la situación migratoria, la separación de la familia, la vida en la calle y las dificultades económicas aumentan aún más su vulnerabilidad a la explotación.¹²

Además, es crucial tener en cuenta que los niños y niñas migrantes, refugiados y desplazados a menudo se enfrentan a riesgos y vulnerabilidades en sus países de origen, de tránsito y de destino, ya que pueden estar expuestos a grupos criminales, contrabandistas y traficantes en diferentes etapas de sus rutas migratorias.

Los niños y niñas no acompañados o separados de sus familias corren un riesgo aún mayor de ser captados por las redes de tráfico de personas o por individuos para su explotación sexual o laboral, así como para su venta con fines de robo de órganos, explotación criminal, matrimonio o falsas adopciones. Los riesgos están presentes tanto a lo largo de las rutas migratorias como en los centros de acogida, y es crucial que los Estados trabajen para garantizar canales de migración seguros, así como condiciones de tránsito y acogida seguras y adecuadas para los niños y niñas, dando prioridad a la atención familiar.¹³

SUGERENCIAS DE RECURSOS

ECPAT International e INTERPOL, *Hacia un indicador mundial de las víctimas no identificadas en material de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes* (2018). **Disponible aquí**

¹⁰ ECPAT International e INTERPOL, *Hacia un indicador mundial de las víctimas no identificadas en material de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes* (2018). Disponible en: https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2018/02/ICARE-Summary-Report_SP.pdf

¹¹ Ver por ejemplo: S. Parent and K. Fortier, "Prevalence of interpersonal violence against athletes in the sport context" en: *Current Opinion in Psychology*, Vol.16(16), 2017, pp. 165–169. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/317422032_Prevalence_of_interpersonal_violence_against_athletes_in_the_sport_context, y: T. Vertommen et al., "Interpersonal violence against children in sport in the Netherlands and Belgium", in: *Child Abuse and Neglect*, Vol.51, 2016, pp. 223–236. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0145213415003646>

¹² CND Artículo 22. Ver también: Ray, Patricia, Corinne Davey, y Paul Nolan, "Still on the Street- Still Short of Rights. Analysis of Policy and Programmes Related to Street Involved Children", Consorcio para Niños de la Calle, 2011; Observación General No. 21 sobre los niños de la calle, UN Doc. CRC/C/GC/21, 21 de junio de 2017; Informe conjunto de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños y la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, UN Doc. A/72/164, 18 de julio de 2017, párrafos 23, 37, 58, 76.

¹³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6 sobre el trato a menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, UN Doc. CRC/GC/2005/6, Septiembre 2005.

5

El Comité, en virtud de su mandato de supervisar la aplicación del Protocolo Facultativo, reconoce que algunos de los términos utilizados en los instrumentos internacionales y regionales sobre los derechos del niño, como “pornografía infantil” o “prostitución infantil”, están siendo sustituidos gradualmente. Entre las razones de este cambio está el hecho de que esos términos pueden inducir a error e insinuar que un niño puede consentir tales prácticas, lo que socava la gravedad de los delitos o hace recaer la culpa en el niño. En vista de ello, el Comité alienta a los Estados partes y a otros interesados a que presten atención a las Orientaciones Terminológicas para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes contra la Explotación y el Abuso Sexuales, a fin de obtener orientación sobre la terminología que se debe utilizar en la formulación de leyes y políticas relativas a la prevención de la explotación y el abuso sexuales de niños y a la protección frente a estos delitos.²

² Ver <http://luxembourgguidelines.org/es/spanish-version-es/>

Los avances tecnológicos de las dos últimas décadas han influido en la forma en que se cometen muchos delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes y han dado lugar a nuevas manifestaciones de explotación y abusos sexuales. Para reflejar y describir estas manifestaciones, se han acuñado términos como “grooming”¹⁴, “sexting”, “chantaje sexual” y “pornografía infantil virtual”.¹⁵

Además, algunos de los términos utilizados han sido objeto de crecientes críticas por parte de la comunidad de protección de la infancia y están siendo sustituidos gradualmente. Por ejemplo, el término “pornografía infantil” se sustituye cada vez más por el de “material / imágenes de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes”, para reflejar lo que realmente es: material grabado (imágenes, vídeos, grabaciones de audio, etc.) de niños, niñas y adolescentes que sufren abusos sexuales.¹⁶

Entre las razones que justifican este cambio está el hecho de que estos términos pueden inducir a error e insinuar que un niño podría consentir estas prácticas, lo que resta gravedad a los delitos o hace recaer la culpa en el niño. Muchas partes interesadas, entre ellas el Relator Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de los niños, apoyan este cambio para evitar que se trivialicen los abusos sufridos por los niños, dado que el término “pornografía” en muchos países abarca en gran medida las actividades sexuales consentidas entre adultos.¹⁷

SUGERENCIAS DE RECURSO

Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexual (también conocidas como “las orientaciones de Luxemburgo”), Grupo de Trabajo Interinstitucional (2016). **Disponible aquí**

¹⁴ El término “grooming” se menciona explícitamente por primera vez en un instrumento jurídico en el Informe Explicativo del Convenio de Lanzarote (párrafos 155-159) en relación con el delito de “Proposiciones a niños con fines sexuales” dispuesto en el artículo 23 del Convenio.

¹⁵ Para más información, véanse las Directrices Terminológicas para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (también conocidas como “Directrices de Luxemburgo”), Grupo de Trabajo Interinstitucional (2016). Disponible en: www.luxembourgguidelines.org

¹⁶ Ver entre otras cosas: Carissa Byrne Hessick (ed), *Refining Child Pornography Law. Crime, Language, and Social Consequences*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2016.

¹⁷ Ver A/HRC/28/56, párrafo 29. Para más explicaciones sobre por qué no debe utilizarse el término “pornografía infantil”, véanse las Orientaciones de Luxemburgo (2016).

B. Ampliación del conjunto de recomendaciones con las aportaciones de diversos actores internacionales

6

El Comité ha examinado las considerables repercusiones que los medios de comunicación digitales y la TIC tienen en la vida de los niños, entre otros documentos en sus observaciones finales, en sus observaciones generales núm. 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, núm. 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, y núm. 17 (2013) sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes, y en el contexto de su día de debate general de 2014 sobre los derechos del niño y los medios de comunicación digitales. Además, el Consejo de Derechos Humanos dedicó su reunión anual de un día de duración de 2016 sobre los derechos del niño al tema de la tecnología de la información y las comunicaciones y la explotación sexual de niños.

El Comité ha prestado cada vez más atención a las TIC e Internet en sus observaciones finales y ha formulado varias recomendaciones para orientar a los Estados partes cómo abordar estas materias. A su vez, se ha considerado el significativo impacto que los medios digitales y las TIC están teniendo en la vida de los niños, niñas y adolescentes, incluso en sus Observaciones Generales nº 13 (libertad de todas las formas de violencia)¹⁸, nº 14 (interés superior)¹⁹, nº 16 (sector empresarial)²⁰ y nº 17 (derecho al descanso, al ocio y al juego)²¹.

Junto a lo anterior, el Comité dedicó su vigésimo primer Día de Debate General de 2014 a “Los medios digitales y los derechos del niño” para analizar los efectos de la participación de los niños, niñas y adolescentes en los medios sociales y las TIC, con el fin de comprender mejor el impacto y el papel de los derechos de la niñez en este ámbito, y desarrollar estrategias basadas en los derechos para maximizar las oportunidades en línea y evitar restringir los beneficios para los niños, niñas y adolescentes, protegiéndolos al mismo tiempo de los riesgos y posibles daños.²² Como seguimiento de este día de debate general, el Comité adoptó su Observación General nº 25 sobre los derechos del niño en relación con el entorno digital en 2021.

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU celebró su jornada anual de 2016 sobre los derechos del niño en torno a “las tecnologías de la información y comunicación y la explotación sexual infantil”, a partir de un informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, y tanto la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños como la Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de los niños han examinado recientemente estas cuestiones de forma específica.²³

¹⁸ Comité de los Derechos del Niño de la ONU (CRC), Observación General No. 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 18 de abril de 2011, UN Doc. CRC/C/GC/13. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/4e6da922.html>

¹⁹ Comité de los Derechos del Niño de la ONU (CRC), Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1), 29 de mayo 2013, UN Doc. CRC/C/GC/14. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>

²⁰ Comité de los Derechos del Niño de la ONU (CRC), Observación General No. 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, 17 de abril 2013, UN Doc. CRC/C/GC/16. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/51ef9cd24.html>

²¹ Comité de los Derechos del Niño de la ONU (CRC), Observación General No. 17 (2013) sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (art. 31), 17 de abril 2013, UN Doc. CRC/C/GC/17. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/51ef9bcc4.html>

²² Véase el informe del Comité de los Derechos del Niño sobre el Día de Debate General de 2014 “Los derechos del niño y los medios de comunicación digitales”, párrafo 2. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/71/41>; Observación General nº 25 (2021), UN Doc. CRC/C/GC/25, 2 de marzo de 2021.

²³ Ver resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas 31/7 sobre los derechos del niño: tecnologías de la información y las Comunicaciones y explotación sexual infantil, A/HRC/RES/31/7, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre “tecnologías de la información y las comunicaciones y la explotación sexual infantil”, A/HRC/31/34, Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, 30 de diciembre de 2014, A/HRC/28/55, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía, 22 de diciembre de 2014, A/HRC/28/56.

El Dictamen Interpretativo sobre la aplicabilidad del Convenio de Lanzarote a los delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes facilitados mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC),²⁴ adoptado por el Comité de Lanzarote en mayo de 2017, establece cómo este tratado puede ser una herramienta eficaz para hacer frente a los delitos facilitados en línea.

A la luz de la Resolución 73/15 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 2018 sobre la cooperación entre las Naciones Unidas y el Consejo de Europa,²⁵ cabe recordar que los esfuerzos realizados por los Estados para proteger a los niños, niñas y adolescentes contra la explotación y el abuso sexual en el contexto de los instrumentos regionales también contribuyen a la aplicación efectiva de las obligaciones correspondientes del OPSC.

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Comité de los Derechos del Niño de la ONU (CRC), Observación General No. 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 18 de abril de 2011, UN Doc. CRC/C/GC/13. **Disponible aquí**

Comité de los Derechos del Niño de la ONU (CRC), Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1), 29 de mayo 2013, UN Doc. CRC /C/GC/14. **Disponible aquí**

Comité de los Derechos del Niño de la ONU (CRC), Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1), 29 de mayo 2013, UN Doc. CRC /C/GC/14. **Disponible aquí**

Comité de los Derechos del Niño de la ONU (CRC), Observación General No. 17 (2013) sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (art. 31), 17 de abril 2013, UN Doc. CRC/C/GC/17. **Disponible aquí**

Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 25 (2021) sobre los derechos del niño en relación con el entorno digital. **Disponible aquí**

Las recomendaciones y dictámenes del Comité de Lanzarote para proteger eficazmente a los niños, niñas y adolescentes contra la explotación y los abusos sexuales están. **Disponible aquí**

Recomendación CM/Rec(2018)7 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Directrices para respetar, proteger y hacer efectivos los derechos del niño en el entorno digital. **Disponible aquí**

7

A través de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, los Estados manifestaron su intención de invertir en la infancia y garantizar un mundo en el que los niños pudieran vivir libres de violencia. Algunos de esos objetivos son eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas (meta 5.2), adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, de aquí a 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas (meta 8.7), así como poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños (meta 16.2). La aplicación efectiva del Protocolo Facultativo, que abarca las metas antes mencionadas, también puede contribuir al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

²⁴ Dictamen interpretativo sobre la aplicabilidad del Convenio de Lanzarote a los delitos sexuales contra los niños facilitados por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Disponible en: <https://rm.coe.int/t-es-2017-03-en-final-interpretative-opinion/168071cb4f>

²⁵ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 73/15 sobre la Cooperación entre las Naciones Unidas y el Consejo de Europa. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/RES/73/15>

En 2015, se adoptaron los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) mediante la Resolución 70/1 de la Asamblea General.²⁶ Cada objetivo tiene una serie de metas.

El objetivo 5.2 establece la meta de “eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación”.

A través de la Meta 8.7, los Estados se comprometen a tomar “medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, a más tardar en 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas”.²⁷

Y en la meta 16.2, el compromiso es “poner fin al maltrato, la explotación, la trata, la tortura y todas las formas de violencia contra los niños”.

El seguimiento de los progresos realizados en la aplicación de los ODS se establece mediante un sistema de exámenes nacionales voluntarios. Los informes de dichas revisiones se envían al Foro Político de Alto Nivel. La Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de los niños presentó, en su informe de 2018, un estudio temático sobre la lucha y la prevención de la venta y la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes mediante la aplicación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible desde una perspectiva basada en los derechos del niño. De ese modo, recomendó a los Estados, entre otras cosas, que se aseguren de que las revisiones incluyan siempre informes sobre los derechos de los niños, incluidos los compromisos, los avances y los desafíos en relación con las metas 5.3, 8.7 y 16.2, independientemente del enfoque temático del Foro Político de Alto Nivel en un período de sesiones determinado. Además, la información de la revisión debería incluir, como mínimo, un índice de los marcos legales existentes que tratan de la prohibición, el enjuiciamiento, la protección, el cuidado, la asistencia y la prevención en relación con todas las formas de violencia física, mental y sexual contra los niños, la explotación y el abandono, y las prácticas nocivas en relación con los niños.

SUGERENCIAS DE RECURSOS

AGNU, Resolución A/RES/70/1 “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (2015). **Disponible aquí**

Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños y la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, UN Doc, Resolución de la Asamblea General A/73/174, 17 de julio de 2018. **Disponible aquí**

Contribución del Consejo de Europa a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU. **Disponible aquí**

²⁶ AGNU, Resolución A/RES/70/1 “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (2015). Disponible en: <https://undocs.org/A/RES/70/1>

²⁷ Para “Alliance 8.7” ver: <https://www.alliance87.org/> y también <https://www.ilo.org/global/topics/sdg-2030/goal-8/target-8-7/lang-es/index.htm>

8

Las presentes directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo son el resultado de un proceso de consultas con los interesados pertinentes, incluidos Estados, organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales nacionales e internacionales especializadas, y organismos y órganos especializados de las Naciones Unidas.

Las Directrices del OPSC son el resultado de un proceso de redacción que incluyó debates en el seno del Comité de los Derechos del Niño y consultas con las partes interesadas externas pertinentes, que duraron más de un año. Durante este proceso, un Grupo de Trabajo Interinstitucional (GTI), compuesto por representantes de los agentes en el ámbito de la protección de la infancia, aportó con investigaciones y contribuciones continuas al Comité y colaboró en la preparación del proyecto de texto. ECPAT International actuó como Secretaría del GTI (pour Grupo de Trabajo Interinstitucional), en el que participaron las siguientes organizaciones: el Centro para el Deporte y los Derechos Humanos, Child Rights Connect, el Consejo de Europa- Secretaría del Comité de Lanzarote, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos- Secretaría del Comité de la CDN, ECPAT International, Global Child, el Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados (ICMEC), la Internet Watch Foundation, la Oficina Internacional del Trabajo, la Unión Internacional de Telecomunicaciones, PLAN International, Save the Children, Terre des Hommes, UNICEF, la Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de los niños, el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, el Consejo Mundial de Iglesias, y World Vision.

Además, una vez que el Comité aprobó un borrador de las Directrices durante su 80ª sesión, en enero de 2019, el material se puso a disposición del público difundándose ampliamente e invitando a los Estados partes y a otros interesados, incluidos individuos particulares, a expresar sus opiniones al respecto.

El Comité recibió más de 400 comentarios sobre el proyecto de Directrices y, con la ayuda de ECPAT International, cada uno de esos comentarios se analizó y se tuvo en cuenta en la redacción de la versión final.

II. Objetivos de las directrices

9

Los principales objetivos de las presentes directrices son los siguientes:

- (a) Fomentar una mayor comprensión de las disposiciones sustantivas del Protocolo Facultativo y de las diversas formas modernas de venta y explotación sexual de niños, en vista de la evolución del entorno digital y habida cuenta del aumento de los conocimientos y la experiencia que se ha producido desde su aprobación, en relación con la venta y la explotación sexual de niños;*
- (b) Permitir que los Estados partes apliquen con mayor eficacia el Protocolo Facultativo;*
- (c) Asegurar que el Protocolo Facultativo siga siendo un instrumento que mejore la protección de los niños contra la venta y la explotación sexual, independientemente de que esos delitos se vean o no facilitados por la TIC.*

Es útil considerar el OPSC como un “instrumento vivo”²⁸ que debe interpretarse a la luz de la realidad actual y de acuerdo con la forma en que se cometen los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, parece necesaria una interpretación actualizada de las disposiciones del OPSC, destinada a permitir su aplicación efectiva y a garantizar que siga siendo un instrumento que mejore la protección de niños, niñas y adolescentes frente a la venta y la explotación sexual, facilitada o no por las TIC.

Todas las secciones y subsecciones de las directrices hacen referencia a disposiciones sustantivas del OPSC. Las recomendaciones se basan en la interpretación que el Comité hace de estas disposiciones, y pueden encontrarse en los Comentarios Generales y las Observaciones Finales del Comité, o en las conclusiones de otros órganos de las Naciones Unidas con las que se alinea la interpretación del Comité.

A través de estas directrices, las recomendaciones se han recolectado en un documento consolidado, para ayudar a los Estados Partes a aplicar las disposiciones sustantivas del OPSC. En el presente informe explicativo, se añaden referencias a las disposiciones pertinentes de los tratados internacionales y regionales y a las conclusiones de los órganos regionales de derechos humanos que abordan los mismos temas, con el fin de entregar una orientación complementaria a los Estados sobre cómo aplicar eficazmente las disposiciones del OPSC.

10

Asimismo, estas directrices tienen por objeto apoyar y reforzar las iniciativas emprendidas y la labor realizada por los Estados partes para cumplir mejor las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo Facultativo, entre otros aspectos en lo que concierne a la presentación de informes al Comité, tal como se especifica en las orientaciones revisadas respecto de los informes iniciales que deben presentarse con arreglo al Protocolo Facultativo (CRC/C/OPSC/2), aprobadas en 2006, y en las directrices específicas respecto de la forma y el contenido de los informes periódicos (CRC/C/58/Rev.3), aprobadas en 2014.

²⁸ De acuerdo con esta idea, que ha prevalecido, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto al Convenio Europeo de Derechos Humanos, un instrumento jurídico sobre derechos humanos debe interpretarse de acuerdo con las condiciones actuales para mantener su legitimidad y relevancia, y así cumplir su propósito de proteger a los individuos dentro de su ámbito de aplicación. Para que el OPSC cumpla su propósito de proteger a los niños, niñas y adolescentes de la venta y la explotación sexual, que es la razón por la que los Estados lo adoptaron en primer lugar, sus Estados partes deben considerar las orientaciones del Comité como una forma de garantizar su continua aplicabilidad y relevancia en un contexto social en desarrollo.

Todos los Estados partes de la CDN y/o sus Protocolos Facultativos están obligados a presentar informes periódicos al Comité de los Derechos del Niño (el Comité) sobre cómo se aplican los derechos consagrados en estos instrumentos. El primer informe debe presentarse dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigor de la CDN o de cualquiera de sus protocolos facultativos para el Estado en cuestión y, a partir de entonces, se debe presentar un informe periódico cada 5 años.²⁹ Los informes periódicos sobre la aplicación del OPSC no son documentos separados, sino que forman parte de los informes periódicos regulares sobre la CDN. El Comité examina cada informe y dirige sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en forma de “Observaciones finales”. Después de su primer informe sobre el OPSC, el Estado parte recibe un conjunto separado de Observaciones Finales específicas para la aplicación de ese instrumento. Las preocupaciones y recomendaciones relacionadas con los informes periódicos posteriores incluyen la aplicación tanto de la CDN como de los Protocolos Facultativos en un conjunto de Observaciones Finales.³⁰

Además, el Comité ha establecido un procedimiento simplificado de presentación de informes disponible para los Estados partes cuyos informes periódicos deban presentarse a partir del 1 de septiembre de 2019 (mediante invitaciones trimestrales del Comité). En el marco del procedimiento simplificado, el Comité envía al Estado parte una solicitud de información específica, conocida como Lista de Cuestiones Previas a la Presentación de Informes (LOIPR), que contiene hasta 30 preguntas. Las respuestas del Estado parte constituyen su informe al Comité y ya no es necesario presentar tanto un informe del Estado parte como las respuestas escritas a una lista de cuestiones.³¹

Por último, la ONU ha establecido limitaciones estrictas a la extensión de los documentos elaborados en el contexto de la supervisión de los tratados de derechos humanos, incluida la CDN. En virtud de estas limitaciones, se establece un número máximo de palabras para los informes de los Estados partes y las observaciones finales de los órganos de tratados.³² Esto significa, de facto, que los Estados partes del OPSC están, después de su primer informe separado, muy limitados a la hora de entregar información sobre la aplicación del OPSC en los informes periódicos que forman parte de la presentación de informes sobre la CDN. Además, esto implica que el Comité no puede expresar todas sus preocupaciones con todo detalle ni proporcionar recomendaciones adecuadas y suficientemente concretas de forma exhaustiva.

Dado que es probable que el Comité se refiera directamente a las Directrices del OPSC en sus futuras Observaciones Finales relativas al Protocolo, parece útil que los Estados Partes las tengan en cuenta ya en la fase de presentación de informes.

²⁹ “Orientaciones revisadas respecto a los informes iniciales que han de presentar los Estados partes con arreglo al párrafo 1 del Artículo 12 del OPSC”, UN Doc. CRC/C/OPSC/2, aprobadas por el Comité en su 43º período de sesiones, celebrado el 29 de septiembre de 2006, y las “Directrices específicas respecto a la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes en virtud del artículo 44, párrafo 1 (b), de la Convención sobre los Derechos del Niño”, UN Doc. CRC/C/58/Rev.3, adoptado por el Comité en su 65º Período de sesiones, enero 2014.

³⁰ Los Estados que son parte tanto del OPSC como del Convenio de Lanzarote también pueden remitirse a la información presentada al Comité de Lanzarote con respecto a las obligaciones superpuestas. Toda esta información está disponible en línea en: <https://www.coe.int/en/web/children/monitoring1> en las secciones correspondientes de la ronda de control en las subsecciones de las respuestas del Estado.

³¹ Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Procedimiento simplificado de presentación de informes, disponible en línea en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/ReportingProcedure.aspx>

³² Asamblea General de la ONU, Resolución 68/268 “Fortalecimiento y mejora del funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos” (2014), párrafo 15. Limitar el número de palabras de todos los documentos producidos por los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos a 10.700 palabras.

Como se indica en el párrafo 12 de las Directrices del OPSC y sobre la base del artículo 45 de la CDN, los niños tienen derecho a participar en el ciclo de presentación de informes del Comité del mismo modo que los adultos. Hay que animar a los niños a que expresen sus puntos de vista, den su opinión y hagan recomendaciones sobre cómo se aplica el OPSC a nivel nacional. Debido a la naturaleza sensible de los temas abordados en los Protocolos Facultativos, las consideraciones de protección, metodológicas y éticas deben ser especialmente desarrolladas. El Comité también ha subrayado que “los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que se aliente a los niños y se les dé la oportunidad de participar en la preparación de los informes de los Estados al Comité”.

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Procedimiento simplificado de presentación de informes.

Disponible aquí

Métodos de trabajo del Comité de los Derechos del Niño sobre la participación de los niños en los informes del Comité. **Disponible aquí**

Child Rights Connect, minisitio de informes sobre la CDN. **Disponible aquí**

Child Rights Connect, Presentación de informes sobre el OPSC y el OPAC. **Disponible aquí**

Child Rights Connect, Ciclo de presentación de informes al Comité de los Derechos del Niño. **Disponible aquí**

Child Rights Connect, Con los niños por los niños. **Disponible aquí**

Child Rights Connect, Mi guía para preparar un informe sobre la CDN. **Disponible aquí**

III. Medidas generales de aplicación

11

El Comité pone de relieve que toda medida que se adopte para aplicar las disposiciones del Protocolo Facultativo debe ajustarse plenamente a la Convención, en particular a los principios generales que figuran en los artículos 2, 3, 6 y 12, así como respetar el derecho del niño a la vida privada. La Convención también exige que los niños sean informados de sus derechos de manera apropiada para su edad, que tengan derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afecten y que se dé a esas opiniones la debida importancia de acuerdo con la edad y la madurez del niño.

Los principios generales contenidos en los artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño se refieren a: el derecho a disfrutar de todos los derechos establecidos por la Convención, sin distinción alguna (artículo 2); la necesidad de tener en cuenta, como consideración primordial, el interés superior del niño en todas las medidas que le conciernen (artículo 3.1); el derecho intrínseco a la vida y el derecho a la supervivencia y al desarrollo del niño (artículo 6); y el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le conciernen (artículo 12).

Esto requiere que, en la aplicación del OPSC, los Estados partes deben velar por que las medidas para proteger a niños, niñas y adolescentes de la venta y la explotación sexual no sean discriminatorias. En cualquier medida destinada a aplicar el OPSC, que por definición afectará a los niños, el interés superior del niño debe ser una consideración primordial, y cualquier medida de este tipo debe proteger el derecho del niño a la vida, la supervivencia y el desarrollo. También se requiere que el niño sea informado de sus derechos de manera adecuada a su edad, que se le permita expresar sus opiniones libremente. Las opiniones del niño deben tener la debida importancia de acuerdo con la edad y la madurez del niño, lo que significa que deben tenerse en cuenta a fondo al tomar una decisión que le afecte.

Además, el artículo 4 de la Convención puede considerarse una disposición básica sobre su aplicación y también es relevante para la aplicación del OPSC. En él se establece que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.” El Comité ha entregado orientaciones y recomendaciones relacionadas con la aplicación de este artículo en su Observación General nº 5 (2003)³³, que puede ser útil también para la aplicación del OPSC.

Este último, como Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño, está destinado a lograr sus objetivos y la aplicación de sus disposiciones. Este es el caso, en particular, de los artículos 1, 11, 21 y 32 a 36, que tratan el mismo tema o uno similar al del OPSC. Estas disposiciones exigen, entre otras cosas, que la legislación, las políticas y los programas para hacer frente a la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes los definan como toda persona menor de 18 años (artículo 1), que se impida el traslado ilícito y la no devolución de un niño víctima de explotación sexual (artículo 11), que se proteja al niño de la explotación económica y de todo trabajo perjudicial (artículo 32)³⁴, y que se proteja al niño víctima de explotación sexual, dada su situación de

³³ Observación General No. 5 (2003) sobre las Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4, 42 y 44, para. 6), UN Doc. CRC/GC/2003/5.

³⁴ Ver también: Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil de la OIT, 1999 (No.182), Artículo 3, y: Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil de la OIT, 1999 (No.190). Para la lista de ratificaciones de la C182, ver: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312327:NO.

gran vulnerabilidad, del uso ilícito de estupefacientes y de su utilización en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias (artículo 33). Las adopciones de niños deben llevarse a cabo en el interés superior del niño y garantizar que la colocación de un niño en adopción no dé lugar a beneficios económicos indebidos para los implicados (artículo 21 de la CDN).

El OPSC también ofrece más detalles sobre el significado de los artículos 34 y 35 de la Convención, que se refieren a la explotación sexual, el abuso sexual, la venta y la trata de niños, niñas y adolescentes. Por ejemplo, la obligación de adoptar todas las medidas bilaterales y multilaterales apropiadas en los artículos 34 y 35 de la Convención se aborda en el artículo 10 del OPSC.

Sin embargo, hay que señalar que no todos los elementos de los artículos 34 y 35 están cubiertos por el OPSC: “El secuestro de {...} o la trata de niños” (artículo 35 de la CDN) se mencionan sólo en el preámbulo del OPSC, pero no se abordan en ninguna de las disposiciones. Para lograr la plena aplicación de ambos instrumentos, deben incluirse medidas específicas en la legislación, las políticas y los programas nacionales también para la prevención y la protección contra el secuestro y la trata de niños que son víctimas, o corren el riesgo, de la explotación sexual.³⁵

12

Los Estados partes deben procurar contar con la participación de los niños en el proceso de elaboración y en la aplicación de medidas legislativas y normativas, velando por que se tengan en cuenta sus opiniones sin discriminación y por que los adultos que consulten con ellos tengan la formación y los recursos necesarios para llevar a cabo las consultas de manera apropiada para su edad y teniendo en cuenta las cuestiones de género.

La mejor manera de garantizar un sistema jurídico, político, de prevención y de protección sólido y completo es incluir las propias voces de los niños en el proceso de elaboración de las medidas legislativas y políticas, garantizando que se tengan en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes de todas las circunstancias y situaciones.³⁶

En su informe de 2012, la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de los niños sostuvo que la participación de niños, niñas y adolescentes debe considerarse como un componente básico y transversal de los sistemas integrales de protección de la infancia que estén basados en los derechos, a fin de garantizar la protección efectiva de todos los niños, niñas y adolescentes contra la venta y la explotación sexual.³⁷ Esto requerirá más iniciativas estratégicas respecto a la participación de los niños con objetivos a largo plazo, en lugar de proyectos ad hoc a corto plazo, que los involucren activamente para así informar, oír/escuchar, consultar, tener en cuenta los puntos de vista y las opiniones, empoderar las iniciativas dirigidas por los niños y por sus pares, e involucrar a los niños, niñas y adolescentes en los procesos de formulación de políticas y de toma de decisiones, todo ello en cumplimiento y mostrando el compromiso con las normas y directrices internacionales. Un sistema de este tipo, basado en un enfoque verdaderamente centrado en el niño, tiene más posibilidades de abarcar las verdaderas cuestiones que están en juego.

³⁵ Para las obligaciones legales internacionales relacionadas con la trata, véase también: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado por la resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, y: Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, STCE nº 197, adoptado el 16 de mayo de 2005.

³⁶ A nivel europeo, la participación de los niños, niñas y adolescentes -según su capacidad de desarrollo- en la elaboración y aplicación de políticas, programas u otras iniciativas relativas a la lucha contra la explotación sexual y el abuso sexual de los niños, se basa en el artículo 9.1 del Convenio de Lanzarote, así como en las prioridades de la Estrategia del Consejo de Europa para los Derechos del Niño (2016-2021) y en la Recomendación CM/Rec(2012)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la participación de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años.

³⁷ Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía sobre “La participación de los niños como elemento clave para prevenir y combatir la venta y la explotación sexual de los niños». Anexo a la resolución de la Asamblea General A/67/291, 10 de agosto de 2012.

Los supervivientes de la venta y la explotación sexual pueden comprender a personas que fueron internadas cuando eran niños en instituciones de atención -incluidos orfanatos- o en familias de acogida u hogares de grupos pequeños, personas que fueron internadas en centros de detención y personas que fueron internadas en centros psiquiátricos. Hay que esforzarse por incluir a los supervivientes de estos contextos en las medidas de participación.

Los adultos que asesoren a los niños, niñas y adolescentes deben estar capacitados para hablarles y entrevistarles de una manera que respete adecuadamente la situación y las necesidades individuales de cada uno de ellos.

Además de involucrar a los niños, niñas y adolescentes lo más directamente posible en los procesos de elaboración de leyes y políticas destinadas a protegerlos de la venta y la explotación sexual, las medidas para aplicar las disposiciones del OPSC deben incluir una perspectiva de género.³⁸ Esto implica que los niños, niñas y adolescentes de todas las identidades de género se involucren en el proceso de participación, y que las necesidades específicas de las niñas, los niños y los niños con otras identidades de género se tengan en cuenta y adapten.³⁹

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, UN Doc. CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009. **Disponible aquí**

Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía sobre “La participación de los niños como elemento clave para prevenir y combatir la venta y la explotación sexual de los niños”. Anexo a la resolución de la Asamblea General A/67/291, 10 de agosto de 2012. **Disponible aquí**

UNICEF y *Save the Children*, *El derecho del niño a ser escuchado: Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño No. 12*. Londres, 2011. **Disponible aquí**

A. Parkes, *Children and International Human Rights Law: The Right of the Child to be Heard*, Routledge, 2011.

T. Gal & B. Duramy (Eds.), *International Perspectives and Empirical Findings on Child Participation: From social exclusion to child-inclusive policies*, Oxford University Press, 2015.

H. Kosher, A. Ben-Arieh, Children’s participation: A new role for children in the field of child maltreatment, *Child Abuse & Neglect* Volume 110 Part 1 December 2020 (disponible sólo en inglés)

Consejo de Europa, División de Derechos del Niño, “Empoderar a los niños para detener la violencia sexual – Herramientas para facilitadores”. **Disponible aquí**

Consejo de Europa, Directrices para la aplicación de la participación de los niños en la 2ª ronda de seguimiento temático del Convenio de Lanzarote sobre “La protección de los niños contra la explotación y los abusos sexuales facilitados por las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)”. **Disponible aquí**

³⁸ Véase, por ejemplo, la Resolución 69/194 de la AGNU, por la que se adopta la “Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal”, Anexo 1, párrafo 7(e).

³⁹ Esto está en consonancia con Resoluciones de la ONU como: Resolución 69/194 (2014) de la Asamblea General de la ONU, por la que se adopta la “Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal”, Anexo 1, párrafo 7(e).

En toda medida de aplicación del Protocolo Facultativo, el Comité alienta a los Estados partes a que tengan especialmente en cuenta a los niños que, por sus características, circunstancias y/o condiciones de vida, pueden ser más vulnerables a la venta y la explotación sexual, lo que incluye a las niñas, los niños varones, los niños en general con otras identidades y orientaciones sexuales o de otro género, los niños con discapacidad, los que están internados en instituciones, los niños migrantes, los que están en situación de calle y los que se encuentran en otras situaciones de vulnerabilidad o marginación.

En este apartado, el Comité menciona explícitamente, de forma no exhaustiva, una serie de grupos de niños, niñas y adolescentes que considera que necesitan una atención específica, debido a las situaciones de mayor vulnerabilidad a las que pueden enfrentarse.

Tal y como establece la Convención, todo niño tiene acceso a los derechos y a la protección que establece el tratado, sin discriminación. Sin embargo, en lo que respecta a la venta y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, hay que reconocer que algunos pueden, debido a sus circunstancias o situación específicas, ser más vulnerables a estos delitos. Con este párrafo de las Directrices, el Comité pide a los Estados Partes en el OPSC que tengan en cuenta que las diferentes realidades pueden contribuir a exponer aún más a los niños a determinados tipos de riesgos, y que trabajen en pro de un sistema que garantice la plena protección de todos los niños.

Este párrafo puede considerarse una cláusula general a la que hay que remitirse a lo largo de toda la lectura de las Directrices del OPSC. En muchos párrafos del documento, el Comité se limita a referirse a “todos los niños” o a “los niños en situación de vulnerabilidad”. El párrafo 13 establece más específicamente quiénes pueden ser esos niños.

El Comité menciona explícitamente a las niñas y los niños, pero también pide a los Estados Partes que tengan especial consideración con ellos:

- Niños y niñas de otras identidades y orientaciones de género/sexo, que a menudo sufren discriminación, intimidación, acoso y violencia. Cuando la orientación sexual o la identidad de género real o percibida no se ajusta a las normas sociales, las vulnerabilidades tienden a aumentar. Las normas sociales positivas que reconocen y acogen la diversidad en las culturas de todo el mundo deben reforzarse para incluir el reconocimiento, la protección y la promoción de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de la orientación sexual o la identidad de género real o percibida.⁴⁰
- Los niños con discapacidad, especialmente las niñas, son mucho más vulnerables a la violencia que sus compañeros sin discapacidad. Los niños con discapacidad tienen casi cuatro veces más probabilidades de ser víctimas de la violencia que los niños sin discapacidad, y casi tres veces más probabilidades de ser víctimas de la violencia sexual, siendo las niñas las que corren mayor riesgo.⁴¹
- Los niños y niñas institucionalizados son mucho más vulnerables a la violencia. Varios estudios han registrado una amplia gama de abusos contra los niños en las instituciones, incluyendo la violación sistemática y otras formas de abuso sexual; la explotación y la trata; daños físicos como palizas y tortura; y daños psicológicos como el aislamiento, la negación de afecto y la disciplina humillante.⁴²

⁴⁰ UNICEF, Temas de actualidad nº 9, Eliminar la discriminación contra los niños y los padres por motivos de orientación sexual y/o identidad de género, noviembre de 2014.

⁴¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 9 sobre los derechos de los niños con discapacidad, UN Doc. CRC/C/GC/9, septiembre de 2006, párrafo 77. Ver también: UNFPA, Jóvenes con discapacidad: estudio global sobre cómo poner fin a la violencia de género y hacer realidad la salud y los derechos sexuales y reproductivos, julio de 2018. Disponible en: https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPA_Global_Study_on_Disability_Report_SP.pdf y: Milovanovic' et al., The hidden and forgotten: Segregation and neglect of children and adults with disabilities in Serbia. Mental Disability Rights International, Belgrado, 2013. Disponible en: <http://www.mdri-s.org/wp-content/uploads/2013/10/the-hidden-and-forgotten-2013-12-17.pdf>

⁴² Save the Children, Keeping Children Out of Harmful Institutions: Why we should be investing in family-based care, 2009. Disponible en: <https://resourcecentre.savethechildren.net/library/keeping-children-out-harmful-institutions-why-we-should-be-investing-family-based-care>. Ver también: Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas, 2006. Capítulo 5 “La violencia contra los niños y niñas en las instituciones de protección y justicia”, p 175. Disponible en: https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/document_files/world_report_on_violence_against_children_sp.pdf

- Los niños y niñas migrantes, incluidos en particular los niños no acompañados y los niños separados de sus familias. Nunca se debe presumir que estos niños y niñas son huérfanos antes de que se hayan hecho todos los esfuerzos posibles para identificar a sus familias y, en su caso, permitir que se reúnan con sus familiares. El Comité ha formulado recomendaciones específicas sobre las medidas que deben adoptarse para la protección de los niños refugiados contra la explotación sexual y otras formas de explotación (Observación General nº 6,) y para la protección de los niños migrantes contra⁴³ todas las formas de violencia, incluidas la venta y la explotación sexual de los niños (Observación General nº 23, párrafos 39-44).
- Niños en situación de calle. El Comité ha formulado recomendaciones específicas sobre las medidas que deben adoptarse para la protección de los niños que viven en la calle (Observación General nº 21, párrafos 57-61).

Hay que tener en cuenta que los niños en situaciones de catástrofes naturales y de emergencia también son muy vulnerables a la violencia sexual y se necesitan medidas específicas para prevenir y proporcionar una protección adecuada a los niños en estas situaciones.

CONSEJO DEL GTI

Utilizar el párrafo 13 de las Directrices del OPSC como orientación en todo momento cuando haya que tener en cuenta a los niños en situación de vulnerabilidad.

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Observación General No. (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6. **Disponible aquí**

Observación General No. 21 (2017) sobre los niños en situación de calle, UN Doc. CRC/C/GC/21.

Observación General conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. UN Doc. CMW/C/GC/4 – CRC/C/GC/23

UNFPA, Jóvenes con discapacidad: estudio global sobre cómo poner fin a la violencia de género y hacer realidad la salud y los derechos sexuales y reproductivos, julio de 2018

ECPAT International, Protecting Children from Sexual Exploitation & Sexual Violence in Disaster & Emergency Situations. A guide for local & community-based organisations, 2006

A. Legislación

14

El Comité subraya la necesidad apremiante de luchar contra la impunidad de los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo. Las medidas legislativas para aplicarlo deben abarcar explícitamente todos los actos mencionados en su artículo 3, incluidos los intentos de cometer tales actos. Debe prestarse atención a la prohibición de la venta de niños no solo con fines de explotación sexual, sino también para la transferencia de órganos, el trabajo forzoso y las situaciones en que la adopción constituye venta de niños.

⁴³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, UN Doc. CRC/C/GC/9, párrafos 50-53.

De conformidad con el artículo 4 de la Convención, los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole para la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos Facultativos.

Concretamente, en lo que respecta al OPSC, esto significa que los Estados tienen la obligación de penalizar los actos de “venta de niños”, de “prostitución infantil” y de “pornografía infantil”.

En este caso es necesario hacer una importante distinción entre el acto real y sus elementos constitutivos y el término utilizado para definirlo. Evidentemente, los Estados parte del OPSC tienen la obligación legal de tipificar todos los actos y garantizar que los elementos constitutivos de los mismos estén cubiertos por sus leyes. Por otro lado, esto no implica una obligación legal de utilizar la terminología exacta del OPSC en la legislación nacional, siendo esto último una cuestión meramente formal.

Por lo tanto, los Estados que están de acuerdo con la opinión predominante de que ciertos términos utilizados en el OPSC, como “prostitución infantil” o “pornografía infantil” pueden tener efectos no deseados en los niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual, pueden muy bien legislar para criminalizar estos actos bajo otro término, como “explotación sexual de niños en la prostitución”, o “material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes”. Es importante destacar que tales delitos en la legislación nacional tendrían que contener los mismos elementos constitutivos establecidos por el OPSC bajo “prostitución infantil” y “pornografía infantil”.

Con respecto al término “venta de niños”, se ha observado que muchos Estados Parte consideran que este delito está cubierto por sus leyes contra la trata. Si bien esto puede ser así, es importante que los Estados Partes se aseguren de que todos los elementos constitutivos de la “venta de niños” estén incluidos en su legislación nacional.

15

El Comité recuerda a los Estados partes que la definición jurídica internacional de “venta de niños” no es idéntica a la de “trata”. La venta de niños siempre implica alguna forma de transacción comercial, lo que no requiere la trata de niños (por ejemplo, la trata de un niño mediante engaño, fuerza o secuestro). Además, si bien la trata siempre tiene el propósito de explotar al niño, este no es un elemento constitutivo necesario de la venta de niños, aunque el efecto de esta puede seguir siendo explotador. Esa distinción puede ser importante para la valoración del delito, el enjuiciamiento de los autores y las respuestas que se den a los niños víctimas.

En lo que respecta al mencionado delito de venta de niños, el Comité ha observado una tendencia de los Estados Partes a referirse a sus leyes contra la trata de personas cuando informan sobre cómo se prohíbe la venta de niños.⁴⁴ Por lo tanto, el Comité señala que, en virtud del derecho internacional, las definiciones jurídicas de estos dos delitos no son idénticas, y que los Estados Partes podrían incumplir la obligación impuesta por el Protocolo Facultativo de tipificar como delito la venta de niños.

En particular, existe el riesgo de que cuando las leyes contra la trata se utilicen en situaciones de venta de niños, niñas y adolescentes, y que dichas leyes prevean la intención (*mens rea*) de explotarlos como elemento constitutivo del delito. Esto podría debilitar la protección de los niños, niñas y adolescentes, ya que el OPSC no prevé ningún elemento de este tipo. La venta de niños es un delito independiente de la intención que haya detrás de la venta. Por lo tanto, el Comité pide a los Estados Partes que se aseguren de que sus leyes de protección de la infancia establezcan claramente que no es necesaria ninguna intención de explotación para que el acto constituya un delito, tanto si optan por llamarlo venta o trata, como si utilizan otro término para definir el delito a nivel nacional.

⁴⁴ Para más detalles sobre esta cuestión, ver párrafo 48..

JURISPRUDENCIA

En el caso de los hermanos Ramírez contra Guatemala, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se convirtió en el primer tribunal internacional en afirmar inequívocamente que la adopción ilegal se encuentra entre los “fines de explotación” contemplados en la definición de trata del Protocolo de Palermo.

La Corte también aclaró (en el párrafo 313) que las nociones de venta y trata están íntimamente relacionadas y a veces se superponen, pero no son idénticas.

Referencia: Corte IDH, Caso Ramírez Escobar et. al. vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

16

Las medidas legislativas deben incluir la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas (art. 3), el establecimiento de la jurisdicción extraterritorial sobre todos los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo (art. 4) y el establecimiento de condiciones y normas precisas para la extradición (art. 5) y para la incautación y confiscación de bienes (art. 7).

La responsabilidad legal de todos los actores involucrados en la comisión, intento de comisión, participación o complicidad en la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en el OPSC es una parte crucial de su aplicación. Todas las áreas relevantes de la legislación nacional (penal, civil y administrativa) deben cumplir con las normas legales internacionales establecidas por la Convención y el OPSC, y formar parte de un enfoque holístico e integral hacia la protección de los niños, niñas y adolescentes contra la venta y la explotación sexual.

Mientras que la responsabilidad penal de los individuos, es decir, de las personas físicas, está cubierta en su mayor parte por los Estados partes, la responsabilidad de las personas jurídicas, como las empresas, no siempre está incluida de forma satisfactoria en la legislación nacional.⁴⁵ Además, incluso cuando existe en el marco legal, rara vez se aplica, y los casos de empresas consideradas responsables por su papel en la facilitación de los delitos cubiertos por el OPSC son relativamente escasos⁴⁶.

Con el aumento de la movilidad de las personas y la expansión de la industria de los viajes y el turismo, así como con los rapidísimos avances tecnológicos, es más común que los delitos sexuales se lleven con la ayuda de proveedores de servicios de Internet, de plataformas y redes sociales, o de diferentes tipos de actores que operan en el sector de los viajes y el turismo.⁴⁷ Si bien esto es, la mayoría de las veces, completamente involuntario por parte de estos actores, el hecho es que sus servicios están siendo utilizados por los delincuentes sexuales para llegar a sus víctimas y llevar a cabo sus delitos.

Esto no puede, per se, convertir a estos actores en (co)responsables de los delitos cometidos. Sin embargo, cuando estas partes interesadas tienen conocimiento de que sus servicios están siendo o pueden ser utilizados por delincuentes para explotar y abusar sexualmente de los niños, deben tener la responsabilidad legal de evitar que esto ocurra, o de denunciarlo y ayudar a establecer las pruebas una vez que el delito ya se ha cometido. Negarse a hacerlo no debe ser una opción para nadie.

Los Estados deben introducir medidas legislativas o de otro tipo, como campañas de sensibilización, para animar a cualquier persona que sepa o sospeche de buena fe que un niño, niña o adolescente es víctima de explotación o abuso sexual a que lo denuncie a los servicios competentes.

⁴⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, UN Doc. CRC/C/GC/16, establece orientaciones también sobre la responsabilidad de las personas jurídicas. En el marco del Convenio de Lanzarote, las obligaciones de responsabilidad de las empresas se establecen en el Artículo 26.

⁴⁶ Ver, por ejemplo: Lanzarote Committee report on “Protection of children against sexual abuse in the circle of trust – The Framework”, Chapter IV “Corporate liability”, Recomendaciones R62-64. Disponible en: <https://rm.coe.int/1st-implementation-report-protection-of-children-against-sexual-abuse-16808ae53f>

⁴⁷ Agresores en marcha: estudio global sobre la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes en el contexto de viajes y turismo, 2016. Disponible en: https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2016/05/Offender-on-the-Move_SPA.pdf

EJEMPLOS CONCRETOS DE BUENAS PRÁCTICAS

En Panamá, la legislación contra la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes incluye disposiciones generales para todos los delitos relacionados con la explotación sexual comercial (ESC) en lo que respecta a la sustitución y la suspensión de las penas, la obligación general de denunciar y la criminalización de los propietarios y/o administradores de cualquier local/sitio utilizado para la comisión de delitos relacionados con la ESC.

- Desde 2018, la ley prohíbe la sustitución o suspensión de las penas por cualquier delito relacionado con la libertad e integridad sexual, incluidos los delitos relacionados con la ESC previstos en el Capítulo II del Título III del Código Penal (delitos relacionados con la ESC), cuando la víctima sea menor de 14 años (Código Penal (2007), arts. 99 y 102).
- El Código Penal castiga la omisión de denuncia de cualquiera de los delitos del capítulo II (delitos relacionados con la ESC) por parte de quienes tienen conocimiento de que los niños son víctimas (Código Penal (2007) art. 189).
- El Código Penal castiga estrictamente al propietario o administrador de cualquier establecimiento o lugar utilizado para cometer cualquiera de los delitos del capítulo II (delitos relacionados con la ESC), con quince a veinte años de prisión (Código Penal (2007) art. 191).

17

Es fundamental, a través de la legislación, garantizar el acceso a la reparación y asegurar la disponibilidad de mecanismos de asesoramiento, notificación y denuncia confidenciales y seguros que tengan en cuenta las necesidades de los niños y las cuestiones de género para hacer frente a los incidentes de explotación y abuso sexuales y proteger a las víctimas.

Con este párrafo, el Comité señala la importancia de asegurar que los mecanismos de reparación y asistencia a los niños víctimas no sólo sean accesibles de facto, sino que el acceso a dichos servicios esté garantizado por ley.

El hecho de que los mecanismos de reparación, asesoramiento, notificación y denuncia estén anclados en la ley da una seguridad adicional a las víctimas de los delitos cubiertos por el OPSC, convirtiendo en una obligación legal la prestación de servicios adecuados a los niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta sus necesidades especiales como niños y protegiendo su privacidad.

La accesibilidad puede considerarse un principio rector en todas las Directrices y, en general, en el trabajo de los Estados partes para proteger a los niños, niñas y adolescentes de la venta y la explotación sexual. De hecho, la accesibilidad abarca todo el espectro, desde la prevención-garantizar el acceso a la información, la educación y la formación- hasta la protección-garantizar el acceso a entornos adaptados a los niños, seguros y protegidos (idealmente basados en la familia) para que crezcan-, pasando por los recursos-garantizar el acceso a servicios adecuados de recuperación y reintegración para los niños, niñas y adolescentes víctimas-. Garantizar el acceso significa establecer un marco de servicios asequible para todos y cada uno de ellos, independientemente de su origen, situación socioeconómica u otra característica.

En lo que respecta al establecimiento de un mecanismo de denuncia y queja adaptado a los niños, los Estados Partes deben considerar el papel que puede tener la oficina de una Defensoría o Comisionado de la Infancia como lugar en el que los niños pueden denunciar y presentar quejas, e incluir en su mandato la capacidad de recibir quejas y realizar investigaciones.⁴⁸ La oficina de la Defensoría o Comisionado puede tener un umbral más bajo para las denuncias y quejas que, por ejemplo, la policía o una agencia de protección de la infancia.

Los Estados que aún no lo hayan hecho también deberían considerar la posibilidad de ratificar y aplicar el tercer protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (OPIC),⁴⁹ que permite presentar comunicaciones al Comité de los Derechos del Niño por parte de un individuo o grupo de individuos, o en su nombre, dentro de la jurisdicción de un Estado parte, que aleguen ser víctimas de una violación por parte de ese Estado parte de cualquiera de los derechos establecidos en la Convención o sus protocolos facultativos (siempre que el Estado sea parte de estos instrumentos).

El OPIC es un medio importante para mejorar el acceso de los niños y niñas a la justicia, ya que si las violaciones no pueden ser tratadas eficazmente a nivel nacional, el Comité puede proporcionar recursos para las violaciones de los derechos de los niños de una manera adaptada a ellos.

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Child Rights Connect, OPIC minisitio. **Disponible aquí**

Child Rights Connect, Kit para la ratificación del OPIC. **Disponible aquí**

EJEMPLOS CONCRETOS DE BUENAS PRÁCTICAS

Los Países Bajos han creado un organismo específico para el asesoramiento y la denuncia de situaciones de maltrato infantil, abandono y violencia doméstica, denominado “Organización de Seguridad en el Hogar”. Este organismo regional, al que se puede acceder las 24 horas del día, asesora al denunciante sobre posibles acciones, adopta medidas urgentes si es necesario para proteger al niño e informa a las instituciones policiales.⁵⁰

El Código Penal polaco establece la obligación legal de toda persona que disponga de información fiable sobre la preparación, la tentativa o la comisión de un acto prohibido contra, entre otras cosas, la libertad sexual y el pudor, de informar sin demora a un organismo encargado de perseguir tales delitos.⁵¹

18

El Comité insta a los Estados partes a que velen por que la legislación nacional no penalice a los niños explotados en actos que constituirían un delito con arreglo al Protocolo Facultativo, sino que los trate como víctimas.

⁴⁸ Para más información sobre el papel y las posibles actividades de un defensor/comisionado de la infancia, véase el Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 2 (2002) sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, UN Doc. CRC/GC/2002/2, así como el Informe del Día de Debate General de 2014 “Los medios digitales y los derechos del niño», párrafo 92. Véase también la Observación General nº 25 (2021) del Comité sobre los derechos del niño en relación con el entorno digital, UN Doc. CRC/C/GC/25, 2 de marzo de 2021, párrafos 112 y 113.

⁴⁹ El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la resolución de la Asamblea General A/RES/66/138 de 19 de diciembre de 2011, entró en vigor el 14 de abril de 2014 de acuerdo con el artículo 19. Actualmente, el OPCP está ratificado por 48 Estados.

⁵⁰ Encontrado en: Lanzarote Committee report on “Protection of children against sexual abuse in the circle of trust – The Strategies”, Chapter IV “Reporting suspicion of sexual abuse of children”, p. 36. Disponible en: <https://rm.coe.int/2nd-implementation-report-protection-of-children-against-sexual-abuse-/16808d9c85>

⁵¹ Código Penal polaco, artículo 240. Información proporcionada por el gobierno polaco durante la convocatoria abierta de presentaciones del Comité.

En este punto, el Comité señala el riesgo de que los niños que son víctimas de explotación sexual puedan ser considerados culpables y responsables de actos considerados ilegales por la legislación nacional.⁵²

Un ejemplo claro de esta situación sería el de la explotación sexual de un niño en la prostitución, donde el niño podría, a menos que exista un marco legal claro, correr el riesgo de ser acusado y castigado por prostitución (o “prostitución de menores”). De hecho, en algunos países, los niños en situación de calle son criminalizados por comportamientos de supervivencia, como la participación en la prostitución. El riesgo de criminalizar este tipo de comportamientos es que se vuelven más ocultos e invisibles, lo que aumenta la vulnerabilidad de los niños.⁵³

Pero también puede haber situaciones indirectas en las que se coaccione a los niños para que cometan otros actos ilegales, como consumir, cultivar, comprar y/o vender drogas ilegales, trabajar ilegalmente o robar alimentos u otras necesidades básicas de supervivencia para salir adelante, o incluso para intentar escapar de una situación de explotación.

Este tipo de situación puede agravarse cuando un niño, niña o adolescente ha sido vendido o traficado a través de las fronteras, y por lo tanto se encuentra en un país diferente al de origen. En estos casos, es fundamental que los Estados no lo traten como un “inmigrante ilegal” o como un delincuente juvenil, sino que evalúen la situación y le concedan el derecho a la asistencia.

Los Estados deben aplicar el principio de no castigo y tratar a los niños, niñas y adolescentes en estas situaciones como víctimas de la explotación y garantizar que reciban la protección y los servicios adecuados para recuperarse y reintegrarse en la sociedad de forma saludable. Una forma de hacerlo sería despenalizar los delitos, cuando son cometidos por ellos, ya que los hacen más vulnerables y empujan la explotación a ámbitos más ocultos.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS REGIONALES

El Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, en su artículo 26- “Disposición de no sanción”, establece que “Cada Parte, de conformidad con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, establecerá la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por su participación en actividades ilícitas, en la medida en que se hayan visto obligadas a hacerlo.”

SUGERENCIA DE RECURSOS

Relatora especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, La importancia de aplicar la disposición de no castigo: la obligación de proteger a las víctimas, julio de 2020. **Disponible aquí**

19

El Comité recomienda a los Estados partes que, al establecer sus marcos jurídicos, tengan en cuenta los adelantos tecnológicos para asegurar que su aplicabilidad no se vea menoscabada por la evolución futura y para evitar las lagunas asociadas con los problemas emergentes, como las nuevas formas de venta y explotación sexual por medios electrónicos. En vista de que se trata de una cuestión que está evolucionando, los Estados partes deben evaluar periódicamente y, cuando proceda, revisar la legislación y las políticas para garantizar que sus marcos jurídicos y normativos se adapten a realidades que cambian rápidamente.

⁵² Véanse, entre otras, las Observaciones Finales del Comité sobre el primer informe de Letonia sobre el OPSC: UN Doc. CRC/C/OPSC/LVA/CO/1, 7 de marzo de 2016, párrafo 22, apartado b).

⁵³ Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Observación General Nº 21 (2017) sobre los niños en situación de calle, UN Doc. CRC/C/GC/17, párrafos 14 y 60. Ver también: StreetInvest, “Response to the Consortium for Street Children’s Call for Input into the UN Global Study on Children Deprived of Liberty”, septiembre de 2018. En Submission to the UN Global Study on Children Deprived of Liberty, por el Consorcio para Niños de la Calle, 2018. <https://www.streetchildren.org/wp-content/uploads/2018/10/Joint-submission-for-the-UN-Global-Study.pdf>.

La recomendación del Comité en este párrafo se refiere a la necesidad de que los Estados partes establezcan marcos jurídicos lo más “neutrales en materia de tecnología” posible. Concretamente, esto significa que mencionar, en la ley, programas o herramientas tecnológicas específicos puede ser contraproducente, y sería útil definir la disposición legal de manera que sea lo más amplia e inclusiva posible. En particular, debería quedar claro que cualquier tipo de medio tecnológico que pueda ser utilizado, de cualquier manera, para cometer o facilitar la comisión de los delitos contemplados en el OPSC está incluido en la ley nacional.⁵⁴

En este apartado también se hace referencia a la necesidad de evaluar la legislación existente de forma periódica, para asegurarse de que sigue estando actualizada y es capaz de proporcionar una protección eficaz a los niños. Las evaluaciones periódicas de las leyes y políticas son siempre importantes, pero en este caso adquieren una importancia especial debido a la rápida evolución del asunto en cuestión.

En este sentido, también sería útil que los Estados reflexionaran sobre cómo la legislación adoptada en relación con las nuevas tecnologías podría abarcar un enfoque preventivo hacia la venta y la explotación sexual de los niños, habilitando herramientas y operaciones que puedan dificultar que los delincuentes cometan los delitos en primer lugar.

RECOMENDACIONES DEL GTI

Los marcos jurídicos deben ser lo más “neutrales en cuanto a la tecnología” e incluir cualquier tipo de medio tecnológico utilizado para cometer, intentar cometer o facilitar uno de los delitos contemplados en el OPSC.

B. Recolección de datos

20

El Comité insta a los Estados partes a que diseñen y pongan en marcha un mecanismo amplio y sistemático para la reunión, el análisis y el seguimiento de datos y la evaluación de su impacto, así como para su difusión, relativos a todas las cuestiones abarcadas por el Protocolo Facultativo. Es importante que la reunión de datos se coordine entre todos los interesados pertinentes, incluidas la oficina nacional de estadística y las entidades de protección de la infancia, y que los datos se centralicen para evitar información incoherente o contradictoria entre los distintos organismos estatales. El Comité recomienda, en particular, a los Estados partes que:

- (a) Apliquen a los datos un enfoque desglosado, abordando la forma en que esos delitos afectan a los diferentes grupos de niños. Como mínimo, los datos deben desglosarse por sexo, edad y forma de explotación;*
- (b) Reúnan datos sobre el modo en que los niños acceden a los medios digitales y sociales y los utilizan, y los efectos de esos medios en la vida y la seguridad de los niños, así como sobre los factores que afectan a la resiliencia de estos cuando acceden a la TIC y hacen uso de ella;*
- (c) Recopilen datos sobre el número de casos denunciados, de enjuiciamientos, de condenas y de sanciones, preferiblemente con inclusión de la reparación proporcionada a las víctimas, desglosados por la naturaleza del delito, también si se trata de una actividad en el entorno digital o fuera de él, por la categoría del autor y la relación entre este y la víctima, así como por el sexo y la edad del niño víctima;*
- (d) Elaboren indicadores comunes y un sistema normalizado de reunión de datos si estos se recopilan a nivel regional o local (por ejemplo, en los municipios).*

⁵⁴ El Comité de Lanzarote proporcionó una orientación similar en su Dictamen Interpretativo sobre la aplicabilidad del Convenio de Lanzarote a los delitos sexuales contra los niños facilitados mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Disponible en <https://rm.coe.int/t-es-2017-03-en-final-interpretative-opinion/168071cb4f>

Los datos fiables y desglosados con precisión son de vital importancia para una aplicación eficaz del OPSC y para la prevención y erradicación de la venta y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes.⁵⁵ Garantizar un sistema sólido y sistemático de recopilación de datos representa una de las medidas más difíciles de poner en marcha para los Estados, ya que se ha demostrado que es complejo recopilar datos de forma coherente y oportuna, evitando tanto los solapamientos (los mismos datos se registran más de una vez) como las lagunas (no se recopilan datos). Las complejidades relacionadas con la recopilación de datos pueden aumentar en los Estados con grandes territorios y/o grandes poblaciones, donde se hace indispensable una red subnacional de mecanismos de recopilación de datos locales y regionales. En estos casos, es fundamental que existan directrices claras sobre qué organismo o autoridad se encarga de la recogida de qué tipo de datos, y que se establezca un sistema por el que todos los datos se recojan de forma coherente y se clasifiquen de la misma manera. Establecer un conjunto claro de indicadores puede ser de gran ayuda en este caso.

En consonancia con lo establecido en los ODS, y en particular en el indicador 16.2.2, los datos nacionales deben desglosarse al menos por sexo, edad y forma de explotación:

Meta 16.2, indicador 2 de los ODS:

“Número de víctimas de la trata de personas por cada 100.000 habitantes, desglosado por sexo, edad y tipo de explotación”⁵⁶

Además, el indicador 1 de la meta 8.7 de los ODS establece que

“Proporción y número de niños de entre 5 y 17 años que realizan trabajo infantil, desglosados por sexo y edad”⁵⁷.

La mayoría de los ejercicios oficiales de recopilación de datos se llevan a cabo a través de encuestas de hogares, o utilizan métodos de muestreo que pueden no ser adecuados para identificar e incluir adecuadamente a los niños, niñas y adolescentes que no pertenecen a los hogares tradicionales. Debido a la forma en que están configurados estos ejercicios, es probable que estos niños queden fuera del análisis. Así, los niños, niñas y adolescentes institucionalizados, que viven en la calle o que son migrantes, entre otros, suelen quedar excluidos de los ejercicios de recopilación de datos, lo que sólo sirve para perpetuar su marginación.⁵⁸

Para abordar esta cuestión, los Estados deben realizar esfuerzos específicos para recopilar datos sobre los niños, niñas y adolescentes que viven fuera de los hogares tradicionales, teniendo en cuenta las orientaciones sobre la recopilación de datos de la Observación General nº 21 de la CDN de las Naciones Unidas, en la que el Comité de la CDN observó “La recopilación de datos sobre los niños en situación de calle debe integrarse en los datos nacionales de infancia, garantizando que los datos nacionales no se basen únicamente en las encuestas de hogares, sino que también abarquen a los niños que viven fuera de ellos”.⁵⁹

Si es posible, el hecho de desglosar los datos de acuerdo con las situaciones de vida de los niños, ya sea en un hogar tradicional, en las calles, en asentamientos informales, en instituciones de atención o en centros de detención, ayudaría a proporcionar los datos tan necesarios sobre los lugares en los que la venta y la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes tienden a ser frecuentes y a informar sobre las estrategias de prevención.

⁵⁵ ACNUDH, “Enfoque de datos basados en derechos humanos: que nadie se quede atrás en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”, 2018, Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData_SP.pdf

⁵⁶ Informe del Grupo Interinstitucional y de Expertos sobre los indicadores de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, (E/CN.3/2016/2/Rev.1), Anexo IV.

⁵⁷ En cuanto al trabajo infantil y el trabajo forzoso, los esfuerzos para cooperar y apoyar a los Estados en la recopilación de datos comenzaron incluso antes de los ODS. Se puede encontrar orientación técnica en una Resolución y Directrices adoptadas por la Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo: Resolución sobre las estadísticas del trabajo infantil. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_112462.pdf, ver párrafo 48 en particular. Directrices relativas a la medición del trabajo forzoso. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/meetingdocument/wcms_648805.pdf También ha habido Estimaciones Globales de la OIT (véase la más reciente publicada en 2017 sobre el trabajo infantil en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_651815/lang--es/index.htm y sobre trabajo forzado en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_651915/lang--es/index.htm

⁵⁸ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General nº 21 (2017) sobre los niños en situación de calle, UN Doc. CRC/C/GC/21, párrafo 23. Ver también: Stark, Lindsay, Beth L. Rubenstein, Kimchoeun Pak, Rosemary Taing, Gary Yu, Sok Kosal, y Leslie Roberts, “Estimating the Size of the Homeless Adolescent Population across Seven Cities in Cambodia”, BMC Medical Research Methodology 17, no. 1 (diciembre de 2017), pp. 13–20. Disponible en: <https://doi.org/10.1186/s12874-017-0293-9>;

⁵⁹ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General Nº 21 (2017) sobre los niños en situación de calle, UN Doc. CRC/C/GC/21, párrafo 23.

Dado el carácter a menudo transnacional de los delitos relacionados con la venta y/o la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, los Estados partes deben desarrollar mecanismos de intercambio de datos seguros para garantizar el intercambio de información y el cruce de datos a través de las fronteras.

En (a), el Comité también se refiere a la necesidad de abordar cómo los delitos cubiertos por el OPSC afectan a diferentes grupos de niños, niñas y adolescentes y aquí hay que hacer referencia al párrafo 13 de las Directrices, en el que se describen los diferentes grupos de niños a los que el Comité alienta a los Estados partes a prestar atención (*“a a los niños que, por sus características, circunstancias y/o condiciones de vida, pueden ser más vulnerables a la venta y la explotación sexual, lo que incluye a las niñas, los niños varones, los niños en general con otras identidades y orientaciones sexuales o de otro género, los niños con discapacidad, los que están internados en instituciones, los niños migrantes, los que están en situación de calle y los que se encuentran en otras situaciones de vulnerabilidad o marginación.”*)

En (c), la recomendación de desglosar por categorías de autores puede ayudar a obtener una mejor visión de los diferentes tipos de delincuentes y contribuir potencialmente a mejorar los mecanismos de ayuda y a evitar la reincidencia.

La nacionalidad y/o el origen étnico pueden representar a veces una información útil de recopilar, ya que puede proporcionar datos más precisos, por ejemplo, en relación con la venta y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes migrantes o pertenecientes a minorías étnicas. Esta información debe tratarse con el máximo cuidado para asegurarse de que no se difunda ni se utilice con fines equivocados.

Los datos fiables y desglosados con precisión son de vital importancia para la aplicación, el seguimiento y la evaluación de las políticas y estrategias nacionales (por ejemplo, los Planes de Acción Nacional (PAN)) para la prevención y la erradicación de la venta y la explotación sexual de los niños. Los datos recogidos pueden representar una herramienta inestimable para analizar la situación nacional y designar los mecanismos de respuesta adecuados. Los datos también deben utilizarse para evaluar la eficacia de las políticas y estrategias de aplicación del OPSC.

SUGERENCIAS DE RECURSOS

ACNUDH, “Enfoque de datos basados en derechos humanos: que nadie se quede atrás en el Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”, 2018 **Disponible aquí**

Comité de los Derechos del Niño de la ONU, Observación General nº 21 (2017) sobre los niños en situación de calle, CRC/C/GC/21

Al reunir esos datos ha de respetarse debidamente el derecho de los niños a la privacidad.

Como todo ser humano, los niños, niñas y adolescentes tienen un derecho fundamental a la privacidad.⁶⁰ Es de suma importancia que los mecanismos de recopilación de datos respeten el derecho a la protección de los datos personales y su privacidad, para así evitar ponerlos en riesgo debido al manejo negligente de sus datos o someterlos a una victimización secundaria por métodos inadecuados de recopilación de información. En 2014, el Comité de los Derechos del Niño recomendó a los Estados “desarrollar y reforzar los programas destinados a prevenir los daños y abordar los riesgos que plantean los medios digitales y las TIC, incluso con la participación de los niños, las antiguas víctimas, las ONG pertinentes y las TIC y otras industrias correspondientes”.⁶¹

Los niños, niñas y adolescentes deben saber cómo ejercer su derecho a la intimidad y a la protección de datos, teniendo en cuenta su edad y madurez. Sus datos personales deben recogerse y tratarse de forma justa, legal, precisa y segura, con su consentimiento libre, explícito, informado e inequívoco y/o de sus padres/madres, cuidadores o representantes legales, o de acuerdo con otra base legítima establecida por la ley. Debe respetarse el principio de minimización de los datos, lo que significa que el tratamiento de los datos personales debe ser adecuado, pertinente y no excesivo en relación con los fines para los que se tratan.⁶²

La protección del derecho del niño a la intimidad puede ser de importancia fundamental en situaciones relacionadas con los delitos contemplados en el OPSC. De hecho, los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de la venta o la explotación sexual a menudo están muy expuestos, en particular cuando las imágenes grabadas del niño se publican en línea y se comparten más allá de los implicados en el delito inicial. Restablecer la intimidad de ese niño y devolverle la sensación de seguridad es vital como parte del proceso de recuperación.

Además, el material probatorio que se recoge en los casos relacionados con la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes suele incluir material ilegal en el que se muestran los abusos y que representaría un daño considerable para la víctima si se compartiera.

La identidad de la víctima en cualquier caso relacionado con los delitos cubiertos por el OPSC debe protegerse en todo momento, y cualquier informe que se haga público (incluida la información de los medios de comunicación) no debe exponer o identificarla de ninguna manera.

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Informe del Comité de la Convención sobre los Derechos del Niño respecto al Día de Debate General 2014 sobre los derechos del niño y los medios digitales. **Disponible aquí**

Consejo de Europa, Recomendación CM/Rec(2018)7 del Comité de Ministros, “Directrices para respetar, proteger y cumplir los derechos del niño en el entorno digital”, Sección 3.4- Privacidad y protección de datos y 3.6- El derecho a la protección y la seguridad. **Disponible aquí**

⁶⁰ Ya se reconoce en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), y se confirma en los artículos 16 y 40 de la Convención sobre los derechos del Niño, así como en el artículo 8 del OPSC.

⁶¹ Recomendaciones formuladas a partir del día de debate general sobre los derechos del niño y los medios de comunicación digitales, en: Informe del Comité de la Convención sobre los Derechos del Niño respecto al Día de Debate General 2014 sobre los derechos del niño y los medios digitales, parra.105(a). Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2014/DGD_report.pdf. Véase también la Observación General nº 25 sobre los derechos del niño en relación con el entorno digital, UN Doc. CRC/C/GC/25, 2 de marzo de 2021, párrafos 67- 78.

⁶² Consejo de Europa, Recomendación CM/Rec(2018)7 del Comité de Ministros, “Directrices para respetar, proteger y cumplir los derechos del niño en el entorno digital». Disponible en.: [https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/COE_CMRec\(2018\)7.pdf](https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/COE_CMRec(2018)7.pdf)

C. 5. Política y estrategia integrales

22

Los Estados partes deben elaborar una política y una estrategia integrales de ámbito nacional que incluyan explícitamente todas las cuestiones contempladas en el Protocolo Facultativo de manera holística y multidisciplinaria. Dichas política y estrategia podrían formar parte de un plan de acción nacional más amplio para hacer efectivos los derechos del niño o para proteger a los niños frente a la violencia, o bien constituir un documento específico separado.

Como señala el Comité en este apartado, cualquier política destinada a proteger a los niños, niñas y adolescentes de la venta y la explotación sexual debe abordarse de forma holística y multidisciplinaria, implicando a todas las partes interesadas y estableciendo claramente las responsabilidades de cada una.

Conforme al párrafo 12 de las Directrices del OPSC, en cualquier medida destinada a aplicarlo, debe considerarse la importancia de incluir la participación de los niños. Esto parece especialmente importante, y también factible, en lo que respecta al diseño y la aplicación de políticas y estrategias.

La política debe abarcar una legislación adecuada, medidas de prevención y protección (incluidas la sensibilización y la educación), el acceso a la justicia, la recuperación física y psicológica y la reintegración social de los niños, niñas y adolescentes víctimas con su participación y empoderamiento, así como la detección y la denuncia, el enjuiciamiento de los delincuentes (incluido su tratamiento para evitar la reincidencia), una cooperación internacional eficaz, la participación del sector privado y una agenda digital de la infancia.⁶³

Cuando una política de este tipo represente un componente de un Plan de Acción Nacional (PAN) más amplio para la aplicación de los derechos del niño o sobre la prevención y la respuesta a todas las formas de violencia contra los niños, niñas y adolescentes⁶⁴ se debe tener cuidado de garantizar que las cuestiones relacionadas con la OPSC no queden “ahogadas” en el enfoque más amplio adoptado. Se recomienda dedicar un capítulo o sección específica a la venta y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes a fin de establecer acciones y objetivos claros para proteger a los niños, niñas y adolescentes de tales actos.⁶⁵

Además, incluso cuando forman parte de un PAN más amplio, las políticas y estrategias contra la venta y la explotación sexual de los niños deben incluir siempre un enfoque desglosado de los datos, que aborde la manera en la que estos delitos afectan a diferentes grupos de niños, niñas y adolescentes, en función de la edad, el género y otros factores, como se ha comentado en el párrafo anterior sobre la recopilación de datos.

Como alternativa, los Estados pueden optar por un documento político dedicado específica y exclusivamente a la protección de los niños, niñas y adolescentes contra la venta y la explotación sexual. Por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño acogió con satisfacción el PAN sobre la explotación sexual de los niños en Nueva Zelanda, pero recomendó garantizar que el PAN abarque todas las cuestiones del OPSC.⁶⁶

No obstante, si se opta por este enfoque, hay que tener cuidado para evitar la fragmentación de la política general de derechos del niño. La Observación General n.º 13 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia establece importantes orientaciones sobre cómo garantizar un sistema holístico de protección de la infancia.⁶⁷

⁶³ Ver: A/HRC/28/56, párrafo 44 y: A/HRC/28/55 párrafo 109. El artículo 6 del C182 de la OIT también establece la obligación del Estado de diseñar y aplicar programas de acción para eliminar de forma prioritaria las peores formas de trabajo infantil (es decir, la venta y la explotación sexual de los niños), ya sea de forma específica o como un programa global, ver: Guía práctica para la presentación de memorias sobre trabajo infantil, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182

⁶⁴ Como sugiere el Estudio de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños (2006). Disponible en: https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/document_files/world_report_on_violence_against_children_sp.pdf

⁶⁵ Véanse, por ejemplo, las Observaciones Finales del Comité para la India, UN Doc. CRC/C/OPSC/IND/CO/1, 13 de junio de 2014, párrafo 12.

⁶⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre Nueva Zelanda, UN Doc. CRC/C/OPSC/NZL/CO/1, 25 de octubre de 2016, párrafos 10-11. Se hicieron observaciones y recomendaciones similares en las observaciones finales sobre Camboya (UN Doc. CRC/C/OPSC/KHM/CO/1, 26 de febrero de 2015, párrafos 8 y 9) y en las observaciones finales sobre Uruguay (UN Doc. CRC/C/OPSC/URY/CO/1, 6 de marzo de 2015, párrafos 9 y 10).

⁶⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, UN Doc. CRC/C/GC/13, párrafos 11.d y 38-57.

Al redactar la política y la estrategia, puede ser útil que los Estados partes tengan en cuenta los resultados de los Congresos Mundiales sobre la explotación sexual (comercial) de niños, niñas y adolescentes celebrados en Estocolmo (1996), Yokohama (2001) y, en particular, en el documento final del Congreso Mundial de Río de Janeiro (2008). En ese documento final se recomendó garantizar que los PAN sobre la explotación sexual de los niños cuenten con un enfoque intersectorial que reúna a todas las partes interesadas en un marco de acción coherente y global. Estos PAN deben incorporar estrategias que tengan en cuenta las cuestiones de género, medidas de protección social y planes operativos, con un seguimiento y una evaluación adecuados, recursos específicos y agentes responsables designados, incluidas las organizaciones de la sociedad civil, para la aplicación de iniciativas destinadas a prevenir y detener la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes y prestar apoyo a las víctimas de la explotación sexual.⁶⁸

Cabe señalar que la demanda de la explotación sexual de los niños a menudo se descuida, y que puede ser necesario que los Estados llamen la atención al respecto y evalúen las formas de incluir este aspecto de manera más explícita a través de sus políticas.⁶⁹ El Llamado a la Acción del Congreso Mundial de Río de Janeiro sobre la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes recomendó que se “aborden la demanda que lleva a la prostitución de niños y conviertan la adquisición de sexo o cualquier forma de transacción para obtener servicios sexuales de un niño en una transacción delictiva penada por la ley, incluso cuando el adulto desconozca la edad del niño...”.⁷⁰

A veces se presta menos atención al papel de los servicios sociales en las políticas y estrategias para acabar con la venta y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, los servicios sociales tienen un papel importante en la prevención y detección de problemas de protección y bienestar de la niñez y en el apoyo a las víctimas. De hecho, suelen colaborar estrechamente con las organizaciones comunitarias, que también tienen un papel relevante ya que, además de los servicios universales como la educación, suelen tener contacto directo con las víctimas. La asociación, comunicación y colaboración periódicas entre los servicios sociales, los cuerpos policiales y las asociaciones que prestan asistencia a los niños, niñas y adolescentes víctimas deben promoverse y apoyarse como parte de las políticas y estrategias de protección.

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Como sugiere el Estudio de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños (2006). **Disponible aquí**

Encuesta Global: Hacia un mundo sin violencia (2016). **Disponible aquí**

Resultados del Congreso Mundial sobre la explotación sexual de niños y adolescentes, Río de Janeiro (2008). **Disponible aquí**

Consejo de Europa, Recomendación CM/REC(2011)12 del Comité de Ministros sobre los derechos del niño y los servicios sociales adaptados a los niños y las familias, 2011. **Disponible aquí**

The Economist Intelligence Unit, Out of the Shadows Index (en inglés). **Disponible aquí**

EJEMPLO DE BUENAS PRÁCTICAS

El Reino Unido ha adoptado una guía estatutaria sobre el trabajo interinstitucional para salvaguardar y promover el bienestar de los niños, 2015. **Disponible aquí**

⁶⁸ III Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes (2008). Declaración de Río de Janeiro y Llamado a la Acción para prevenir y detener la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, Llamado a la Acción, párrafo 35.

⁶⁹ Por lo que respecta a la explotación sexual de los niños en la prostitución, el Convenio de Lanzarote establece vínculos entre la demanda y la oferta al exigir sanciones penales tanto para los “reclutadores” como para los “usuarios” (artículo 19). Lo mismo ocurre con las conductas relacionadas con el material de abuso sexual infantil y la explotación sexual de niños relacionada con él (artículos 20-22).

⁷⁰ Llamado a la Acción de Río de Janeiro 2008, párrafo 14.

El Comité alienta a los Estados partes a que presten mayor atención a la función que pueden desempeñar las instituciones financieras, los bancos, los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de Internet, las organizaciones deportivas, la industria de los viajes y el turismo y las organizaciones no gubernamentales en la mejora de las políticas y estrategias de protección de la infancia, y a que utilicen los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”

En su Observación General nº 16, el Comité de los Derechos del Niño reconoce que los deberes y responsabilidades de respetar los derechos del niño se extienden en la práctica más allá del Estado y de los servicios e instituciones controlados por él y se aplican a los agentes privados y a las empresas. Por lo tanto, todas las empresas deben cumplir con sus responsabilidades en relación con los derechos del niño y los Estados deben garantizar que lo hagan. Además, el Comité subraya la obligación de los Estados de proteger los derechos del niño. “Significa que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias, apropiadas y razonables para impedir que las empresas causen o contribuyan a los abusos de los derechos del niño”. La no adopción de tales medidas hace a los Estados responsables de las infracciones causadas por las empresas o que contribuyen a ellas.⁷¹

Como ejemplos concretos del tipo de medidas mencionadas, las recomendaciones hechas a los Estados en el Llamado a la Acción de Río de Janeiro 2008 parecen especialmente relevantes. Por ejemplo, en el párrafo 7 se recomienda a los Estados que “Tomen las medidas legislativas necesarias para requerir que los proveedores del servicio de Internet, las empresas de telefonía móvil, los motores de búsqueda y otros actores pertinentes denuncien y retiren los sitios web de pornografía infantil y las imágenes de abuso sexual infantil, además de desarrollar indicadores para monitorear los resultados y mejorar los esfuerzos”. En el párrafo 8, la recomendación dice: “Urjan a los proveedores de Internet, las empresas de telefonía móvil, los cibercafés y otros actores pertinentes a que desarrollen e implementen Códigos de Conducta voluntarios y otros mecanismos de responsabilidad social corporativa junto con el desarrollo de herramientas legales para permitir la adopción de medidas de protección de los niños en sus empresas.” Y en el párrafo 9: “Exhorten a las instituciones financieras a que tomen medidas para rastrear y detener el flujo de transacciones financieras realizadas a través de sus servicios que faciliten el acceso a la pornografía infantil”.

Los Estados partes podrían elaborar material de orientación específico para informar a las entidades del sector privado sobre la cuestión de la venta y la explotación sexual de niños y niñas y cómo se produce en los distintos sectores, así como sobre lo que se puede hacer para atajarla.

Al mismo tiempo, se recomienda incluir a las empresas como parte de los actores privados que deben colaborar en la implementación del OPSC, a lo largo de sus cadenas de valor, para que no promuevan la explotación de niños, niñas y adolescentes.

Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas se aprobaron por unanimidad por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011.⁷² Proporcionan la primera norma mundial para prevenir y abordar el riesgo de impactos adversos sobre los derechos humanos vinculados a la actividad empresarial, y entregan el marco internacionalmente aceptado para mejorar las normas y prácticas con respecto a las empresas y los derechos del niño. Son de relevancia directa para la industria de los viajes y el turismo, las empresas de TIC, los medios de comunicación y la industria del deporte, incluidos los órganos de gobierno deportivo.

⁷¹ Observación General Nº 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, UN Doc. CRC/C/GC/16, párrafos 8 y 28.

⁷² Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

La Recomendación CM/Rec(2016)3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los derechos humanos y las empresas (2016) tiene como objetivo contribuir a la aplicación efectiva de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas a nivel europeo. Se recomienda a los Estados que tomen medidas, incluida la elaboración de políticas, directrices operativas y/o códigos de conducta para concienciar y apoyar a las empresas de su jurisdicción en lo que respecta a sus funciones, responsabilidades e impacto sobre los derechos del niño, y su cooperación con las partes interesadas pertinentes. También recomienda a los Estados que involucren a todas las partes interesadas, incluidas las empresas, en el diseño, redacción, aplicación y evaluación de una estrategia o un plan de acción nacional.⁷³

En el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños,⁷⁴ se ofrece un panorama completo de las cuestiones relacionadas con la venta y la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes en el contexto del deporte. El Informe plantea preocupaciones sobre la contratación de jóvenes atletas, la propiedad de terceros de los “derechos económicos” de los niños y niñas jugadores, la mercantilización de los niños y niñas atletas reclutados a través de las academias deportivas, así como también la trata de niños, niñas y adolescentes. Además, las dinámicas de poder inherentes al mundo del deporte hacen que las personas menores de edad sean vulnerables a los abusos sexuales y a la explotación por parte de sus entrenadores, preparadores físicos, médicos, directivos y compañeros.⁷⁵

Dicho informe también incluye una serie de recomendaciones a los Estados y a las organizaciones deportivas. Entre las dirigidas a las organizaciones deportivas se encuentran: el establecimiento de códigos de conducta y ética, la creación y aplicación de sistemas de notificación independientes, la formación de todas las personas que dependen de las organizaciones deportivas, la inclusión de los derechos humanos como criterio en los procesos de licitación de los principales acontecimientos deportivos, la comprobación sistemática de los antecedentes de cualquier persona que trabaje con niños, y la sensibilización de los niños con respecto a la práctica de deportes seguros, los mecanismos de notificación y las reparaciones.⁷⁶

Dentro de la industria de los viajes y el turismo, fenómenos como el “volunturismo” y el “turismo de orfanato” están produciendo daños a muchos niños que viven en estas instituciones. Estas prácticas implican a turistas, estudiantes, escolares, grupos religiosos, empresas y viajeros que vienen del extranjero para visitar y/o ser voluntarios en orfanatos. Aunque a menudo se llevan a cabo con buenas intenciones, puede ser muy perjudicial para los niños tener una rotación de extraños sin formación y sin habilidades que vienen a “cuidar” de ellos. Además, esta práctica se ha convertido en un negocio lucrativo para muchos orfanatos, y se han dado varios casos en los que se traficó con niños, niñas y adolescentes y se les ubicó en orfanatos a pesar de que sus padres u otros cuidadores estaban vivos, con el fin de llenar los espacios y poder solicitar donaciones y otras contribuciones financieras.⁷⁷ Otros casos han mostrado cómo se permitía a personas extranjeras entrar en los orfanatos para abusar sexualmente de los niños que vivían allí a cambio de un pago.⁷⁸

⁷³ Consejo de Europa, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre derechos humanos y empresas, Adoptado por el Comité de Ministros el 2 de marzo de 2016. Disponible en: https://www.africafundacion.org/IMG/pdf/Recomendacion_CM_Rec_2016_3_del_Comite_de_Ministros.pdf Las obligaciones relativas a las personas jurídicas se derivan también de los artículos 9.2 y 10.3 del Convenio de Lanzarote.

⁷⁴ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, informe temático sobre la venta y explotación sexual de niños en el contexto del deporte, 27 de diciembre de 2018, A/HRC/40/51. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/40/51>

⁷⁵ Ver, por ejemplo: Ingunn Bjornseth y Attila Szabo, “Sexual Violence Against Children in Sports and Exercise: A Systematic Literature Review”, en: *Journal of Child Sexual Abuse*, Volumen 27, 2018 – Issue 4.

⁷⁶ En cuanto a la sensibilización, el Consejo de Europa ha lanzado una campaña sobre los abusos sexuales a menores en el deporte, titulada “Start to Talk». Disponible en: <https://www.coe.int/es/web/human-rights-channel/stop-child-sexual-abuse-in-sport>

⁷⁷ Departamento de Estado de Estados Unidos Child Institutionalization and Human Trafficking, 2018. Disponible en: <https://www.state.gov/child-institutionalization-and-human-trafficking/>

⁷⁸ Lumos, Acabar con la institucionalización de los niños, marzo 2017. Disponible en: <https://www.wearelumos.org/resources/ending-institutionalisation-children/>

Comprender el impacto potencial del apoyo a instituciones como los orfanatos, que perpetúan un modelo anticuado de cuidado que no responde al interés superior de los niños, niñas y adolescentes y que también puede hacerlos más vulnerables a la venta, la trata y la explotación sexual, es crucial para poder proteger a los niños de estos delitos. Es importante destacar que es posible reorientar el dinero, el tiempo y los recursos hacia alternativas que creen un futuro mejor para los niños, niñas y adolescentes, junto con un sistema de cuidado más sostenible, y que los expertos en protección de la infancia deben apoyar y guiar siempre. Esto debería incluir la prevención de la separación de las familias, la reunificación familiar (cuando sea posible y apropiado) y el desarrollo de servicios alternativos de calidad basados en la familia y en la comunidad.

Cada vez se entiende mejor que el flujo de voluntarios y turistas internacionales hacia los orfanatos agrava el problema de la institucionalización de los niños y actúa como motor de la separación innecesaria y engañosa de los niños de sus familias, una oportunidad para que los traficantes suministren niños, niñas y adolescentes para alimentar el modelo de negocio.⁷⁹ Las investigaciones han demostrado que esta práctica es más prolífica en los países en los que existe una importante industria turística o de voluntariado, y que los orfanatos suelen establecerse en las principales zonas turísticas.⁸⁰

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2011. **Disponible aquí**

Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, informe temático sobre la venta y explotación sexual de niños en el contexto del deporte, 27 de diciembre de 2018, A/HRC/40/51.

Disponible aquí

Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec(2018)7 (Adoptado por el Comité de Ministros el 4 de julio de 2018) que contiene las Directrices para respetar, proteger y cumplir los derechos del niño en el entorno digital. **Disponible aquí**

6. Coordinación, seguimiento y evaluación

24

Los Estados partes deben designar un mecanismo nacional, que podría formar parte de una entidad existente, como un ministerio o una institución nacional de derechos humanos, o bien ser una entidad independiente para erradicar la explotación sexual de niños, encargado de coordinar todas las actividades relacionadas con la aplicación del Protocolo Facultativo. Ese mecanismo de coordinación debe tener un mandato claro para aplicar específicamente el Protocolo Facultativo y suficiente autoridad para adoptar las medidas necesarias y coordinar a nivel intersectorial, nacional, regional y local, con el fin, entre otras cosas, de garantizar un marco de remisión de casos y de apoyo efectivo a los niños víctimas.

La coordinación eficaz y eficiente de todas las actividades llevadas a cabo por los organismos gubernamentales y en cooperación con las organizaciones no gubernamentales, los organismos de la ONU, el mundo académico, el sector privado⁸¹ y las organizaciones de trabajadores y empleadores⁸² es crucial para la aplicación de los instrumentos políticos nacionales para proteger a los niños, niñas y adolescentes de la venta y la explotación sexual.

⁷⁹ Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, A/HRC/42/44, 25 de julio de 2019, párrafo 18.

⁸⁰ Ver, por ejemplo: ECPAT International, Country Overview: Uganda. Disponible en: <https://www.protectingchildrenintourism.org/tourism-in-uganda-driving-demand-for-orphanages-putting-children-at-risk-sexual-exploitation/>

⁸¹ Por ejemplo, las instituciones financieras, los operadores bancarios y de telecomunicaciones, los proveedores de Internet y el sector de los viajes y el turismo.

⁸² El artículo 5 del Convenio 182 de la OIT establece explícitamente la obligación de los Estados partes de garantizar mecanismos de vigilancia en relación con las peores formas de trabajo infantil, ya sea mediante la creación de nuevos mecanismos o la designación de otros ya existentes: "Todo Miembro, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, deberá establecer o designar mecanismos apropiados para vigilar la aplicación de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio.»

Lo ideal sería garantizar también la coordinación con otros planes de acción y políticas nacionales sobre temas relacionados, como el fin de la violencia contra la mujer y la lucha contra la trata de seres humanos, ya que puede haber cuestiones transversales que se beneficiarían de un enfoque conjunto.⁸³

Un mecanismo de coordinación podría ser, como ocurre en varios países, un ministerio o un consejo o comité nacional para la coordinación de la aplicación de los derechos del niño o, más específicamente, para la erradicación de la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes. También podría ser un grupo independiente de expertos nombrados específicamente con el mandato de coordinar y supervisar la aplicación de la política correspondiente.⁸⁴

Además, el mecanismo podría utilizarse para reforzar y facilitar las obligaciones de los Estados partes de presentar informes a los organismos internacionales, como el Comité y la Organización Internacional del Trabajo, centralizando la información pertinente de los distintos departamentos y autoridades estatales.

En el seguimiento de la remisión de casos relacionados con la venta y/o explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, es importante considerar cómo ampliar el seguimiento de los casos identificados hasta que cese cualquier riesgo existente para las víctimas u otros menores.

25

Los Estados partes deben vigilar y evaluar periódicamente y de manera transparente la aplicación de la política y la estrategia y, sobre la base de los resultados, ajustarlas cuando sea necesario. Las evaluaciones deben hacerse públicas.

En muchos Estados partes todavía no existen procesos de seguimiento y evaluación eficaces y sistemáticos de las medidas de aplicación del OPSC. Sin embargo, estos procesos pueden desempeñar un papel crucial en la mejora del sistema de protección de la infancia, ya que las evaluaciones contribuirán a una mejor comprensión del impacto que están teniendo las medidas legales y políticas. Un papel activo de las Defensorías de la Infancia en el seguimiento y la evaluación de tales medidas puede ayudar a proporcionar una evaluación experta independiente destinada a reforzar las medidas existentes y/o a dar forma a otras nuevas y mejores.

La transparencia y la rendición de cuentas deben acompañar a la aplicación de medidas para proteger a los niños, niñas y adolescentes de la venta y la explotación sexual. En lo que respecta a los procesos de seguimiento y evaluación, divulgarlos no sólo aumenta las posibilidades de escrutinio público, lo que debe considerarse positivo, sino que también educa e informa al público en general sobre estos temas, y sobre lo que se está haciendo para abordarlos.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

Un importante mecanismo de seguimiento es el Sistema de Monitoreo de Recomendaciones (conocido como "SIMORE") desarrollado en Paraguay con la ayuda de la OACDH. El sistema permite buscar todas las recomendaciones emitidas por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el fin de supervisar cómo se está aplicando cada recomendación por parte de los ministerios e instituciones públicas pertinentes. Desde el lanzamiento inicial del sistema, se ha inaugurado una nueva versión llamada "SIMORE Plus" para incorporar la Agenda 2030, lo que permite vincular la implementación de las recomendaciones de derechos humanos y los ODS. Además, se ha creado un nuevo módulo denominado "OSC-Plus" para facilitar la participación de las organizaciones de la sociedad civil en el seguimiento de los esfuerzos de aplicación de las recomendaciones.

⁸³ Las Directrices Políticas del Consejo de Europa sobre Estrategias Nacionales Integradas para la Protección de los Niños contra la Violencia contienen propuestas detalladas sobre cómo desarrollar una estrategia nacional integrada sobre los derechos del niño y la erradicación de la violencia contra los niños. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/children/integrated-strategies>

⁸⁴ Las Directrices Políticas del Consejo de Europa sobre Estrategias Nacionales Integradas para la Protección de los Niños contra la Violencia contienen propuestas detalladas sobre cómo desarrollar una estrategia nacional integrada sobre los derechos del niño y la erradicación de la violencia contra los niños. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/children/integrated-strategies>

E. Asignación de recursos

26

El Comité recomienda a los Estados partes que garanticen asignaciones presupuestarias específicas y claras para la aplicación del Protocolo Facultativo, según se detalla en las presentes directrices, y que tomen nota de la orientación proporcionada en la observación general núm. 19 (2016) del Comité sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño

En su Observación General nº 19 (2016) sobre la presupuestación pública para la realización de los derechos del niño,⁸⁵ el Comité desarrolla el significado del artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Para la presupuestación de los derechos del niño, incluida la prevención y la protección contra la explotación sexual, el Comité presenta los cinco principios para la elaboración de un presupuesto público: Efectividad, Eficiencia, Equidad, Transparencia y Sostenibilidad. Además, ofrece orientaciones y recomendaciones sobre cómo hacer realidad los derechos del niño en relación con cada una de las cuatro etapas del proceso de elaboración del presupuesto: planificación, promulgación, ejecución y seguimiento.

La información contenida en esta Observación General es importante para todos los actores en el campo de los derechos del niño y, en particular, para los profesionales que están en contacto directo con su gobierno en la presupuestación de actividades relacionadas.

27

Los Estados partes deben garantizar todos los recursos humanos, técnicos y financieros asignados a las políticas, estrategias y mecanismos destinados a aplicar las disposiciones del Protocolo Facultativo. Deben asignarse recursos específicos a las entidades encargadas de los mecanismos de detección y denuncia, las investigaciones penales, la asistencia letrada, la indemnización, y la recuperación física y psicológica y la reintegración social de los niños víctimas de los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo.

Aunque la asignación de recursos puede ser compleja, es una parte crucial de un sistema eficaz de protección de la infancia. Además de ser una cuestión de prioridad política, la concesión de recursos suficientes para poner en marcha un sistema sólido de prevención y protección es una inversión estratégica a largo plazo para el futuro. Las investigaciones han demostrado que los costes de los servicios de atención médica y psicosocial para las personas que han sufrido formas graves de trauma, como la explotación y los abusos sexuales, superan ampliamente los costes de la prevención de esos mismos delitos.⁸⁶

Algunos Estados enfrentan dificultades para asegurar una asignación presupuestaria suficiente debido a los bajos ingresos del gobierno, y pueden necesitar ayuda internacional. De acuerdo con el artículo 8 del C182 de la OIT,⁸⁷ los Estados deben tratar de ayudarse recíprocamente a fin de aplicar las disposiciones del presente Convenio por medio de una mayor cooperación y/o asistencia internacional, incluido el apoyo al desarrollo social y económico, los programas de erradicación de la pobreza y la educación universal.

⁸⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 19 (2016) sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4) UN Doc. CRC/C/GC/19, 2016.

⁸⁶ Ver por ejemplo: K.C. Basile, et al., STOP SV: A Technical Package to Prevent Sexual Violence, Atlanta, GA: National Center for Injury Prevention and Control, Centers for Disease Control and Prevention, 2016. Disponible en: <https://www.cdc.gov/violenceprevention/pdf/sv-prevention-technical-package-spanish508.pdf> y: E.J. Letourneau et al., "The economic burden of child sexual abuse in the United States", en Child Abuse and Neglect, Vol. 79, mayo 2018, p. 413-422.

⁸⁷ OIT C182, Artículo 8: "Los Miembros deberán tomar medidas apropiadas para ayudarse recíprocamente a fin de aplicar las disposiciones del presente Convenio por medio de una mayor cooperación y/o asistencia internacionales, incluido el apoyo al desarrollo social y económico, los programas de erradicación de la pobreza y la educación universal."

Dada la tendencia más reciente a atribuir una mayor relevancia al papel que pueden tener las entidades privadas en la protección de los niños frente a la venta y la explotación sexual, podrían explorarse las posibilidades de participación activa de dichos agentes mediante la sensibilización y el establecimiento de programas de salvaguardia dentro de sus empresas u organizaciones o mediante la aportación de iniciativas de financiación complementarias/voluntarias.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

En 2004, el gobierno de Panamá creó CONAPREDES, un organismo técnico administrativo para la prevención y erradicación de la explotación sexual en el país. CONAPREDES emitió un Plan Nacional de Acción sobre la ESC en 2008. Sus actividades se financian mediante asignaciones presupuestarias del Gobierno, así como a través del Fondo para la Explotación Sexual. El Fondo, administrado por CONAPREDES, recauda dinero a través de un impuesto que consiste en cobrar un balboa panameño (1 USD) a cada turista extranjero que sale de Panamá desde el Aeropuerto Internacional de Tocumen. Según el informe financiero anual de CONAPREDES, el Fondo de Explotación Sexual recaudó 668.952,10 balboas en 2018 a través de la tasa aeroportuaria y contiene un total de 3.429.559,18 balboas (equivalente a la misma cantidad en USD) a 31 de diciembre de 2018. La mayor parte de los recursos recaudados por el Fondo de Explotación Sexual se destinan a actividades de prevención (de las actividades y proyectos realizados por CONAPREDES en 2018, el 64% fueron actividades de prevención y el 26% de fortalecimiento institucional).

Referencia: Gobierno de Panamá, Ley nº 16 de 31 de marzo de 2004, artículos 23, 25, 29. **Disponible aquí**
CONAPREDES, Informe de Gestión enero a diciembre 2018, p. 29, 56. **Disponible aquí**

F. Difusión y sensibilización

28

Para que se comprendan mejor el propósito y las disposiciones del Protocolo Facultativo, los Estados partes deben:

- (a) Elaborar y llevar a cabo programas y campañas de educación y sensibilización a largo plazo sobre las medidas preventivas y los efectos nocivos de todos los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo, incluidos los casos en que esos delitos se faciliten o se cometan mediante la TIC;*
- (b) Difundir sistemáticamente información sobre las disposiciones del Protocolo Facultativo entre los funcionarios gubernamentales en los planos nacional, regional y local, entre todos los grupos profesionales pertinentes y entre todas las demás personas que están regularmente en contacto con niños, así como entre el público en general, en particular los niños y sus familias. Debe adaptarse el material informativo a la audiencia, y los niños deben recibir información apropiada para su edad y que tenga en cuenta sus características;*
- (c) Promover que todas las personas, especialmente las que se ocupan de los niños, conozcan adecuadamente las diferentes formas de venta, y de explotación y abuso sexuales de niños, y los medios para detectarlas e identificar a las víctimas, así como los mecanismos de denuncia existentes y cómo utilizarlos siempre que haya motivos razonables para creer que un niño es víctima;*
- (d) Asegurarse de que los niños de todos los niveles del sistema educativo reciban una educación sexual integral. Los escolares deben recibir materiales apropiados para aprender sobre los riesgos de la venta y la explotación y el abuso sexuales, así como los medios para protegerse tanto en el mundo digital como fuera de él. Los programas educativos deben incluir siempre información sobre formas concretas y prácticas para que los niños busquen ayuda y apoyo, y notifiquen el abuso sexual de manera segura y confidencial;*
- (e) Tomar medidas orientadas a los niños que están fuera del sistema escolar oficial para llegar a ellos;*
- (f) Alentar a los medios de comunicación a que proporcionen información adecuada sobre todos los aspectos de la venta y la explotación y el abuso sexuales de niños, utilizando la terminología apropiada y salvaguardando en todo momento la intimidad y la identidad de los niños víctimas y los que son testigos.*

Para promover y apoyar la aplicación del OPSC, la información sobre este instrumento legal debe ser ampliamente difundida a nivel nacional, regional y local. Se debe informar y generar consciencia en el público en general respecto a que la venta y la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes son delitos que existen y ocurren en todas partes. Ningún país es inmune a ellos y debe darse a conocer ampliamente que los niños, niñas y adolescentes necesitan mecanismos de protección adecuados y que el conocimiento es, en sí mismo, una forma de protección.

Que los niños, niñas y adolescentes y los adultos que los rodean conozcan sus derechos, los riesgos y los medios que existen para prevenir y protegerse a sí mismos y a los que les rodean, es un primer paso para evitar que se produzcan los delitos contemplados en el OPSC.

Las iniciativas de concienciación y difusión de los delitos contemplados en el OPSC también pueden formar parte de iniciativas más amplias relativas a los derechos de los niños, la salud sexual, la prevención de la delincuencia, la seguridad en línea y la protección de los niños, niñas y adolescentes. El sistema educativo es un mecanismo clave para difundir material apropiado para la edad de los niños y adolescentes sobre estos temas.

Aunque el sistema educativo formal permite llegar a una amplia población de jóvenes, no todos ellos tienen acceso a la educación formal. El Comité lo señala en el párrafo 28(e), recordando a los Estados que también hay que esforzarse por los niños y niñas que no están escolarizados. Por ejemplo, los niños y niñas en situación de

calle a menudo no están inscritos en la educación formal y no recibirán información a través de esos canales. Para reducir la vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes en situación de calle y otras situaciones extraescolares, las organizaciones no gubernamentales, los trabajadores sociales y los trabajadores de la calle deben ser informados también de las disposiciones del OPSC, ya que estos actores son a menudo los principales cuidadores o educadores de estas jóvenes personas.⁸⁸

En el párrafo 28(c), el Comité se refiere a las personas “que se ocupan de los niños”. Estas personas son, en particular, los padres, los profesores, los educadores, los entrenadores y otras personas que trabajan en estrecho contacto con los niños, así como los profesionales de la asistencia social y sanitaria que trabajan con niños, niñas y adolescentes. Hay que dirigirse a estos grupos de personas mediante una labor de sensibilización específica.

Como parte de los esfuerzos más amplios de concienciación, también debe prestarse atención a informar al público-incluidos los jóvenes, las empresas, las organizaciones deportivas, los grupos religiosos y otras partes interesadas- sobre el daño potencial que las acciones bienintencionadas pueden tener sobre los niños en situaciones vulnerables.

Esto puede ejemplificarse con dos acciones erróneas que pueden alimentar inadvertidamente la venta y explotación de niños:

La primera es la práctica del turismo voluntario (o “volunturismo”). Esta industria ha experimentado un rápido crecimiento en los últimos años, con informes que estiman un valor anual de 2.000 millones de dólares generados por los 10 millones de turistas que buscan este tipo de experiencia.⁸⁹ Cada vez se entiende mejor que el flujo de voluntarios y turistas internacionales en instituciones como los orfanatos agrava el problema de la institucionalización de los niños y actúa como motor de la separación innecesaria y engañosa de los niños de sus familias, y ofrece una oportunidad a los traficantes de suministrar niños, niñas y adolescentes como parte de un modelo de negocio. Las investigaciones han demostrado que esta práctica es más prolífica en los países en los que existe una importante industria turística, y los orfanatos suelen instalarse en las principales zonas turísticas.⁹⁰ Si la industria sigue creciendo con una escasa supervisión y una aguda falta de medidas de protección de la infancia, también aumenta el riesgo de que siga proliferando la venta, el tráfico y la explotación de niños, niñas y adolescentes en este tipo de “negocio” a escala mundial.

El segundo es la donación filantrópica a los orfanatos. Cuando los particulares, los fideicomisos y las fundaciones privadas, los grupos religiosos y las ONG apoyan financieramente a los orfanatos, corren el riesgo de apuntalar inadvertidamente un sistema que va en contra de los esfuerzos para desarrollar servicios de apoyo a los niños y familias vulnerables dentro de sus comunidades y para prevenir la separación familiar.⁹¹ Si este tipo de patrón se mantiene en los países, en ausencia de una delimitación efectiva de los recursos y de una reorientación de los fondos, la reforma de los cuidados será cada vez más difícil de lograr.

Si el público en general es consciente de estos daños a través de materiales educativos eficaces y campañas de sensibilización, sus buenas intenciones pueden ser aprovechadas y redirigidas hacia alternativas comunitarias más sostenibles que mantengan a las familias unidas y protejan a los niños y niñas vulnerables de las muchas formas de explotación y abuso asociadas a los orfanatos y otras instituciones.

⁸⁸ Consorcio para los Niños de la Calle, “Presentación de las Directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía», 29 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.streetchildren.org/wp-content/uploads/2019/04/CSC-Submission-OPSC-Guidelines.pdf>

⁸⁹ Nigel Cantwell y Emmanuelle Werner Gillioz, “The orphanage industry: Flourishing when it should be dying” en: *Scottish Journal of Residential Child Care*, 2018, p.4.

⁹⁰ Consorcio para los Niños de la Calle, “Presentación de las Directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”.

⁹¹ Por ejemplo, la investigación de Lumos ha detectado que el apoyo filantrópico a los orfanatos de Haití superó los 100 millones de dólares en un año, lo que supone más de 130 veces el presupuesto anual de la agencia de protección de la infancia de Haití. Ver: *Financiamiento de los orfanatos de Haití a costa de los derechos de los niños* (2017). Disponible en: https://lumos.contentfiles.net/media/documents/document/2018/01/Funding_Haiti_Orphanages_Report.pdf

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

INSPIRE - Siete estrategias para acabar con la violencia contra los niños” es un paquete de intervenciones basado en pruebas, copatrocinado por la OMS y otros nueve organismos internacionales, que incluye siete estrategias:

- Aplicación y cumplimiento de las leyes
- Normas y valores
- Entornos seguros
- Apoyo a los padres y cuidadores
- Ingresos y fortalecimiento económico
- Servicios de control y apoyo
- Educación y habilidades para la vida

Cada estrategia va acompañada de un objetivo clave, la justificación de la estrategia, su impacto potencial en la prevención de la violencia contra los niños, los enfoques específicos (incluidos los programas, las prácticas y las políticas) que promueven la estrategia, y las pruebas que respaldan estos enfoques. Este paquete ayuda a unificar los esfuerzos de defensa multisectorial y fomenta un compromiso más profundo para prevenir la violencia y abordar las consecuencias perjudiciales de la misma cuando se produce.

Out of the shadows toolkit (en inglés). **Disponible aquí**

G. Capacitación

29

La educación y la formación continua de todos los profesionales pertinentes, así como el apoyo a las familias y los cuidadores, deben ser parte integrante de toda medida de aplicación del Protocolo Facultativo. Los Estados partes deben:

- (a) Garantizar que todos los profesionales y grupos pertinentes que trabajan con o para los niños reciban una formación multidisciplinaria sistemática y específica sobre las disposiciones del Protocolo Facultativo y su aplicación, que incluya el modo de detectar y afrontar los delitos que en este se enuncian y de fomentar enfoques que tengan en cuenta las necesidades del niño y las cuestiones de género al atender a los niños víctimas y supervivientes;*
- (b) Alentar la capacitación sobre respuestas eficaces centradas en las víctimas y dirigidas por los supervivientes para los niños víctimas de los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo;*
- (c) Reforzar la cooperación y las asociaciones estratégicas con organizaciones no gubernamentales y utilizar sus conocimientos especializados y su material de promoción para ampliar los conocimientos básicos sobre el mundo digital e incrementar la seguridad al respecto entre los niños y sus familias, y promover respuestas a los daños ocasionados;*
- (d) Evaluar periódicamente sus actividades de formación con el fin de asegurar que las competencias y los conocimientos adquiridos se pongan en práctica para detectar eficazmente a las víctimas y proteger a los niños de los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo*

Trabajar para la prevención y la erradicación de la explotación sexual y el abuso sexual de niños, niñas y adolescentes requiere muchas habilidades diferentes. La educación y la formación continua de todos los profesionales pertinentes, así como el apoyo a las familias y a los cuidadores, deberían ser parte integrante de cualquier política nacional o PAN para la aplicación del OPSC.

Hay demasiados ejemplos desafortunados en los que los niños, niñas y adolescentes víctimas son objeto de una victimización secundaria debido a la mala comprensión y gestión de su situación por parte de los profesionales encargados de atenderlos.

Además, tener que manejar casos de venta y/o explotación y abuso sexual no es un asunto fácil, y los profesionales que participan en diferentes capacidades para detectar, identificar, informar y evaluar los casos, o para atender a las víctimas, merecen recibir una formación adecuada antes de tener que intervenir.

Cada vez se reconoce más el papel que pueden desempeñar los supervivientes de la violencia sexual en la sensibilización, la identificación de las necesidades y la formación de los profesionales que trabajan con estos casos.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

En el Reino Unido, CISters es un servicio especializado dirigido por supervivientes para mujeres que fueron víctimas de abusos y explotación sexual en su infancia. **Disponible aquí**

30

Con respecto a los grupos específicos que requieran capacitación especializada, los Estados partes deben:

- (a) Velar por que los maestros y otros profesionales que trabajan en diversos aspectos de la educación de los niños, incluidas las actividades deportivas y culturales, reciban una capacitación adecuada para poder hablar eficazmente con ellos sobre la venta y la explotación y el abuso sexuales de niños, y formarlos al respecto;*
- (b) Formar a los profesionales de la salud, los trabajadores sociales y los profesionales del bienestar y la protección de la infancia para que detecten indicios y los denuncien, y para que atiendan a los niños que puedan ser víctimas de explotación o abuso sexuales de una forma que tenga en cuenta las necesidades de los niños y las cuestiones de género;*
- (c) Capacitar a todas las unidades de policía que investigan los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo, incluidos los casos en que esos delitos se faciliten o se cometan a través de la TIC, así como a los fiscales y a la judicatura, para que identifiquen a los niños víctimas y los atiendan de un modo que tenga en cuenta las necesidades de los niños y las cuestiones de género y para que se ocupen de los casos relacionados con la TIC y las pruebas digitales.*

Algunos grupos profesionales son especialmente propensos a entrar en contacto con niños, niñas y adolescentes que son víctimas de explotación o abuso sexual. Para que estos profesionales puedan detectar los signos e identificar los casos que deben ser denunciados, e incluso saber cómo denunciarlos eficazmente, es necesaria la formación.

Dichos profesionales son aquellos que, a través de su trabajo, entran en contacto con niños, niñas y adolescentes de forma frecuente y regular, como el personal educativo, los directivos, los entrenadores y los asistentes que se dedican al deporte infantil, el personal y los voluntarios que participan en actividades deportivas, de ocio y culturales, y el personal médico/paramédico responsable del cuidado y el bienestar físico y mental de los niños, incluidos los trabajadores sociales. Es importante destacar que los trabajadores de las ONG y los trabajadores sociales que actúan fuera del ámbito educativo y que trabajan, por ejemplo, en la calle o en centros de acogida, también necesitan una formación específica.

Otro ámbito en el que la formación es muy necesaria es el de la aplicación de la ley y el sector judicial. Los agentes de policía, los abogados, los fiscales y los jueces deben ser formados en métodos de investigación y de audiencia adaptados a los niños, para evitar que las víctimas menores de edad de la venta o de la explotación sexual se vean expuestos a una victimización secundaria.

Algunos Estados partes permiten las operaciones encubiertas para investigar delitos como el grooming y la producción y distribución de material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes. Estas investigaciones pueden ser cruciales para este tipo de delitos, e idealmente deberían permitirse en todos los Estados, bajo normas específicas.⁹² La policía debería recibir formación específica para este tipo de operaciones, respetando las consideraciones de privacidad, y los Estados harían bien en reforzar la cooperación internacional en este sentido. INTERPOL ha desarrollado competencias y recursos especializados para hacer frente a los delitos contra los niños, y puede proporcionar formación y promover buenas prácticas a la policía de sus países miembros, incluso para ayudar a desarrollar las capacidades policiales en relación con la explotación y el abuso sexual de los niños. También se pueden utilizar las notificaciones verdes de INTERPOL y el Certificado Policial Internacional.⁹³

⁹² Resolución A/HRC/28/55, párrafo 114.

⁹³ INTERPOL, Crímenes contra niños, ver <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contra-menores>

IV. Prevención de los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo

A. Medidas Generales

31

Los Estados partes en el Protocolo Facultativo adoptarán o reforzarán, aplicarán y darán publicidad a las leyes, las medidas administrativas, las políticas y los programas sociales destinados a la prevención de los delitos a que se refiere el Protocolo.

Artículo 9 del Protocolo Facultativo:

“1. Los Estados Partes adoptarán o reforzarán, aplicarán y darán publicidad a las leyes, las medidas administrativas, las políticas y los programas sociales, destinados a la prevención de los delitos a que se refiere el presente Protocolo. Se prestará particular atención a la protección de los niños que sean especialmente vulnerables a esas prácticas.

2. Los Estados Partes promoverán la sensibilización del público en general, incluidos los niños, mediante la información por todos los medios apropiados y la educación y adiestramiento acerca de las medidas preventivas y los efectos perjudiciales de los delitos a que se refiere el presente Protocolo. Al cumplir las obligaciones que les impone este artículo, los Estados Partes alentarán la participación de la comunidad y, en particular, de los niños y de los niños víctimas, en tales programas de información, educación y adiestramiento, incluso en el plano internacional.”

Esta es también una obligación según el C182 de la OIT, que establece en su artículo 7 (2) que “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”.

Asimismo, el Convenio de Lanzarote exige a sus Estados partes que adopten medidas específicas para prevenir la explotación y el abuso sexual (artículos 4 a 9). Estas medidas pueden servir de inspiración también a los Estados que no son parte de este Convenio. Estas disposiciones establecen obligaciones detalladas en materia de formación y educación para grupos profesionales específicos, así como para los niños.

32

Al prevenir la venta y la explotación sexual de niños, los Estados partes deben prestar atención a las causas subyacentes de esos problemas, que pueden servir para fomentarlos, normalizarlos o perpetuarlos, y que requieren medidas específicas de sensibilización. Un aspecto importante de esos delitos, y que requiere que los Estados partes adopten medidas específicas y selectivas, radica en la demanda que existe, tanto entre los delincuentes sexuales como entre los que se aprovechan económicamente de niños con fines de explotación y abuso sexuales. La labor para combatir la demanda debe abordar las diferentes formas de explotación y abuso, tanto en el entorno digital como fuera de él.

La prevención de los delitos contra los niños, niñas y adolescentes suele requerir menos recursos que la reparación del daño posterior. Medidas como la divulgación, la sensibilización y la formación, sobre las que el Comité ha dado orientaciones en los párrafos anteriores, son bastante fáciles de poner en práctica incluso con recursos modestos, y representan elementos clave de un programa de prevención sólido.

El OPSC menciona la necesidad de que los Estados Partes aborden las “raíces del problema” que subyacen a la venta y la explotación sexual de los niños en su artículo 10.3, refiriéndose a “la pobreza y el subdesarrollo, que contribuyen a la vulnerabilidad de los niños”.

Pero también hay otros aspectos de la prevención que deben tenerse en cuenta para reducir la incidencia de delitos como la venta y la explotación sexual de los niños.

Uno de esos aspectos es el “lado de la demanda” de la explotación sexual, es decir, el hecho de que exista una demanda real de actos sexuales con niños, niñas y adolescentes. Abordar la demanda de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes implica examinar tres aspectos: los individuos que quieren explotar sexualmente a los niños, niñas o adolescentes, o abusar de ellos; los individuos o grupos que facilitan la explotación sexual (que pueden ser desde miembros de la familia hasta redes delictivas); y, por último, las construcciones de género, sociales, culturales, económicas e institucionales que contribuyen a crear un entorno en el que la explotación sexual de los niños se ignora, se tolera o incluso se acepta.⁹⁴

Como parte del marco de prevención, y teniendo en cuenta el primer aspecto del lado de la demanda mencionado anteriormente, las personas que tienen un interés sexual en los niños, niñas y adolescentes y/o temen que puedan cometer alguno de los delitos contemplados en el OPSC, deberían tener acceso a medidas preventivas de intervención y asistencia.⁹⁵ Dichas medidas deben desarrollarse para evaluar y reducir el riesgo de que se cometan los delitos, apoyando a las personas que buscan ayuda de manera que se respete su derecho a la intimidad y, en su caso, al anonimato. Las intervenciones pueden adoptar la forma de líneas directas en línea o líneas de ayuda telefónica, o consistir en intervenciones terapéuticas con un psicólogo especialmente formado.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

La línea sueca “Preventell - Helpline for unwanted sexuality” es una línea de ayuda a la que las personas preocupadas por sus propios pensamientos o acciones sexuales pueden llamar de forma anónima para obtener apoyo y, si es necesario, tratamiento adicional. **Disponible aquí**

En el Reino Unido e Irlanda, “Stop it now” ofrece una línea de ayuda y asesoramiento confidencial para personas con pensamientos sexuales sobre niños. **Disponible aquí**

Este tipo de mecanismos deberían existir para asistir a las personas antes de que cometan un delito sexual contra un niño, niña o adolescente, y formar parte de las medidas de prevención para aplicar el Protocolo Facultativo.

En cuanto al segundo aspecto del lado de la demanda, debe prestarse atención, por ejemplo, a los desequilibrios socioeconómicos y al hecho de que los niños, niñas y adolescentes que viven en circunstancias desfavorecidas o pobres pueden correr un mayor riesgo de convertirse en víctimas de la venta y la explotación sexual. Se necesitan estructuras de apoyo para las familias y los niños en tales situaciones para reducir los riesgos de venta y explotación sexual.

⁹⁴ ECPAT International, Definición de la demanda de explotación sexual infantil, 2016. Disponible en: https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2016/10/Demand-Summary-Paper_1.pdf

⁹⁵ Así lo establece también el Convenio de Lanzarote, en su artículo 7.

Por último, el tercer aspecto del lado de la demanda se refiere a las construcciones de género, sociales, culturales, económicas e institucionales más amplias de la sociedad, en las que se produce la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes. La prevención con respecto a este aspecto implica una perspectiva más a largo plazo y el cambio de mentalidades, y a veces incluso de comportamientos sociales y culturales duraderos. Implica potenciar la igualdad de género y los derechos de los niños, pero también abordar cuestiones como la actual hipersexualización de las niñas en muchos países, por la que los niños son representados de forma sexual o como objetos sexuales⁹⁶ en los medios de comunicación, en los anuncios publicitarios y a través de otros canales.

33

El Comité recomienda a los Estados partes que adopten todas las medidas necesarias para detectar, apoyar y supervisar a los niños que corren el riesgo de ser víctimas de los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo, especialmente los niños en situaciones de vulnerabilidad, y que refuercen los programas de prevención y la protección de las posibles víctimas. A tal fin, los Estados partes deben:

- (a) Realizar estudios destinados a analizar y evaluar la naturaleza, el alcance, las causas profundas y las consecuencias para los niños de los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo a fin de elaborar y adoptar medidas legislativas, normativas y administrativas eficaces y selectivas para prevenirlos;*
- (b) Brindar protección social y apoyo financiero, incluidas actividades generadoras de ingresos, para permitir el empoderamiento económico de las familias vulnerables;*
- (c) Prevenir y eliminar todas las prácticas nocivas y prestar especial atención a aquellas que pueden equivaler a la venta, o a la explotación o abuso sexuales de niños, como el matrimonio infantil. La prevención de las prácticas nocivas requiere una perspectiva de género, para asegurar que se aborden de manera adecuada las diferentes prácticas que afectan a los niños y a las niñas;*
- (d) Asegurarse de que los agentes pertinentes del sector privado desempeñen un papel proactivo para prevenir y combatir los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo*

En este párrafo, el Comité ofrece algunas orientaciones más específicas con respecto a las acciones de prevención necesarias, reconociendo también la necesidad de realizar más investigaciones y estudios que analicen los diferentes aspectos de la venta y la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes. Esto incluye la comprensión del vínculo entre la causa y las consecuencias de estos delitos y el desarrollo de programas sociales para mitigar o prevenir los delitos antes de que se produzcan.

En el apartado 33(b) se menciona la protección social y el apoyo financiero, como las actividades generadoras de ingresos para las familias, como una forma de prevención. De hecho, este apoyo puede suponer una gran diferencia, al permitir a los padres mantener a sus hijos seguros en casa y evitar separaciones familiares innecesarias, por las que los niños pueden estar más expuestos a los riesgos de venta y explotación.

La vulnerabilidad económica es también a veces una razón por la que las jóvenes son obligadas a casarse cuando todavía son niñas, ya que esto puede reducir la carga económica de las familias ya vulnerables.

⁹⁶ Ver, por ejemplo, la Red Canadiense de Salud de la Mujer, "Hypersexualisation of young girls, why should we care?". Disponible en: <http://www.cwhn.ca/en/hypersexualizationprimer>

Por último, el Comité señala que también en la prevención de la venta y la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes, el sector privado tiene un papel potencialmente importante que desempeñar. Una primera medida a este respecto sería garantizar que exista la obligación legal de que cualquier persona, incluidas las personas jurídicas (como las empresas privadas), que tenga información fiable sobre la preparación o el intento de cometer un acto prohibido por el Protocolo Facultativo, lo comunique rápidamente a las fuerzas del orden.

En los párrafos siguientes se prestará especial atención a la industria del turismo y los viajes, así como al entorno en línea.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS REGIONALES

En abril de 2018, el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos del Niño y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos adoptaron su primera Observación General conjunta sobre la eliminación del matrimonio infantil con el fin de acelerar la lucha contra este fenómeno en la región africana. En ella se describen las medidas legislativas, institucionales y de otra índole que deben adoptar los Estados Partes para hacer efectiva la prohibición del matrimonio infantil y proteger los derechos de quienes corren el riesgo de contraerlo o se ven afectados por él. El ámbito de aplicación de la Observación General abarca a los niños, niñas y adolescentes que contraen matrimonio infantil, a quienes que corren el riesgo de contraer matrimonio infantil y a las mujeres que se casaron antes de cumplir los 18 años. **Disponible aquí**

34

Como medida general importante para prevenir la venta y la explotación y el abuso sexuales de niños, los Estados partes deben exigir que se examine a todas las personas que soliciten un trabajo en el que estarán en contacto directo con estos.

Parte de un programa integral de prevención de la explotación y el abuso sexual de los niños, niñas y adolescentes implica la selección y supervisión de aquellas personas cuyo empleo o trabajo voluntario las pone en contacto directo con las personas menores de edad. Dicha selección puede realizarse, por ejemplo, solicitando a todos los empleados y voluntarios, así como a todos los postulantes, que no tengan antecedentes penales.

Estos requisitos deben aplicarse a todos, sin discriminación. Lo que significa que tanto las mujeres como los hombres deben presentar los mismos documentos, independientemente de sus puestos de trabajo anteriores o de su experiencia. El hecho de que alguien haya trabajado antes con niños no significa que deba estar exento de este requisito. Todavía no existen directrices internacionales sobre las mejores prácticas en esta materia para las empresas, ni tampoco para las ONGs que contraten voluntarios o empleados internacionales; en ese sentido, las prácticas actuales varían mucho y a menudo son ad hoc.

Los Estados que han ratificado la CDN y el OPSC tienen la obligación legal de establecer un marco que permita una mejor protección de todos los niños y promueva su participación y bienestar. Un buen indicador del cumplimiento de esta obligación por parte de los Estados sería el establecimiento de un marco legal que obligue a todos los actores/instituciones privadas que trabajen con niños, que proporcionen educación y/u otros servicios a los niños, o que cuiden de los niños (cuidado alternativo, cuidado fuera del hogar) a desarrollar, aplicar y supervisar las medidas o políticas de salvaguardia/protección de los niños en línea con las normas internacionales, destinadas a prevenir y responder a la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes.

Al respecto, los registros de delincuentes sexuales se han presentado a veces como un buen medio para que los Estados impidan que las personas condenadas por delitos sexuales trabajen cerca de los niños y, por tanto, eviten la reincidencia. En los distintos Estados partes hay una gran variedad de normas y prácticas sobre el registro de delincuentes sexuales, por ejemplo, en lo que respecta al tipo de delitos sexuales que justifican el registro del criminal.⁹⁷ El acceso al registro también difiere de un país a otro, desde el exclusivo para la policía, el servicio de libertad condicional y el personal del servicio penitenciario⁹⁸ hasta el abierto para el público.

No obstante, los registros de delincuentes sexuales condenados podrían crear una falsa sensación de seguridad y, según algunas investigaciones, el hecho de contar con registros exclusivamente policiales (por ejemplo, en el Reino Unido, Canadá y Australia) reduce la reincidencia de los delincuentes sexuales, mientras que hacer pública la información sobre los delincuentes sexuales en realidad aumenta los índices de reincidencia.⁹⁹ Otras investigaciones no respaldan la afirmación de que el registro obligatorio haga más segura a la sociedad.¹⁰⁰

Cuando se utilicen estos registros, se debe regular el acceso a ellos, así como el uso de la información que contienen. En particular, en lo que respecta a los registros de delincuentes sexuales juveniles, los Estados partes deben introducir normas que permitan eliminar automáticamente de los registros penales el nombre de una persona menor de edad que haya cometido un delito al cumplir los 18 años. En el caso de determinados delitos de naturaleza especialmente grave, la eliminación podría ser posible bajo ciertas condiciones (por ejemplo, no haber cometido un delito en los dos años siguientes a la última condena).¹⁰¹

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

El Reino Unido ha creado un Certificado Internacional de Protección de la Infancia para ayudar a proteger a los niños de los delincuentes que viajan al extranjero para abusar de los niños vulnerables a través del empleo, el voluntariado y las obras de caridad. El ICPC confirma si una persona tiene o no antecedentes penales y proporciona detalles, incluidos los datos pertinentes sobre condenas y no condenas. **Disponible aquí**

⁹⁷ La Ley de Delincuentes Sexuales de Irlanda de 2001, por ejemplo, adapta la duración del registro a la gravedad de la condena.

⁹⁸ Véase, por ejemplo, el Registro de Delincuentes Violentos y Sexuales del Reino Unido en virtud de la Ley de Delitos Sexuales.

⁹⁹ J.J. Prescott y J.E. Rockoff, "Do sex offenders registration and notification laws affect criminal behavior?" en: *Journal of Law & Economics*, Vol. 54, No. 1 (2011), p. 161-206, disponible en: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1079&context=articles>

¹⁰⁰ ATSA, Restricciones de residencia para delincuentes sexuales, 2014, disponible en: <http://www.atsa.com/sexual-offender-residence-restrictions>. Tampoco hay investigaciones que respalden que la proximidad de los delincuentes sexuales adultos a las escuelas o los parques conduzca a la reincidencia.

¹⁰¹ Observación General nº 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, UN Doc. CRC/C/GC/10, párrafos 66 y 67, disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ffd3c112>

B. Prevención de la venta y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en el contexto de los viajes y el turismo

35

Las investigaciones han demostrado que, si bien los niños corren el riesgo de ser víctimas de explotación y abuso sexuales por parte de delincuentes que viajan y cruzan fronteras para cometer abusos premeditados, también corren el riesgo de ser víctimas de delincuentes que viajan por negocios o turismo en sus propios países, así como de delincuentes “oportunistas”, que tal vez no hayan planeado cometer un delito sexual antes de emprender el viaje. La adopción ilegal también puede ser cometida utilizando la tapadera o el pretexto de los viajes y el turismo.

La explotación sexual de niñas, niños y adolescentes en el contexto de los viajes y turismo (ESNNA-VT) es un tema que preocupa cada vez más. El Estudio global sobre la explotación sexual de los niños en los viajes y el turismo,¹⁰² publicado en 2016, aportó algunas ideas muy importantes que los Estados deben tener en cuenta a la hora de estudiar medidas de prevención:

Las distinciones entre países de “origen”, “tránsito” y “destino” se están volviendo borrosas y obsoletas, ya que los países pueden ser cualquiera de ellos, o los tres, en diferentes momentos. La ESNNA-VT es ahora principalmente un delito interno e intrarregional, cometido tanto en los países más desarrollados como en los menos desarrollados del mundo.

El turismo ha experimentado un crecimiento extraordinario en los últimos 20 años, y el número de llegadas de turistas internacionales se ha disparado de 527 millones en 1995 a 1.135 millones en 2014. Aunque el desarrollo del turismo puede contribuir al bienestar económico, los datos recogidos para el Estudio Global sugieren que la fiebre por los dólares de los turistas supone una amenaza para los niños en ausencia de medidas que garanticen su protección.

Este crecimiento mundial ha ido de la mano con formas de desplazamiento y turismo cada vez más variadas. Han proliferado nuevas formas de viajar, como el turismo vinculado al voluntariado (“voluntarismo”) y los acuerdos de alojamiento entre pares. Esto ha multiplicado las oportunidades y los lugares disponibles para los delincuentes y, por tanto, el riesgo para los niños.

Al mismo tiempo, los avances en Internet y la tecnología móvil han contribuido en gran medida a la ESNNA-VT, permitiendo el anonimato y las vías ocultas para el contacto directo entre delincuentes y víctimas. El sector privado debe desempeñar un papel fundamental en la búsqueda de soluciones al ESNNA-VT, desde la prevención hasta la sensibilización, y desde la denuncia hasta el bloqueo de las vías explotadas por los delincuentes.

El Estudio Mundial descubrió que los niños de grupos minoritarios, los varones y los niños pequeños son mucho más vulnerables de lo que se creía, junto con las niñas y los niños que viven en la pobreza. Aunque las víctimas proceden de una gran variedad de entornos, suelen tener algo en común: su vulnerabilidad.

La ESNNA-VT se ha vuelto más compleja y en ella participan no sólo los turistas internacionales y nacionales, sino también los viajeros de negocios, los trabajadores migrantes/transitorios y los “turistas voluntarios” que pretenden explotar a niños, niñas y adolescentes.

¹⁰² Agresores en marcha: estudio global sobre la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes en el contexto de viajes y turismo.

36

Estas conclusiones implican que es necesario que los Estados amplíen el alcance de las leyes, las políticas, los mecanismos de recopilación de datos, las investigaciones y los programas sobre la venta y la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes para incluir una consideración adecuada del sector de los viajes y el turismo en el ámbito de dichos marcos.

A fin de prevenir esos delitos en el contexto específico de los viajes y el turismo, los Estados partes deben:

- (a) Realizar actividades de sensibilización y promoción con el sector de los viajes y el turismo para llamar la atención sobre los efectos nocivos de la venta y la explotación sexual de niños en el mencionado contexto, entre otras formas difundiendo ampliamente y alentando la firma del Código Ético Mundial para el Turismo de la Organización Mundial del Turismo y promoviendo el Código de Conducta para la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual en el Turismo y la Industria de Viajes;*
- (b) Intensificar la colaboración con los interesados en el sector de los viajes y el turismo y garantizar que la industria asuma su responsabilidad mediante, por ejemplo, la adopción y aplicación de políticas y estrategias empresariales específicas para prevenir la venta y la explotación sexual de niños en el contexto de los viajes y el turismo. Los agentes que intervienen en los viajes y el turismo, como los proveedores de alojamiento, las agencias de viajes, los operadores turísticos, las empresas de transporte, las líneas aéreas, los bares y los restaurantes, a menudo se convierten, consciente o inconscientemente, en intermediarios en la comisión de esos delitos, y deben desempeñar un papel proactivo para prevenir y combatir la explotación sexual de niños;*
- (c) Forjar alianzas con empresas de TIC que puedan liderar el desarrollo de soluciones de base tecnológica para combatir la venta y la explotación sexual de niños en el contexto de los viajes y el turismo, como el bloqueo de pagos por delitos conexos y nuevas técnicas de seguimiento de los pagos para socavar el modelo de negocio de los delincuentes y sus intermediarios;*
- (d) Estudiar la posibilidad de adoptar medidas para impedir que los delincuentes pedófilos condenados reincidan en otros países, por ejemplo mediante el intercambio transfronterizo de información y la imposición de restricciones de viaje a los delincuentes condenados.*

El carácter transnacional de estos delitos hace que sea importante considerar medidas para evitar que los delincuentes sexuales condenados reincidan en otros países, por ejemplo, mediante el intercambio sistemático de información entre las autoridades a través de las fronteras y/o a través de organizaciones como INTERPOL y Europol. Además, es fundamental que exista una jurisdicción extraterritorial y que los presuntos delincuentes puedan ser juzgados, pese a que el delito se haya cometido en el extranjero.

El ICMEC subraya la relación entre la desaparición de niños y la explotación y los abusos sexuales. No existe una definición universal de niño desaparecido. En muchos países, ni siquiera se dispone de estadísticas al respecto y, lamentablemente, incluso las estadísticas disponibles pueden ser inexactas debido a la falta de notificación o de reconocimiento, a la introducción incorrecta de la información de los casos en las bases de datos y a la eliminación de los registros una vez cerrado el caso. La falta de cifras, y la discrepancia en las cifras que existen, es una de las razones clave por las que el ICMEC desarrolló y defiende la Estructura Modelo para la Respuesta integral a casos de niños, niñas y adolescentes desaparecidos, que ayuda a los países a crear respuestas nacionales sólidas y completas, y facilita investigaciones, gestión y resolución más eficientes de estos casos.

En relación con este contexto, también existe una creciente preocupación por lo que se ha denominado “turismo de orfanato”. Este término se refiere a la práctica de personas (a menudo jóvenes) de ir al extranjero por un período corto, por ejemplo, durante las vacaciones, para ser voluntarios en un orfanato, la mayoría de las veces en la parte del mundo en desarrollo. Cada vez hay más pruebas de que esta práctica puede dar lugar a la venta y explotación de niños, niñas y adolescentes.¹⁰³

SUGERENCIAS DE RECURSOS

ICMEC, Estructura Modelo para la Respuesta integral a casos de niños desaparecidos. El documento esboza una estrategia nacional sólida y polifacética para los niños desaparecidos e incluye disposiciones legislativas, políticas, prácticas, sistemas, mecanismos, herramientas y otras iniciativas clave. Representa una mejor práctica y un paso importante para cambiar la forma en que la comunidad internacional responde cuando un niño desaparece. [Disponible aquí](#)

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRACTICAS

El Gobierno australiano lanzó en 2018 “La campaña de voluntariado inteligente” para evitar que los australianos contribuyan inadvertidamente a la explotación de niños, niñas y adolescentes mediante la práctica del turismo de orfanatos, incluso participando en programas de voluntariado engañosos. [Disponible aquí](#)

C. Prevención de la venta y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes por medios electrónicos

37

Los Estados partes deben prevenir y combatir la venta y la explotación y el abuso sexuales de niños por medios electrónicos utilizando sus medidas de aplicación. Deben evaluarse los marcos jurídicos y normativos nacionales para garantizar que abarquen adecuadamente todas las manifestaciones de la venta y de la explotación y el abuso sexuales de niños, también cuando esos delitos se cometan o se faciliten mediante la TIC.

La venta en línea, la explotación sexual y el abuso sexual son fenómenos que van en aumento y que necesitan una atención especial.¹⁰⁴ Para hacer frente a estos delitos también cuando se cometen o facilitan a través de las TIC, los Estados Partes deben integrar consideraciones específicas para prevenir y abordar la venta, la explotación sexual y el abuso de los niños, niñas y adolescentes en línea en sus políticas nacionales de protección de la infancia o en su PAN sobre la protección de los niños. Los marcos jurídicos nacionales también deben ser evaluados para garantizar una cobertura adecuada respecto a todas las manifestaciones de la venta, la explotación sexual y el abuso, incluso cuando se cometen a través de o son facilitadas por las TIC.¹⁰⁵

¹⁰³ Ver por ejemplo: C.H. Zeanah et al., “Misguided altruism: the risks of orphanage volunteering”, en: *The Lancet Child & Adolescent Health*, Vol. 3, No. 7, September 2019, p. 592 – 593; K.S. Rotabi et al., “Altruistic exploitation: orphan tourism and global social work”, en: *British Journal of Social Work*, Vol. 47, 2016, p. 648-665.

¹⁰⁴ Véanse los resultados de las cumbres “We Protect” celebradas en Londres (2014) y Abu Dhabi (2015), el informe de la DGD de 2014 del Comité, el informe del ACNUDH ADRC 2016.

¹⁰⁵ Véase también el Dictamen Interpretativo del Comité de Lanzarote sobre la aplicabilidad del Convenio de Lanzarote a los delitos sexuales contra los niños facilitados mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), adoptado en mayo de 2017. Disponible en: <https://rm.coe.int/t-es-2017-03-en-final-interpretative-opinion/168071cb4f>

Una importante medida de prevención es garantizar que exista la obligación legal de que cualquiera, incluidas las personas jurídicas, que tenga información fiable sobre la preparación o el intento de cometer un acto prohibido por la OPSC, lo denuncie rápidamente a las fuerzas del orden. Es probable que la detección eficaz de estos delitos que se producen en el entorno digital sólo pueda lograrse con la estrecha colaboración de los agentes del sector privado y de la sociedad civil. Aunque no se conozca la información exacta sobre el autor o las circunstancias del delito, la información puede resultar crucial para identificar a las víctimas y/o a los delincuentes y evitar nuevos casos. La falta de denuncia debería conllevar sanciones.

38

Hay que llevar a cabo análisis, investigaciones y controles específicos para el entorno digital con el fin de comprender mejor esos delitos, y las respuestas a los delitos cometidos por medios electrónicos deben elaborarse en estrecha colaboración con las industrias y organizaciones pertinentes.

Es necesario un enfoque proactivo de la industria de las TIC para prevenir la delincuencia en línea, y los Estados deberían fomentar y apoyar la cooperación específica con las empresas que trabajan en el desarrollo de soluciones nuevas e innovadoras para el seguimiento de los delitos sexuales en línea..

EJEMPLOS CONCRETOS DE BUENAS PRÁCTICAS

Un ejemplo de iniciativa privada para detectar material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes en línea es la tecnología desarrollada por Netclean, que funciona de forma similar a un programa antivirus. El software puede instalarse en cualquier ordenador o red y detectará todas las imágenes y vídeos que las fuerzas del orden hayan clasificado como material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes. **Disponible aquí**

WeProtect Global Alliance es una plataforma internacional de múltiples partes interesadas en la que participan los gobiernos, las fuerzas del orden, la industria tecnológica, la sociedad civil y las organizaciones internacionales para combatir el abuso sexual de niños, niñas y adolescentes en línea. **Disponible aquí**

39

Los programas de educación pública destinados a aumentar la concienciación, el conocimiento y la denuncia de los casos de venta y de explotación y abuso sexuales de niños deben incluir una dimensión específica del entorno digital, y la capacitación especializada que se imparta a los agentes del orden, los abogados y los profesionales de la fiscalía y la judicatura debe incluir componentes específicos sobre cuestiones digitales, pero también sobre instrumentos informáticos para facilitar las técnicas de identificación de las víctimas y las operaciones de rescate.

EJEMPLOS CONCRETOS DE BUENAS PRÁCTICAS

En los Estados Unidos de América, El Grupo de Trabajo de Delitos Contra Menores por Internet (ICAC por sus siglas en inglés) es una red nacional de 61 grupos de trabajo coordinados que representan a más de 4.500 organismos policiales y fiscales federales, estatales y locales. Estos organismos participan continuamente en investigaciones proactivas y reactivas y en el enjuiciamiento de personas implicadas en el abuso y la explotación de menores a través de Internet. El ICAC ofrece formación, seminarios web y acceso a la biblioteca de recursos de los grupos operativos del ICAC. **Disponible aquí**

Europol organiza anualmente capacitaciones de 10 días de duración sobre la lucha contra la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en línea (COSEC), en las que participan representantes de las fuerzas del orden de los Estados miembros de la UE, de los Estados no pertenecientes a la UE, de Europol y de INTERPOL. En 2018, la 19ª formación tuvo lugar en la Academia de Policía de Renania del Norte-Westfalia en Selm (Alemania). La capacitación COSEC tiene como objetivo ampliar la comunidad de investigadores que luchan contra el abuso y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes. Desde su primera edición en el año 2000, casi 1000 funcionarios de las fuerzas del orden han realizado el curso, que abarca investigaciones de fuentes abiertas, análisis forenses, identificación de víctimas e investigaciones financieras. **Disponible aquí**

40

Los Estados partes deben:

- (a) Informar, apoyar e involucrar a los padres, profesores y otros cuidadores para que puedan apoyar, aconsejar y proteger a los niños cuando acceden a la TIC y la utilizan, y puedan ayudarlos a desarrollar la capacidad de adoptar estrategias de seguridad y de respuesta en el entorno digital;*
- (b) Garantizar la educación escolar obligatoria sobre el comportamiento y la seguridad digitales para aumentar la capacidad de los niños de protegerse mejor a sí mismos (y a sus compañeros) de los perjuicios, ayudándoles a evitar los riesgos que puedan encontrar y a reaccionar adecuadamente ante ellos, y a utilizar los instrumentos de denuncia digitales cuando sea necesario;*
- (c) Proporcionar información significativa, que tenga en cuenta las necesidades del niño y las cuestiones de género, sobre cómo se recopilan, almacenan, utilizan y comparten potencialmente con otros los datos de los niños, así como sobre las estrategias de protección, incluidas las formas de proteger los datos personales y de utilizar mecanismos de alerta oportunos y eficaces;*
- (d) Alentar, involucrar y empoderar a los niños para que compartan sus propias ideas y conocimientos sobre comportamientos de explotación y las formas de denunciarlos y ponerles fin, y tener en cuenta sus propuestas en las estrategias de prevención y protección;*
- (e) Garantizar la existencia de servicios y conocimientos técnicos adecuados y eficaces, que puedan dar una respuesta rápida siempre que un niño o un adulto denuncie un comportamiento sospechoso o casos de explotación o abuso sexuales de niños en el entorno digital.*

Aunque a menudo existe la expectativa general de que los adultos, por ejemplo, los padres/madres y los profesores, supervisen a los niños, niñas y adolescentes para mitigar los riesgos en línea, los Estados partes también tienen la obligación, en virtud del OPSC, de proteger a los niños de la venta y la explotación sexual que se producen en línea. Esto es particularmente importante a la luz de las investigaciones que demuestran que los miembros de la familia y las personas del círculo de confianza del niño suelen estar involucrados en la explotación y el abuso sexual.¹⁰⁶

Por lo tanto, los Estados pueden trabajar eficazmente para prevenir los delitos en línea asegurando que se proporcione información adecuada y actualizada a los niños, a los padres y a las personas que trabajan en contacto con ellos. Estos materiales también pueden desarrollarse y estar disponibles en línea, para aprovechar y potenciar las habilidades digitales de los niños, niñas y adolescentes, y también para aprender más sobre cómo pueden protegerse a sí mismos y a sus compañeros de los delincuentes que operan en línea, y para que comprendan las oportunidades y los retos que puede ofrecer el entorno digital.

Es importante destacar que muchos padres cuyos hijos son víctimas de los delincuentes en línea subestiman los riesgos que existen en este contexto al igual que minimizan la manera en la que sus hijos utilizan Internet y, en particular, las redes sociales. A este respecto, existe a veces una brecha considerable entre los adultos y sus hijos, que han sido etiquetados como “nativos digitales”¹⁰⁷ y que pasan gran parte de su tiempo conectados en línea.¹⁰⁸

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Gerison Lansdown, Strengthening child agency to prevent and overcome maltreatment, Child Abuse & Neglect, Volume 110 Part 1 December 2020 (disponible sólo en inglés)

41

Teniendo en cuenta que el material que muestra abusos sexuales de niños, como las imágenes y los vídeos, puede circular indefinidamente en Internet, el Comité advierte a los Estados partes de que la circulación continuada de ese material, además de perpetuar el daño causado a los niños víctimas, contribuye a que se perciba al niño como un objeto sexual y crea el riesgo de reforzar entre las personas que tienen un interés sexual en niños la creencia de que es algo “normal”, ya que muchas otras comparten el mismo interés. Por consiguiente, el Comité insta a los Estados partes a que se aseguren de que los proveedores de servicios de Internet controlen, bloqueen y eliminen dicho contenido lo antes posible como parte de sus medidas de prevención.

En este apartado, el Comité expresa su firme opinión de que los Estados deben redoblar sus esfuerzos para garantizar que los proveedores de servicios de Internet (PSI) y otras entidades que prestan servicios en línea contribuyan de forma proactiva a impedir que el material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes circule en línea. La inmensa cantidad de material de este tipo que existe en línea corre el riesgo de promover una corriente subterránea en la que los niños y niñas son percibidos como objetos sexuales, y de reforzar la creencia de que es algo “normal”, ya que muchos comparten el mismo interés por ellos.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Ver Comité de Lanzarote, 1er Informe de aplicación, Protección de los niños contra los abusos sexuales en el círculo de confianza.

¹⁰⁷ Marc Prensky, “Digital Natives, Digital Immigrants” en: On the Horizon, Vol. 9 No. 5, p. 1-6.

¹⁰⁸ Sin embargo, el concepto de “nativo digital” también ha sido criticado. Véase, por ejemplo: P.A. Kirschner y P. De Bruyckere, “The myths of the digital native and the multitasker” in: Teaching and Teacher Education, , Vol. 67, octubre de 2017, p. 135-142.

¹⁰⁹ Ver A/69/264, párrafo 96.

Aunque legislar sobre esta cuestión plantea problemas potenciales en relación con la privacidad y el secreto de las comunicaciones, así como con la capacidad real de los proveedores de servicios de Internet (en particular de los más pequeños) para llevar a cabo controles eficaces, estas cuestiones requieren una mayor atención por parte de los Estados partes. La responsabilidad de respetar los derechos del niño también se aplica a los actores privados y a las empresas comerciales y, en particular, a los actores privados de la industria de Internet que prestan u operan servicios a través de jurisdicciones nacionales.¹¹⁰

42

El Comité señala a la atención de los Estados partes la necesidad de que los niños aborden la cuestión del “sexteo”, por el que el contenido sexual autogenerado se envía a través del teléfono móvil a otras personas. El sexteo a menudo parece ser un producto de la presión que ejercen los jóvenes entre ellos y, hasta cierto punto, los adolescentes consideran cada vez más que se trata de una práctica “normal”. Si bien esta conducta en sí misma no es necesariamente ilegal o ilícita, entraña una serie de riesgos. Las imágenes sexualizadas de los niños pueden propagarse fácilmente en el entorno digital o fuera de él más allá o en contra de la voluntad del niño, pueden ser muy difíciles de eliminar y pueden utilizarse en el contexto de la intimidación y la extorsión sexual, lo que puede tener consecuencias graves y traumáticas para los niños, incluido el suicidio. Esta compleja cuestión requiere una atención cuidadosa, y el Comité alienta a los Estados partes a que establezcan marcos jurídicos claros que protejan a los niños y, mediante una labor de prevención, velen por que se los eduque al respecto y se les conciencie de la gravedad de difundir imágenes de los demás y de sí mismos.

EJEMPLOS CONCRETOS DE BUENAS PRÁCTICAS REGIONALES

En un Dictamen aprobado en junio de 2019 sobre las imágenes y/o vídeos representando a niños sexualmente sugerentes o explícitos generados, compartidos y recibidos por niños, niñas y adolescentes, el Comité de Lanzarote ofrece orientaciones sobre cómo abordar los retos que plantea el sexteo o sexting. En particular, el Comité sostiene que:

1. Cuando los niños son manipulados o coaccionados para generar y compartir imágenes y/o vídeos sexualmente sugerentes o explícitos de ellos mismos, deben ser dirigidos a la ayuda a las víctimas y no ser sometidos a un proceso penal;
2. La conducta de los niños (autogeneración, intercambio, recepción y posesión de imágenes) no equivale a la “producción, posesión, ofrecimiento o puesta a disposición, distribución o transmisión, obtención o acceso a sabiendas de pornografía infantil” cuando está destinada únicamente a su uso privado;
3. Los niños sólo deberían ser perseguidos penalmente por conductas intencionadas relacionadas con la “pornografía infantil” como último recurso, y debería darse prioridad a métodos más apropiados para tratar su comportamiento perjudicial (por ejemplo, medidas educativas o asistencia terapéutica).

El dictamen del Comité de Lanzarote está **disponible aquí**

¹¹⁰ Consejo de Derechos Humanos, Resolución A/HRC/RES/31/7, Derechos del niño: las tecnologías de la información y las comunicaciones y la explotación sexual infantil, 23 de marzo de 2016, párrafo 19. Véase también Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 25 (2021), párrafos 55 y 56.

V. Irohibición de los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo

43

La aplicación del artículo 3 del Protocolo Facultativo requiere la aprobación de legislación penal sustantiva que prohíba todos los delitos incluidos en el Protocolo Facultativo. El Comité reconoce que el cumplimiento del artículo 3 es una cuestión respecto de la cual cada Estado parte debe examinar las particularidades de su ordenamiento jurídico y su práctica nacionales.

Al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité ha observado que estos se enfrentan a retos similares en sus esfuerzos por aplicar el artículo 3. En esta sección se abordan dichos retos con más detalle y se formulan Sugerencias para que los Estados Partes garanticen el pleno cumplimiento del Protocolo Facultativo.

44

Se pide a los Estados partes que se aseguren de que, como mínimo, los actos y actividades incluidos en la lista que figura en el artículo 3 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. El Comité alienta a los Estados partes a que introduzcan nuevas disposiciones en su legislación penal para garantizar que también puedan hacer frente adecuadamente a los delitos sexuales cometidos contra niños cuando se utilicen nuevos medios y modalidades para cometerlos.

Esto representa una de las recomendaciones más importantes de las Directrices. Deja claro que el Comité está preocupado por las posibles lagunas en los marcos jurídicos de los Estados Partes que pueden dificultar una protección eficaz de los niños, niñas y adolescentes contra la venta y la explotación sexual. El estímulo para introducir nuevas disposiciones en el derecho penal subraya no sólo el hecho de que el Protocolo establece obligaciones mínimas, sino también la necesidad de abordar los nuevos desarrollos en el campo de la explotación sexual que no están explícitamente cubiertos por el Protocolo, como el grooming y la extorsión sexual (véase en adelante los párrafos 67 y 68).

Se refiere principalmente a la creciente utilización de las TIC para cometer y facilitar los delitos contemplados en el OPSC. No obstante, no debe considerarse que se limita estrictamente a las TIC, sino que es un estímulo para evaluar la forma en que se cometen la venta y la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes y la forma de garantizar un amplio sistema de protección que prohíba cualquier forma que adopten estos delitos.¹¹¹

Aunque el Comité menciona los “delitos sexuales” en particular en el párrafo 44 de las Directrices, cabe recordar que la venta de niños también puede producirse con fines distintos de la explotación sexual (por ejemplo, transferencia de órganos, adopciones ilegales, contratos deportivos, etc.). Por lo tanto, sería importante que los Estados reconocieran que los actos y las actividades que no constituyen delitos sexuales contra los niños, pero que de todos modos constituyen delitos en virtud del OPSC, se traten de la misma manera y que también se aborden los nuevos medios y modalidades para cometer tales actos.

¹¹¹ A este respecto, ver también el Dictamen interpretativo del Comité de Lanzarote sobre la aplicabilidad del Convenio de Lanzarote a los delitos sexuales contra los niños facilitados mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), en particular el apartado 13. Disponible en: <https://rm.coe.int/t-es-2017-03-en-final-interpretative-opinion/168071cb4f>

EL CONSEJO DEL GTI

Recordar que el Protocolo Facultativo establece unas normas mínimas, y que los Estados pueden ir más allá en la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a todas las formas de venta y explotación sexual, en particular teniendo en cuenta el creciente uso de las TIC para cometer y facilitar estos delitos.

45

El Comité recuerda a los Estados partes que, de conformidad con el artículo 3, párrafo 2, del Protocolo Facultativo, las tentativas de cometer cualquiera de esos actos y la complicidad o participación en cualquiera de ellos también deben estar comprendidas en su legislación penal.

Se trata de un recordatorio a los Estados partes de que la obligación de penalizar los delitos contemplados en el OPSC se aplica también a las tentativas de cometer dichos delitos, o a cualquier tipo de papel subsidiario en la comisión de los mismos, como la complicidad o la participación. Además, las recomendaciones que el Comité hace con respecto a la criminalización en sus Directrices, incluyendo el estímulo para asegurarse de que cualquier uso de las TIC para cometer o facilitar los delitos del OPSC esté cubierto por las leyes penales, también deberían aplicarse a las tentativas, la complicidad y la participación.

El artículo 3, párrafo 2, del Protocolo Facultativo no define lo que constituye una “tentativa”, lo que significa que se deja en manos de los Estados partes definir en sus legislaciones penales nacionales qué tipos de conducta equivalen a una.

La tentativa de cometer un delito penal suele definirse como un conjunto de tres elementos: 1) la intención de cometer el acto que constituye una infracción penal (por ejemplo, un plan o preparación para cometerlo); 2) una conducta que constituye un paso sustantivo hacia la realización del acto relevante (es decir, el inicio de la ejecución del acto), y 3) la no realización del acto relevante (es decir, la terminación no voluntaria del acto antes de que se haya completado un delito real).

El segundo elemento, relativo a los pasos sustantivos para completar el delito, puede estar más o menos desarrollado, y algunos Estados exigen que se den pasos materiales además de cualquier plan premeditado, mientras que en otras jurisdicciones puede bastar con un plan detallado del acto a realizar.

En lo que respecta a la venta y explotación sexual de niños, el hecho de ponerse en contacto con un niño o una niña con el fin de explotarlo/a sexualmente y/o abusar de él o de ella debería considerarse ya como una tentativa de delito.

Para la complicidad y la participación se aplican consideraciones similares. Estos términos no están definidos por el Protocolo Facultativo y se deja a las leyes penales nacionales especificar su definición exacta. Sin embargo, deben tenerse en cuenta las diferencias entre estos dos términos:

Si alguien participa en el acto de cometer un delito (actus reus) significa que es coautor y debe, si se prueban los cargos, ser castigado como autor. En los casos en los que la participación y la conducta delictiva varían entre los delincuentes, puede surgir la cuestión de quién debe ser considerado responsable de qué (parte del) delito, y en qué grado debe ser considerado responsable. Además del delincuente o delincuentes principales, que están detrás del delito, puede haber otros delincuentes participantes que cometen intencionadamente sus propios actos delictivos independientes y/o vinculados.

La complicidad es el acto de ayudar o animar a otro individuo a cometer un delito. Alguien es cómplice si ha sido intencionadamente útil en la comisión de un delito o si ha proporcionado intencionadamente una oportunidad, medios o información para la comisión de un delito.

Este último elemento puede ser especialmente relevante en el contexto de la venta y explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, ya que la complicidad también puede consistir en proporcionar los medios para la comisión de un delito. La intención de hacerlo puede ser deliberada, pero también puede consistir en no impedir la comisión del delito. Como ha señalado el Comité en otras partes de las Directrices,¹¹² las personas jurídicas (por ejemplo, los agentes del sector privado) cuyos locales y/o medios (tecnológicos) son utilizados por los delincuentes sexuales para cometer delitos contra los niños, niñas y adolescentes y que no adoptan medidas para impedir dichos delitos, deben ser consideradas cómplices.

46

La venta de niños se define en el Protocolo Facultativo como 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 (art. 2 a)). Puede implicar el traslado de un niño a otro lugar, pero no necesariamente. La “remuneración o cualquier otra retribución” es el elemento central de la venta de un niño, y el pago de dinero suele formar parte del intercambio. Aunque no se especifica quién debe recibir la remuneración, lo más probable es que sea la persona o el grupo que transfiere al niño. Sin embargo, puede haber otras razones o consideraciones implicadas en la venta de un niño, tales como el pago de una deuda por parte de los padres, una promesa por parte de la otra persona de que el niño recibirá educación o formación profesional, u otro tipo de ofrecimientos de un futuro mejor.

En este apartado, el Comité señala que el elemento central de la venta de un niño, niña o adolescente es la “remuneración o cualquier otra forma de contraprestación” que conlleva el intercambio. A este respecto, es fundamental señalar que una promesa (por ejemplo, de un futuro mejor, de educación, etc.) puede constituir una forma de “contraprestación”.

Al señalar esto, el Comité también arroja luz sobre el hecho de que la venta de un niño, niña o adolescente podría realizarse sin la intención de explotarlo. Si bien la venta puede considerarse intrínsecamente explotadora, independientemente de las intenciones que haya detrás, ya que explota la situación de vulnerabilidad del niño, niña o adolescente, que no puede dar su consentimiento ni comprender plenamente la situación, hay que reconocer que pueden darse algunas situaciones de venta en las que las personas que venden o compran una persona menor de edad no tienen intención de explotarla.

Este es el caso, en particular, de la venta con fines de adopción, contemplada en el artículo 3(a)(ii) del Protocolo. Por ejemplo, si un progenitor entrega a un niño, niña o adolescente a otras personas o a una institución a cambio de la promesa de que el menor, recibirá una mejor calidad de vida y/o educación, la intención del progenitor que entrega (es decir, que vende) al niño no es necesariamente la de explotarlo.

Sin embargo, la persona vendida es víctima de una transacción, y tal acto constituye un delito según el Protocolo Facultativo, ya que el propio acto de utilizar al niño, niña o adolescente como parte de una transacción viola sus derechos fundamentales a la dignidad y a la protección contra la explotación.

¹¹² Directrices del OPSC, párrafos 16, 73, 78.

Además, cada vez hay más pruebas de que instituciones como los orfanatos solicitan a “buscadores de niños” que se desplacen a las aldeas o comunidades locales- a menudo afectadas por la guerra, los desastres naturales, la pobreza o la discriminación social- que prometen a los padres educación, seguridad alimentaria y atención sanitaria para sus hijos.¹¹³ Los niños también pueden ser vendidos o reclutados desde los orfanatos para diversas formas de explotación, como la adopción ilegal, la explotación sexual, el trabajo infantil, la servidumbre o la extracción de órganos.

Como se explica en el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños de 2018, la contratación de niños, niñas y adolescentes por parte de las organizaciones deportivas y los acuerdos de propiedad entre los clubes de fútbol y terceros (particulares, fondos de inversión, empresas, etc.) para poseer partes de los “derechos económicos” de los jugadores también deben considerarse en el contexto de la prohibición del Protocolo respecto a la venta de niños.

Los Estados partes deben ser conscientes de estas formas de venta y asegurarse de que están cubiertas por sus leyes penales.

47

Con arreglo al artículo 3, párrafo 1 a) i), los actos y actividades en el contexto de la venta de niños que deben tipificarse como delito incluyen el ofrecimiento, la entrega o la aceptación de un niño con fines de:

- (a) Explotación sexual del niño: el Comité considera que esta disposición jurídica abarca todas las formas de explotación y abuso sexuales, incluidos los casos en que se faciliten a través de la TIC;*
- (b) Transferencia con fines de lucro de órganos del niño: es importante especificar que el propósito de dicha transferencia debe ser “con fines de lucro”; la transferencia legal del órgano de un niño puede conllevar gastos sin fines de lucro;*
- (c) Trabajo forzoso del niño.*

En este sentido, es importante señalar que el OPSC establece los fines de la venta mencionados como un mínimo, lo que significa que los Estados pueden penalizar la venta también con otros fines, si lo consideran necesario. De hecho, el artículo 2(a) del OPSC sólo establece que “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”.

Después de definir la venta de niños, niñas y adolescentes como “cualquier acto o transacción {...}”, el artículo 3.1(a) del OPSC sigue con los criterios mínimos sobre cómo los Estados están obligados a criminalizar la venta de niños, dejando así a los Estados Partes la decisión de incluir, entre sus disposiciones penales, cualquier forma de venta o sólo las mencionadas explícitamente en el artículo 3.1(a).

Por ejemplo, los Estados pueden considerar la posibilidad de tipificar como delito la venta de niños, niñas y adolescentes, también para la esclavitud y para cualquier trabajo que, por su naturaleza o las circunstancias en que se realiza, pueda perjudicar la salud, la seguridad o la moral de los niños.¹¹⁴ Además, el Comité puede recomendar a los Estados Partes que incluyan en la penalización de la venta de niños también el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para su utilización en conflictos armados, que, al igual que el trabajo infantil forzoso, entra en la definición de las peores formas de trabajo infantil (OIT 182, artículo 3).¹¹⁵

¹¹³ Lumos, *Orphanage Entrepreneurs: The Trafficking of Haiti’s Invisible Children*, 2018. Disponible en: https://lumos.contentfiles.net/media/documents/document/2017/12/Haiti_Trafficking_Report_ENG_WEB_NOV16.pdf

¹¹⁴ Esta forma de trabajo entra dentro de la definición de las peores formas de trabajo infantil (art. 3 bajo (d) del Convenio 182 de la OIT).

¹¹⁵ Ver las Observaciones Finales del Comité sobre Sudán UN Doc. CRC/C/OPSC/SDN/CO/1, 8 de junio de 2007, párrafos 35 y 36. Véase también para una interpretación amplia de la disposición sobre el trabajo forzoso: *Handbook on the Optional Protocol on the Sale of children, Child Prostitution and child Pornography*, p. 11. Florencia: Centro de Investigación Innocenti de UNICEF, 2009.

Mientras que los actos de venta con fines de explotación sexual (a) y de trabajo forzoso de un niño (c) han sido prohibidos por un gran número de instrumentos y disposiciones legales, y se han descrito ampliamente en las orientaciones políticas y el asesoramiento elaborado por las organizaciones que trabajan en favor de los derechos del niño, la manifestación y las implicaciones de la venta con fines de transferencia de órganos de un niño (b) parecen haber recibido comparativamente menos atención.¹¹⁶ Sin embargo, la venta de niños para la transferencia de órganos es una triste realidad que afecta, en particular, a las familias y a los niños en situación de vulnerabilidad económica,¹¹⁷ y que puede requerir una mayor consideración por parte de los Estados Partes.

48

El Comité pone de relieve que el acto de ofrecer o aceptar a un niño incluye hacerlo mediante el uso de la TIC.

Es importante destacar que el Comité deja claro en el párrafo 48 de sus Directrices que considera que el uso de las TIC está incluido en los actos de “oferta” o “aceptación” de un niño en el contexto de cualquier forma de venta de niños. Esto puede incluir el hecho de que los delincuentes se pongan en contacto a través de Internet y preparen un delito en línea, así como la orden y/o el pago en línea de cualquiera de los actos mencionados antes en el apartado 47 de las Directrices. También puede incluir el hecho de “ofrecer” o “aceptar” la representación de un niño en línea, por ejemplo, imágenes de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes.

49

Si bien la venta de niños y la trata de niños pueden solaparse, sus definiciones jurídicas internacionales difieren. El Comité subraya que, de conformidad con el Protocolo Facultativo, los Estados partes tienen la obligación de tipificar explícitamente como delito la venta de niños para todos los fines antes mencionados.

En el párrafo 15 de sus Directrices (sección sobre Legislación), el Comité explicó la principal diferencia entre las definiciones legales internacionales de venta y tráfico.

La definición jurídica internacional de la trata se encuentra en el artículo 3(a) del Protocolo (de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional) para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo), adoptado por la Resolución 55/25 de la Asamblea General de la ONU en 2000.

Establece lo siguiente:

“Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órgano.”

¹¹⁶ La transferencia de órganos también está prohibida como finalidad del tráfico de seres humanos.

¹¹⁷ Ver, por ejemplo, A. Bagheri, Child organ trafficking: global reality and inadequate international response, en: *Medicine, health Care and Philosophy*, Vol. 19 No. 2, junio de 2016, p. 239-246.

La forma en que se formula esta definición de trata hace comprensible que algunos gobiernos supongan que la venta de niños, niñas y adolescentes entra en el ámbito de la definición. Sin embargo, una lectura cuidadosa del artículo 2 del OPSC deja claro que la venta de niños difiere de esta definición de trata y requiere una tipificación específica en el derecho penal nacional.¹¹⁸

Cabe señalar que el criterio de “transporte” para definir la trata de personas es hoy en día a veces ignorado en la evaluación de los casos de trata. Esto también se refleja, en cierta medida, en instrumentos jurídicos como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de sus víctimas, que establece que “el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas” puede bastar para que un acto equivalga a la trata, sin que sea necesario el transporte o el movimiento de la persona.

SUGERENCIAS DE RECURSOS

El Protocolo (de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional) para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo), adoptado por la Resolución 55/25 de la Asamblea General de la ONU en 2000. **Disponible aquí**

Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (CETS nº 197), adoptado y abierto a la firma en mayo de 2005. Este Convenio está abierto a la adhesión de cualquier país del mundo. **Disponible aquí**

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de sus víctimas. **Disponible aquí**

50

Con arreglo al artículo 3, párrafo 1 a) ii), el acto de 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 debe tipificarse como delito, como forma de venta de niños. Las disposiciones destinadas a prohibir dicha actividad deben reflejar los dos componentes esenciales de ese requisito, a saber:

- (a) Específicamente, la frase “inducir indebidamente a alguien a que preste su consentimiento para la adopción” significa obtener el consentimiento para la adopción de un niño de manera deshonesto o inapropiada. Habida cuenta de la definición de venta de niños que figura en el artículo 2 a), una forma de “inducir indebidamente a alguien a que preste su consentimiento” es hacerlo mediante remuneración o cualquier otra retribución;*
- (b) En cuanto a la frase “en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción”, el Comité recomienda a los Estados partes que exijan el cumplimiento del artículo 21 de la Convención y del Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (1993).*

¹¹⁸ Ver, por ejemplo, ejemplos de la falta de distinción entre la trata y la venta de niños: Observaciones finales sobre la India, UN Doc. CRC/C/OPSC/IND/CO/1, 13 de junio de 2014, párrafo10; sobre Madagascar, UN Doc. CRC/C/OPSC/MDG/CO/1, 28 de octubre de 2015, párrafo30; sobre Perú, UN Doc. CRC/C/OPSC/PER/CO/1, 7 de marzo de 2016, párrafo24; y sobre Sri Lanka UN Doc. CRC/C/OPSC/LKA/CO/1, 3 de julio de 2019, párrafo27 (a).

El artículo 3.5 del Protocolo subraya la importancia de adoptar medidas legales y administrativas para garantizar que todas las personas implicadas en la adopción de un niño, ya sea nacional o internacional, actúen de conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales aplicables. Una adopción que aparentemente sigue las normas aplicables en materia de adopción, pero que implica la venta de un niño, debería considerarse ilegal.

Como señaló el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de los niños, las adopciones ilegales constituyen graves violaciones de los derechos del niño, que van desde la privación arbitraria de la identidad hasta la explotación mediante la venta.

Uno de los principales factores que impulsan las adopciones ilegales es el beneficio económico que puede obtenerse de la obtención de niños para su adopción, en particular para la adopción internacional. Mientras las tasas de adopción carezcan de transparencia y las donaciones a los países de origen estén vinculadas a la disponibilidad de niños y niñas para la adopción, seguirán existiendo importantes incentivos para las adopciones ilegales.¹¹⁹

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de los niños, Estudio temático sobre las adopciones ilegales, UN Doc. A/HRC/34/55, Distribuido en diciembre de 2016. **Disponible aquí**

51

El Comité señala a la atención de los Estados partes el hecho de que la venta de niños puede producirse en el contexto del matrimonio infantil y les recomienda que adopten todas las medidas necesarias, incluida la reglamentación, para evitar cualquier forma de venta de niños.

En su Observación General nº 18, el Comité de los Derechos del Niño definió el matrimonio infantil como “todo matrimonio en el que al menos una de las partes es menor de 18 años”.¹²⁰ Un matrimonio infantil también se considera una forma de matrimonio forzado dado que una o ambas partes no han expresado su consentimiento pleno, libre e informado. El Comité opina que los Estados parte del OPSC tienen obligaciones explícitas con respecto al matrimonio infantil y/o forzado que incluye el pago de la dote o el precio de la novia, ya que esto podría constituir una “venta de niños”, tal como se define en el artículo 2 (a) del OPSC.

El Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual se enfrenta a este problema en muchas de sus visitas a países, y ha señalado varias situaciones en las que los niños, principalmente las niñas, son víctimas de la venta para el matrimonio.¹²¹

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación General núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta y revisadas en 2019. UN Doc. CEDAW/C/GC/31/Rev.1-CR C/C /GC/18/Rev.1, 8 de mayo de 2019. **Disponible aquí**

¹¹⁹ Comunicado de prensa de la ONU “Illegal adoptions: States must tackle the pressure of demand, and ensure redress for victims”, 7 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21308&LangID=E>

¹²⁰ Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación General núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta y revisadas en 2019. Doc. CEDAW/C/GC/31/Rev.1-CR C/C /GC/18/Rev.1, 8 de mayo de 2019.

¹²¹ Ver Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños en su visita a República Dominicana, A/HRC/37/60/Add.1, 2018.

Existen preocupaciones similares con respecto a la gestación subrogada, que también puede constituir venta de niños. El Comité alienta a los Estados partes en los que se lleva a cabo dicha práctica a que adopten todas las medidas necesarias, incluida la reglamentación, para evitar la venta de niños en virtud de contratos de gestación por sustitución.

La maternidad subrogada o gestación por sustitución, como método cada vez más popular de formación de familias, ha surgido como un área de preocupación, donde un sistema impulsado por la demanda y basado en la percepción del “derecho a un niño”, corre el riesgo de poner en peligro los derechos de los niños.¹²² Las prácticas de explotación en el contexto de los acuerdos de subrogación comercial que mercantilizan a los niños pueden equivaler a la venta de niños. Aunque no todas las formas de gestación subrogada equivalen a la venta de niños, esta práctica, en particular en su forma comercial con la participación de intermediarios con fines de lucro, a menudo implica prácticas abusivas, en las que los niños y niñas se venden como meras mercancías.

La verdadera amenaza de explotación y mercantilización de los niños, niñas y adolescentes, y potencialmente de los vientres de alquiler, suele estar relacionada con el papel de los intermediarios. En general, esto se debe a las motivaciones lucrativas de los intermediarios privados, que tienen como motivo principal la finalización con éxito del acuerdo de subrogación, con poca o ninguna consideración por los derechos de las personas involucradas.

Muchos de los abusos que se producen tienen lugar en contextos no regulados, en los que una práctica impulsada por la demanda corre el riesgo de socavar los derechos del niño. Por lo tanto, en sus Directrices, el Comité alienta a los Estados partes en los que existe esta práctica a que se aseguren de regularla.¹²³

La prohibición de los acuerdos de gestación por sustitución llevados a cabo en el extranjero es problemática, ya que a menudo se eluden las leyes nacionales que prohíben la subrogación. Los Estados se enfrentarán inevitablemente a los acuerdos de subrogación llevados a cabo en el extranjero, lo que dará lugar a cuestiones relacionadas, entre otras cosas, con los derechos de identidad, el acceso a los orígenes y el entorno familiar del niño. Estas maternidades subrogadas no deben rechazarse ni aceptarse automáticamente, ya que la única consideración válida es el interés superior del niño.

La existencia de mecanismos de supervisión es de vital importancia para prevenir cualquier venta y explotación de niños o niñas en el contexto de la gestación subrogada. Si no se supervisan y regulan adecuadamente, los acuerdos de gestación subrogada corren el riesgo de comprometer el derecho fundamental del niño a la dignidad humana, el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (artículo 7 de la Convención), el derecho a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención), o el derecho a no ser separado de sus padres contra su voluntad (artículo 9 de la Convención). También se corre el riesgo de exponer desproporcionadamente a las personas en contextos vulnerables a la venta y/o la trata de niños, incluidas las mujeres y las niñas obligadas a quedarse embarazadas y/o a entregar a sus hijos para la venta.

¹²² Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, enero 2018, “Estudio sobre la gestación por sustitución y la venta de niños». Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/60>

¹²³ Véanse también las recomendaciones relativas a la maternidad subrogada en las Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: sobre Estados Unidos, UN Doc. CRC/C/OPSC/USA/CO/2, párrafo 29; sobre México, UN Doc. CRC/C/IND/CO/3-4, párrafo 57 (d); sobre México, UN Doc. CRC/C/MEX/CO/4-5, párrafo 69 (b); sobre EE.UU., UN Doc. CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, párrafo 24; y sobre Israel, UN Doc. CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, párrafo 28.

Cabe señalar que los sistemas jurídicos nacionales difieren mucho en cuanto a la forma de tratar la cuestión de la gestación subrogada. Algunos países han prohibido todas las formas de gestación subrogada (Francia y Alemania), mientras que otros han limitado la prohibición a la gestación subrogada comercial internacional (Tailandia, Nepal e India presentaron al parlamento el proyecto de ley de gestación subrogada (regulación) con el fin de prohibir y penalizar esta forma de gestación subrogada).¹²⁴

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, enero 2018, “Estudio sobre la gestación por sustitución y la venta de niños”. **Disponible aquí**

Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, julio 2019, Estudio temático sobre las Salvaguardias para la protección de los derechos de los niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución. **Disponible aquí**

53

El Protocolo Facultativo incluye el delito de explotación de niños en la prostitución como “prostitución infantil” y lo define como la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución (art. 2 b)), sin especificar cuáles serían esas actividades sexuales. El Comité considera que esas actividades sexuales deben incluir, como mínimo y ya sean reales o simuladas, todas las formas de relaciones sexuales y de contacto sexual intencionado en que participe un niño, independientemente del sexo de todas las personas implicadas, así como toda exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño.

El Protocolo no define el concepto de “actividades sexuales” y los Estados partes pueden interpretar esta noción de manera diferente en sus sistemas jurídicos nacionales. Lo que es crucial en el párrafo 53 de las Directrices del Comité es que queda muy claro que la presencia de penetración no es un elemento necesario para que un acto constituya actividades sexuales. De hecho, la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño o una niña, o los tocamientos de carácter sexual a un niño o una niña, constituyen actividades sexuales.¹²⁵

Es importante señalar también que las víctimas pueden ser tanto niñas como niños, ya que las actividades sexuales pueden producirse independientemente del sexo de las personas implicadas.

Los Estados partes deben tener presente esta definición al redactar disposiciones legislativas destinadas a penalizar la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes en la prostitución. Dichas disposiciones deben contener los dos componentes del delito: las actividades sexuales y la remuneración u otra contraprestación.

CONSEJO DEL GTI

La lista de actos incluidos en la noción de “actividades sexuales” no es exhaustiva, y el Comité se limita a proporcionar los criterios mínimos. La atención debe centrarse en la violación sexual del niño, niña o adolescente en cada caso concreto.

¹²⁴ Para más información (reciente), ver C. Achmad, Children’s Rights in International Commercial Surrogacy. Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective. Leiden: E.M. Meijers Institute, 2018.

¹²⁵ En cuanto a la definición de “actividades sexuales», el Comité de Lanzarote invitó a los Estados partes a “revisar su legislación para abordar todos los daños graves a la integridad sexual de los niños, no limitando sus delitos penales a las relaciones sexuales o actos equivalentes” (véase la Recomendación R9, capítulo I, “Penalización del abuso sexual de niños en el círculo de confianza», informe del Comité de Lanzarote sobre “Protección de los niños contra el abuso sexual en el círculo de confianza- El marco». Disponible en: <https://rm.coe.int/1st-implementation-report-protection-of-children-against-sexual-abuse-/16808ae53f>

54

La definición de “prostitución infantil” que figura en el Protocolo Facultativo no debe entenderse en el sentido de que el niño pueda dar su consentimiento a las actividades sexuales a cambio de una remuneración o de cualquier otra forma de retribución, ni de que el niño sea necesariamente el destinatario del dinero u otra forma de retribución. La realidad es que los niños no pueden, de ninguna manera legalmente procedente, consentir su propia explotación sexual. Además, dicha remuneración o retribución puede ser pagada o entregada a una tercera persona, y a menudo el niño no recibe nada directamente, o la “retribución” se proporciona mediante la satisfacción de necesidades básicas para la supervivencia, como alimentos o alojamiento.

Tanto si hay un intermediario que empuja al niño a la prostitución como si no, los niños nunca deben ser criminalizados por su “participación” en la prostitución. Los Estados deben revisar la legislación vigente para despenalizar cualquier delito que haga a los niños más vulnerables o que empuje la explotación a ámbitos más escondidos.

La remuneración y otras formas de retribución pueden presentarse de diversas maneras. La definición de esta disposición no exige que la remuneración se entregue realmente al niño, niña, adolescente o a otra persona, ni que la “contraprestación” se traduzca en beneficios concretos para la persona menor de edad o para otra persona. Sin embargo, aunque se argumente que la remuneración es en interés del niño, por ejemplo, proporcionándole alimentos o atención sanitaria, no cambia el hecho de que el acto de explotar a un niño, niña o adolescente en la prostitución constituye un delito y que el (presunto) autor debe ser llevado ante la justicia.

55

Prevalece la opinión de que el término “prostitución infantil” no abarca con precisión lo que realmente le sucede al niño y podría interpretarse en el sentido de que representa una forma legítima de trabajo sexual o podría contribuir a culpar al niño. El Comité alienta a los Estados partes a que eviten en la medida de lo posible el uso del término “prostitución infantil” y a que utilicen en su lugar el término “explotación sexual de niños en la prostitución”. Además, les recomienda encarecidamente que no utilicen términos como “niño prostituto” o “niño trabajador del sexo” y que los sustituyan por “niño prostituido” o “niño explotado en la prostitución”.

En referencia a las Directrices de Luxemburgo, el Comité recomienda a los Estados Partes que eviten en lo posible el uso del término “prostitución infantil” y sugiere que utilicen una redacción que refleje de qué se trata realmente, es decir, la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes. En las situaciones en las que los Estados sientan la necesidad de especificar el contexto en el que tiene lugar la explotación, el consejo es que utilicen el término “explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes en la prostitución”.¹²⁶ Cabe destacar que la Convención no utiliza el término “prostitución infantil” en absoluto, sino que se refiere a “la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales” (artículo 34(b) de la Convención).

El término “prostitución infantil” presenta una imagen inexacta de lo que realmente le ocurre al niño y puede interpretarse de manera que implique que el fenómeno representa una forma (legítima) de “trabajo sexual” o podría contribuir a trasladar la culpa al niño.

Un niño o una niña no puede consentir, en ningún caso ni bajo ninguna circunstancia, su propia explotación sexual, y los términos sugeridos dejan claro que son víctimas de explotación y que no se trata de personas que hacen una elección libre, consciente y responsable de involucrarse en la prostitución. Todos los niños y niñas que son explotados sexualmente en la prostitución deben ser considerados víctimas, y nunca deben ser considerados responsables de su explotación

¹²⁶ Orientaciones de Luxemburgo, sección E3 (p.29 y 30).

Otros términos utilizados en el contexto de la “prostitución infantil”, como “niño prostituido” y “niño trabajador sexual”, también sugieren que el niño ha consentido en ejercer la prostitución. Estos términos no deben utilizarse, y pueden sustituirse por la expresión “niños que son prostituidos”, como sugiere el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de los niños,¹²⁷ o “niños explotados en la prostitución”.¹²⁸

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

En marzo de 2015, el Reino Unido aprobó la Ley de Delitos Graves, que modifica la Ley de Delitos Sexuales de 2003 para eliminar las referencias a la “prostitución o pornografía infantil” y sustituirlas por “explotación sexual de un niño”. Además, las referencias a “prostitución infantil o un niño involucrado en la pornografía” fueron sustituidas por “niño en relación con la explotación sexual”. **Disponible aquí**

En marzo de 2017, el nombre del mandato de uno de los relatores especiales de la ONU se modificó de “Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía” a “Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de los niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y otro material de abuso sexual infantil” mediante la Resolución 34/16 del Consejo de Derechos Humanos.¹²⁹ El cambio de nombre se produjo a raíz de que el titular del mandato abogara por una terminología más acorde con los derechos del niño. Aunque los términos “prostitución infantil” y “pornografía infantil” siguen figurando en el nombre, se han trasladado a una parte más subordinada del nombre del mandato.

56

Los Estados partes deben prohibir por ley cualquier forma de explotación sexual de niños en la prostitución, también cuando se lleve a cabo mediante el uso de la TIC. En el artículo 3, párrafo 1 b), del Protocolo Facultativo se requiere que se tipifique como delito la oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución. Esos actos equivalen a explotación sexual de niños en la prostitución cuando se llevan a cabo a cambio de una remuneración o de cualquier otra forma de retribución. El Comité pone de relieve que la promesa de remuneración o cualquier otra forma de retribución debe considerarse suficiente para constituir un delito, incluso cuando dicha remuneración o retribución no se pague o no se entregue realmente.

Al igual que en el caso de la venta de niños, explicada en el párrafo 46 anterior, la explotación de niños, niñas o adolescentes en la prostitución implica alguna forma de intercambio, ya sea una remuneración o cualquier otra forma de contraprestación. Y, al igual que en el caso de la venta, dicha contraprestación también puede adoptar la forma de una promesa de recibir algo, se cumpla o no la promesa.

Esto es especialmente importante en el caso de los niños, niñas o adolescentes en situaciones vulnerables o especialmente expuestos, como los que viven de la calle o los migrantes no acompañados, que pueden recibir una promesa de comida, refugio u otras necesidades básicas, a cambio de actos sexuales. Sus necesidades de supervivencia pueden, por tanto, hacerlos vulnerables a la explotación sexual, y es crucial que los Estados los traten como víctimas, no como delincuentes.

¹²⁷ Ver Informe del Relator Especial sobre la venta y explotación sexual de los niños, A/HRC/28/56, 2014, párrafo 33.

¹²⁸ Orientaciones de Luxemburgo, sección E3 (p.29 y 30).

¹²⁹ Resolución 34/16 del Consejo de Derechos Humanos, Derechos del niño: protección de los derechos del niño en la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, A/HRC/RES/34/16, 6 de abril de 2017.

57

Internet plantea nuevos retos para el marco de protección internacional, en particular cuando se anuncia a los niños para la prostitución a través de sitios web o aplicaciones de telefonía móvil. El Comité insta a los Estados partes a que dejen claro en su sistema de derecho penal que la prohibición de ofrecer, poseer, adquirir o entregar a un niño para la prostitución incluye la utilización para ello de la TIC.

En este punto, el Comité utiliza el fuerte verbo “instar” en su recomendación para que los Estados partes dejen claro en sus disposiciones penales que la prohibición de ofrecer, obtener, procurar o proporcionar un niño o una niña para la prostitución también incluye las situaciones en las que esto se hace mediante el uso de las TIC.

58

La explotación sexual de niños en la prostitución también comprende “relaciones” mercantilizadas en las que los actos sexuales se intercambian por dinero en efectivo, bienes o beneficios, a menudo vinculados a la supervivencia o las oportunidades económicas, los logros educativos o el estatus social. Cuando dichas “relaciones”, a menudo llamadas de manera inapropiada “relaciones sexuales transaccionales”, implican a un menor de 18 años, el niño debe ser considerado víctima de explotación, habida cuenta de que los niños no pueden consentir legalmente en participar en actividades sexuales comerciales o mercantilizadas que incluyan una remuneración o cualquier otra forma de retribución. Cualquier posible argumento aducido por el agresor de que el niño ha consentido en esta forma de sexo es legalmente irrelevante.

La forma en que estos términos se han explicado en las Orientaciones de Luxemburgo es que “describen una relación mercantilizada en la que los actos sexuales se intercambian por bienes, dinero en efectivo o beneficios, a menudo vinculados a la supervivencia económica, rendimiento educativo, mayores oportunidades económicas, o la promoción de la propia condición social”.¹³⁰

Los niños que practican el sexo transaccional deben ser considerados como víctimas de la explotación sexual sobre la base de que los niños no pueden dar su consentimiento para participar en actividades sexuales a cambio de beneficios materiales o cualquier otra forma de consideración.¹³¹

Puede ser complicado determinar si una relación sexual entre un niño o niña por encima de la edad de consentimiento sexual y un adulto constituye explotación sexual o una relación sexual mutuamente consentida, especialmente cuando la edad de consentimiento sexual es tan baja como 12 años en algunos países. Lo que hace que el sexo transaccional sea explotado es “el desequilibrio de poder, que es utilizado por un adulto para coaccionar, atraer u obligar a una niña, niño o un adolescente a participar en actividades sexuales”.¹³²

Los testimonios recogidos de niños en situación de calle durante las consultas para la Observación General nº 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU destacaron su especial vulnerabilidad a las “relaciones mercantilizadas”.¹³³ Para proteger a los niños, niñas y adolescentes que pueden ser especialmente vulnerables a las “relaciones mercantilizadas”, como los menores en situación de calle, los Estados tendrían que prestar atención específica a los factores de riesgo y establecer mecanismos de protección adecuados para esos niños.

¹³⁰ Orientaciones de Luxemburgo, sección E.4.vi, p. 32-33.

¹³¹ Ver la opinión del Comité en, por ejemplo, las Observaciones Finales sobre Letonia, UN Doc. CRC/C/OPSC/LVA/CO/1, 7 de marzo de 2016, párrafo 22 (c).

¹³² Orientaciones de Luxemburgo, p.32-33.

¹³³ Testimonios recogidos de niños/jóvenes de la calle que participaron en una consulta celebrada en Bukavu, RDC, del 23 al 25 de febrero de 2016, en Consortium for Street Children, “Informe de consulta en África para la Observación General del Comité de los Derechos del Niño de la ONU sobre los niños en situación de calle. Febrero- marzo de 2016», 2016. Disponible en: <https://www.streetchildren.org/wp-content/uploads/2016/05/Report-on-Ghana-Zimbabwe-DRC-consultations-April-2016-1.pdf>

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS REGIONALES

El Comité Europeo de Derechos Sociales, en el caso de FAFCE contra Irlanda, declaró que “El artículo 7§10 de la Carta Social Europea exige que se penalicen todos los actos de explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes [...] Los Estados deben tipificar como delito las actividades definidas con todos los menores de 18 años, independientemente de que las edades nacionales de consentimiento sexual sean más bajas”.

Referencia: Denuncia 89/2013, Decisión de 12 de septiembre de 2014, apartado 58.

59

La explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en el contexto de los viajes y el turismo, a la que frecuentemente se hace referencia de manera inapropiada como “turismo sexual con niños”, se incluye entre los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo, en el que se exige a los Estados partes que adopten medidas para poner fin a esta práctica. Los delincuentes pueden ser turistas y viajeros extranjeros o nacionales, o bien visitantes de larga duración.

El término “turismo sexual” se menciona tanto en el prefacio como en el artículo 10 del Protocolo Facultativo y se considera que está relacionado con la venta y la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes. En el párrafo 58 de sus Directrices, el Comité declara su opinión de que el término es inapropiado, y prefiere referirse a esta práctica como la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes en viajes y turismo (ESNNA-VT). De hecho, esto está en consonancia tanto con el Estudio Global sobre la explotación sexual de los niños en los viajes y el turismo (2016)¹³⁴ como con las Orientaciones de Luxemburgo (2016).¹³⁵ Se trata de una forma de explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes que se inscribe en un contexto de viajes, de turismo o de ambos. El delito puede ser cometido por turistas y viajeros extranjeros o nacionales y por visitantes de larga duración.

El Protocolo Facultativo exige explícitamente a los Estados partes que adopten medidas para poner fin a esta práctica, incluso reforzando la cooperación internacional. No obstante, es importante destacar que los Estados también deben tipificar esta práctica como una forma de venta con fines sexuales y/o de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en la prostitución.

Si bien el contexto de los viajes y el turismo puede y marca una diferencia en cuanto a las respuestas a este delito (por ejemplo, las partes interesadas que pueden participar en los esfuerzos de prevención y protección), el hecho de que se cometa un delito en este contexto particular no cambia la prohibición del delito en virtud del artículo 3 del Protocolo.¹³⁶

Además, los Estados partes tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, apropiadas y razonables para impedir que las empresas causen o contribuyan a los abusos de los derechos del niño. Tales medidas pueden abarcar la aprobación de leyes y reglamentos, así como su supervisión y aplicación.¹³⁷ Los Estados partes que no adopten tales medidas pueden ser considerados responsables, si es necesario, ante los tribunales.

Las industrias de los viajes y el turismo también tienen una responsabilidad con respecto a los derechos de los niños, que incluye, entre otras cosas, la obligación de adoptar las medidas necesarias para prevenir las violaciones de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en su sector empresarial (véanse los párrafos 35 y 36 anteriores) y, por supuesto, de no cometer, participar o ser cómplices de ninguno de los actos tipificados como delito en el artículo 3 del OPSC.

¹³⁴ Agresores en Marcha: estudio global sobre la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes en el contexto de viajes y turismo, 2016.

¹³⁵ Orientaciones de Luxemburgo, p.54-56.

¹³⁶ Ver por ejemplo los Informes del Relator Especial sobre la venta y explotación sexual de los niños, A/HRC/23/54 (2012) y A/HRC/37/60/Add.1. (2018).

¹³⁷ Ver la Observación General nº 16 del Comité de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados en relación con el impacto del sector empresarial sobre los derechos del niño, UN Doc. CRC/C/GC/16, 17 de abril de 2013, párrafo 28.

Para atribuir consecuencias concretas a esta responsabilidad, el artículo 3.4 del OPSC exige a los Estados Partes que establezcan, cuando proceda, la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos establecidos en el apartado 1 del artículo 3. Esta responsabilidad puede ser penal, civil o administrativa, según el marco jurídico del Estado en cuestión.

CONSEJO DEL GTI

La explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes en los viajes y el turismo es un delito contemplado en los artículos 2 y 3 del OPSC. El contexto específico no es importante para la calificación del delito, pero tiene relevancia en cuanto a los esfuerzos de prevención y protección que se pueden hacer, y qué partes interesadas pueden desempeñar un papel en dichos esfuerzos.

60

El artículo 2 del Protocolo Facultativo se refiere a las imágenes de abusos sexuales de niños como “pornografía infantil”, que define como 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 (art. 2 c)). El Comité recomienda a los Estados partes que, en consonancia con la evolución reciente, eviten en la medida de lo posible el término “pornografía infantil” y utilicen otros como “utilización de niños en espectáculos y materiales pornográficos”, “imágenes de abusos sexuales de niños” e “imágenes de explotación sexual de niños”.

En este apartado, y teniendo en cuenta las Orientaciones de Luxemburgo, el Comité muestra su acuerdo con la opinión cada vez más extendida de que el término “pornografía infantil” debe evitarse en la medida de lo posible. Entre las razones que justifican este cambio está el hecho de que este término podría inducir a error e insinuar que un niño o una niña podría consentir tales prácticas, restando gravedad a los delitos o trasladando la culpa al niño o a la niña.

Por ejemplo, el término “pornografía infantil” menoscaba la situación de la víctima porque sugiere una relación con la pornografía-una conducta que suele ser legal y en la que el sujeto participa voluntariamente y es capaz de consentir- lo que dista mucho de la realidad de los niños y niñas representados en ese material.¹³⁸

De ahí que el término “pornografía infantil” se sustituya cada vez más por expresiones como “material o imágenes de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes” y/o “material o imágenes de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes” para reflejar lo que realmente es: material grabado (imágenes, vídeos, grabaciones de audio, etc.) de niños, niñas y adolescentes que sufren abusos sexuales.¹³⁹

Cabe destacar que la terminología utilizada en el artículo 34(c) de la Convención también parece abarcar dichos delitos de manera más adecuada al referirse a “la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”. Además, el artículo 27(c) de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño contiene los términos “la utilización de niños en actividades, actuaciones y materiales pornográficos”, y el artículo 3(b) del C182 de la OIT habla de “la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas”. Estos términos enfatizan mejor el hecho de que un niño está siendo sometido al acto por alguien o algo más. Muchas partes interesadas, incluido el Relator Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de los niños, apoyan este cambio para evitar que se trivialicen los abusos que sufren los niños.¹⁴⁰

¹³⁸ Las razones de este cambio se describen con más detalle en las Orientaciones de Luxemburgo», sección F, p 35-45.

¹³⁹ INTERPOL e INHOPE son ejemplos de organismos encargados de la aplicación de la ley y de líneas directas que se abstienen por completo de utilizar el término “pornografía infantil” y se refieren en cambio a MASI y/o MESI.

¹⁴⁰ Ver A/HRC/28/56, párrafo 29. Para más explicaciones sobre por qué no debe utilizarse el término “pornografía infantil», ver las Directrices de Luxemburgo. INTERPOL e INHOPE también se encuentran entre las entidades que han apoyado este cambio terminológico.

61

La especificación “por cualquier medio” refleja la amplia gama de material disponible en una variedad de medios, tanto en el espacio virtual como fuera de él. Dicho material se distribuye cada vez más por vía electrónica, y los Estados partes deben asegurarse de que las disposiciones pertinentes de sus códigos penales abarquen todas las formas de material, incluidos los casos en que cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3, párrafo 1 c), del Protocolo Facultativo se cometan por medios digitales.

Con este párrafo, el Comité desea dejar claro que el material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes hoy en día puede aparecer no solo como archivos grabados (es decir, fotos y vídeos), sino que también puede existir temporalmente en formato de transmisiones en directo, diferentes formas de apariciones en la webcam, y también se trata de espectáculos en línea orquestados en los que los niños reciben órdenes de explotadores a distancia para llevar a cabo actos sexuales. Por ejemplo, estos “espectáculos” se han organizado a través de la red oscura, pero también se han producido en grupos privados o salas de chat en plataformas de medios sociales y aplicaciones. En 2017, los funcionarios de fuerzas de orden que fueron encuestados revelaron que habían visto un aumento de la transmisión en vivo en salas de chat y a través de aplicaciones de chat donde los abusos en línea se producen en tiempo real. Estas transmisiones en directo suelen estar codificadas y se emiten a través de programas de conferencias o de mensajería.¹⁴¹

Anteriormente, la representación de un niño solía asociarse con una foto o una representación visual similar. Sin embargo, el artículo 2 (c) no limita la representación a esta forma. “Por cualquier medio” puede incluir la representación de un niño o una niña participando en actividades sexuales reales o simuladas en archivos de audio, por escrito o de forma visual que no sea necesariamente grabada.¹⁴²

62

La expresión “actividades sexuales explícitas simuladas” incluye cualquier material, en el espacio virtual o fuera de él, que muestre o represente de alguna otra manera a un niño que parece participar en una conducta sexual explícita. Además, “toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales” está comprendida en la definición de este delito. En los casos en que pueda resultar complicado establecer con certeza si la representación tiene por objeto o se utiliza con fines primordialmente sexuales, el Comité considera necesario examinar el contexto en el que se utiliza.

En el párrafo 61 de las Directrices, el Comité reconoce la dificultad de establecer lo que está destinado a “fines primordialmente sexuales”, y la necesidad de realizar un análisis caso por caso a este respecto. Por ejemplo, la literatura o el arte en los que se expone a niños ficticios en contextos sexuales con el fin de contar una historia no debería considerarse material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes. Las fotos familiares en las que aparecen niños o niñas sin ropa tampoco deben considerarse material de abuso sexual. Y las fotos o dibujos de los genitales de los niños con fines de estudios científicos o médicos no deben considerarse material de abuso sexual.

¹⁴¹ Netclean, Informe Netclean 2017, Tendencia 7, disponible en: <https://www.netclean.com/netclean-report-2017/>

¹⁴² La definición de “pornografía infantil” en el párrafo 2 del artículo 20 del Convenio de Lanzarote utiliza “toda representación visual de un niño». El informe explicativo de este Convenio afirma en el párrafo 141 que el apartado 2 del artículo 20 se basa en el OPSC.

Por otro lado, cuando, por ejemplo, una foto familiar de un niño o una niña desnudo es recogida en línea por alguien con un interés sexual en los niños y compartida y/o utilizada con fines principalmente sexuales, dicha foto puede llegar a ser considerada, en ese contexto específico, como una imagen de abuso sexual. En efecto, en ese contexto específico, la imagen de un niño o una niña real está siendo utilizada por otra persona con fines sexuales. Esto significa que no es sólo una determinada imagen per se lo que determina si pertenece a la categoría de material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes o no, sino también el uso que se hace de esa misma imagen.

La cuestión de lo que constituye “cualquier representación de las partes sexuales de un niño con fines primordialmente sexuales” puede decidirse sobre la base de las normas nacionales relativas al daño corporal, o la clasificación de materiales como obscenos o contrarios a la moral pública.¹⁴³ Esta representación también se conoce en algunos países, como Estados Unidos, como “exhibición lasciva” y se considera que constituye “pornografía infantil”. La determinación de los tipos de imágenes que constituyen una “exhibición lasciva” ha sido tratada por la jurisprudencia de los tribunales de EE.UU. y ha dado lugar a la denominada prueba Dost, con 6 factores/criterios que deben desempeñar un papel en la respuesta a la pregunta.¹⁴⁴

En cuanto a la definición de “actividades sexuales”, el Comité ofreció su interpretación de esta noción en el párrafo 53 de las Directrices. El Informe Explicativo del Convenio de Lanzarote también entrega, en el párrafo 143, una lista mínima de actos reales o simulados que se incluyen en la “conducta sexualmente explícita”, como el coito, la zoofilia, la masturbación y la exhibición lasciva de los genitales o la zona púbica de un niño. El Informe también señala que no es relevante si la conducta representada es real o simulada.

63

Preocupa profundamente al Comité la gran cantidad de material en Internet y en medios no electrónicos, incluidos dibujos y representaciones virtuales, que representan a niños inexistentes o a personas que parecen ser niños participando en conductas sexualmente explícitas, así como el grave efecto que ese material puede tener en el derecho de los niños a la dignidad y la protección. El Comité alienta a los Estados partes a que incluyan en sus disposiciones jurídicas relativas a las imágenes de abusos sexuales de niños (pornografía infantil) las representaciones de niños inexistentes o de personas que parecen ser niños, en particular cuando esas representaciones se utilizan como parte de un proceso de explotación sexual de niños.

En este párrafo, el Comité expresa su preocupación por el hecho de que las representaciones de niños, niñas y adolescentes inexistentes puedan tener un efecto adverso sobre su derecho a la protección contra la explotación y el abuso sexuales.

En particular, los avances tecnológicos hacen cada vez más factible la producción de representaciones altamente realistas de niños inexistentes, las llamadas “deep fakes”. Tales imágenes se están volviendo tan realistas que casi no se distinguen de los niños reales y, por lo tanto, deberían entrar en el significado de “cualquier representación de un niño” que figura en el artículo 2 del Protocolo.

¹⁴³ Ver el párrafo 142 del Informe Explicativo del Convenio de Lanzarote.

¹⁴⁴ Ver, por ejemplo: Carissa Byrne Hessick (ed), Refining Child Pornography Law, Parte I sobre la definición de los delitos de pornografía infantil, párrafo 3 sobre la “prueba Dost” en la ley de pornografía infantil. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2016.

Este tipo de material, cada vez más disponible, presenta varios riesgos potenciales. Uno de ellos es que los niños y niñas se muestren cada vez más involucrados en actividades sexuales, en un intento de normalizar su sexualización. El respeto y la protección de su dignidad es un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes como seres humanos. Este derecho no es compatible con el hecho de presentar a un niño (existente o no) como un objeto sexual. Tales representaciones, en particular cuando son a gran escala, pueden contribuir a la normalización de ver a los niños como objetos para satisfacer los deseos sexuales de otros individuos (principalmente adultos). El OPSC no es sólo un instrumento para la protección de un niño o niña individual, sino también para mejorar la comprensión del niño como un ser humano con derechos humanos, incluidos los derechos a la dignidad y al respeto de la intimidad.

64

El Comité alienta a los Estados partes a que tipifiquen como delito los actos de reclutar o coaccionar a un niño para que participe en espectáculos pornográficos o hacer que participe en ellos, aprovecharse de un niño o explotarlo de otro modo con esos fines, y asistir a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen niños.

El contenido de este párrafo puede relacionarse con el artículo 34 de la Convención, que pide explícitamente a los Estados Partes que adopten medidas para impedir la utilización de niños, niñas y adolescentes en espectáculos y materiales pornográficos con fines de explotación.

Consciente de los vínculos entre el artículo 34 de la Convención y el ámbito de aplicación del Protocolo Facultativo, el Comité alienta a los Estados Partes en el Protocolo Facultativo (de los cuales todos menos uno son también partes en la Convención) a que tipifiquen como delito las actividades en las que participen niños en espectáculos pornográficos. Dicha penalización debería abarcar también las situaciones de las personas que son espectadores de espectáculos pornográficos en los que participan niños y niñas a través de medios digitales como las cámaras web y la transmisión en directo. “Asistir a sabiendas” no sólo requiere que la persona tenga la intención de asistir a un espectáculo pornográfico, sino también que sepa que en el espectáculo participarán niños, niñas y/o adolescentes.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Para una disposición más detallada a este respecto, véase el artículo 21 del Convenio de Lanzarote y los párrafos 146-150 del Informe Explicativo de este Convenio.

65

El artículo 3, párrafo 1 c), del Protocolo Facultativo obliga a los Estados partes a tipificar como delito los actos de producir, distribuir, divulgar, importar, exportar, ofrecer, vender o poseer “pornografía infantil” con fines de explotación sexual. El Comité recomienda encarecidamente a los Estados partes que tipifiquen como delito la mera posesión de ese material, teniendo debidamente en cuenta las posibles excepciones a esa prohibición, por ejemplo cuando las exigencias profesionales, que deben estar claramente definidas por ley, justifiquen dicha posesión.

En el párrafo 64 de las Directrices, el Comité interpreta el delito de posesión de “pornografía infantil” de manera amplia, recomendando encarecidamente a los Estados Partes que tipifiquen como delito la mera posesión de dicho material, sin necesidad de especificar los fines de dicha posesión.

Esta recomendación está en consonancia con el artículo 20.1 (e) del Convenio de Lanzarote, que dice “poseer pornografía infantil” a secas.

La frase “con fines específicos” debería servir más bien para lo contrario, es decir, para considerar posibles excepciones a la prohibición de poseer material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes. Dichas excepciones pueden ser las divisiones de las fuerzas de seguridad que trabajan específicamente con los delitos sexuales contra los niños, las líneas telefónicas de ayuda con autorización o permiso especial para recibir informes sobre material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes, o los profesionales médicos que participan en la atención sanitaria de las víctimas de explotación o abuso sexual. Dichas excepciones deben estar claramente evaluadas y bien establecidas en la normativa o la legislación nacional.

La penalización debe abarcar la posesión de material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes por cualquier medio, ya sea en línea o fuera de ella, como (pero sin limitarse a) revistas, cintas de vídeo, teléfonos portátiles/móviles, tabletas y ordenadores, archivos en discos duros, programas informáticos, así como dispositivos de almacenamiento desmontables como memorias USB, disquetes, DVD o CD-ROM.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

En Vietnam, la “Ley de Enmiendas al Código Penal” modificó el Código Penal sustituyendo la palabra “almacenar” por el término “poseer” en relación con la posesión de material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes. Además, se estableció como agravante el suministro de material pornográfico a un menor de 18 años.

Referencia: Gobierno de Vietnam, “Ley de Enmiendas al Código Penal”, Ley 12/2017/QH14 (2017), artículo 124, y “Código Penal”, artículo 326(2).

66

De conformidad con el artículo 9, párrafo 5, del Protocolo Facultativo, los Estados partes deben tipificar como delito la producción y publicación de material en que se haga publicidad de los delitos enunciados en el Protocolo. Por ejemplo, toda inserción de un elemento digital o de otro tipo, como un anuncio, que promueva cualquier forma de explotación sexual de niños debe ser penalizada.

La intención del Comité en este párrafo es captar el caso de que una parte anuncie o promueva el acceso a la explotación o el abuso sexual de niños, niñas y adolescentes (incluido el material de abuso sexual). El Comité señala periódicamente a los Estados partes la importancia, también desde el punto de vista de la prevención, de tipificar como delito la publicidad de las actividades que están tipificadas como delito en el Protocolo Facultativo.¹⁴⁶

67

Cada vez hay más niños que producen imágenes sexuales, como representaciones de sus propias partes genitales, ya sea para uso propio exclusivamente o para compartirlas con sus novios o novias o con un grupo más amplio de compañeros (a menudo a través del “sexteo”). Hay que distinguir entre lo que el Protocolo Facultativo denomina “pornografía infantil”, que constituye un delito, y la producción por parte de niños de contenido sexual autogenerado o material en el que se muestran ellos mismos. Preocupa al Comité que el aspecto autogenerado de dicho material pueda aumentar el riesgo de que se considere al niño responsable en lugar de tratarlo como víctima, y subraya que los niños no deben ser considerados penalmente responsables por producir imágenes de sí mismos. Si esas imágenes se producen como resultado de la coacción, el chantaje u otras formas de presión indebida contra la voluntad del niño, se debe llevar ante la justicia a quienes hicieron que este produjera tal contenido. Si posteriormente esas imágenes se distribuyen, divulgan, importan, exportan, ofrecen o venden como material que muestra abusos sexuales de niños, los responsables de esos actos también deben ser considerados penalmente responsables.

En este párrafo, el Comité señala una cuestión compleja que requiere una cuidadosa atención. Se trata de la necesidad de encontrar el equilibrio adecuado entre, por un lado, el establecimiento de marcos jurídicos claros que protejan a los niños, niñas y adolescentes y, por otro, la garantía de que los niños sean conscientes de la gravedad de ese comportamiento y de que puede acarrear consecuencias en términos de responsabilidad penal.

Parte de la dificultad reside en el hecho de que la creación y distribución de contenidos sexuales generados por niños, niñas y adolescentes puede formar parte de una interacción “íntima” entre adolescentes que exploran su sexualidad, pero también puede ser el resultado de la presión de los compañeros o de amenazas, intimidación y coacción.

Lo que es seguro es que los contenidos sexuales autogenerados se han convertido en un fenómeno muy extendido. El “sexting”, que es una forma de contenido sexual autogenerado, se produce cuando dicho contenido se crea, se comparte y se reenvía como mensaje a través de, por ejemplo, los teléfonos móviles. Se ha observado que el sexting es un producto de la presión de los jóvenes y, en cierta medida, los adolescentes afirman cada vez más que el sexting es “normal”.¹⁴⁷ Aunque esta conducta en sí misma no es necesariamente ilegal o socialmente inaceptable, existe el riesgo de que cualquier contenido de este tipo pueda circular en línea o fuera de línea en contra de la voluntad del niño o niña, incluso para dañar o para ser utilizado como base para extorsionar favores. Los contenidos autogenerados también pueden ser coaccionados o inducidos, y a menudo forman parte de un proceso de “grooming” o “extorsión sexual”.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Ver, por ejemplo, las Observaciones finales del Comité sobre Honduras UN Doc. CRC/C/OPSC/HND/CO/1, 2 de julio de 2016, párrafo 25 (e).

¹⁴⁷ KidsHealth, “Sexting, What Parents Need to Know”, 2018, disponible en: <https://kidshealth.org/en/parents/2011-sexting.html>.

¹⁴⁸ ICMEC, Estudios sobre protección de menores: Extorsión sexual y pornografía no consentida, octubre de 2018. Disponible en: https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2018/10/Sexual-Extortion_Nonconsensual-Pornography_final_10-26-18.pdf

El Comité muestra, en este párrafo, su preocupación por el hecho de que el aspecto “autogenerado” de dicho material pueda aumentar el riesgo de que el niño o la niña sea considerado responsable en lugar de ser tratado como una víctima. En este sentido, el Comité destaca que muchos niños pequeños son forzados o inducidos a producir dicho material en contra de su voluntad o de su mejor conocimiento. Por lo tanto, el niño debe ser tratado siempre como una víctima de explotación y/o abuso sexual en estos casos.

En el caso de material sexual autogenerado que represente a niños y niñas muy pequeños (por ejemplo, prepúberes) en particular, se debe suponer que es el resultado de una relación o interacción abusiva o coercitiva con un adulto u otro niño, y se debe tener cuidado para asegurarse de que el niño o niña no sufra más daños.¹⁴⁹

Al mismo tiempo, hay que reconocer que el impacto negativo (ya sea inesperado o deliberado) de compartir con otros contenidos sexuales generados por uno mismo puede ser grave y duradero. El impacto no es menor si la persona que ha compartido el material es otro niño o niña, y los Estados partes deben tomar todas las medidas apropiadas para informar a los niños y niñas sobre las posibles consecuencias de compartir dicho contenido.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS REGIONALES

El 6 de junio de 2019, el Comité de Lanzarote publicó su Dictamen sobre las imágenes y/o vídeos sexualmente sugerentes o explícitos generados, compartidos y recibidos por niños. Los Estados parte del OPSC pueden beneficiarse de las opiniones del Comité de Lanzarote al desarrollar legislación o políticas para abordar la difícil cuestión del material sexual autogenerado y el riesgo de su amplia distribución. (Véase el párrafo 42 anterior).

68

El término “seducción de niños” se utiliza a menudo para denominar la captación de niños con fines sexuales. Se refiere al proceso de establecer una relación con un niño, ya sea en persona o mediante el uso de la TIC, para facilitar el contacto sexual en el entorno virtual o fuera de él. Aunque la seducción o la captación de niños con fines sexuales no está explícitamente contemplada en el Protocolo Facultativo, se trata de una forma de explotación sexual de niños que puede constituir un delito incluido en el Protocolo. Por ejemplo, la seducción de niños implica a menudo la producción y divulgación de imágenes de abusos sexuales de niños (“pornografía infantil”).

Aunque los términos grooming o captación de niños con fines sexuales no se mencionan explícitamente en el OPSC, representan una forma de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes.¹⁵⁰ Las evidencias demuestran que la dinámica de esta amenaza ha cambiado considerablemente en los últimos años y que el período de tiempo que transcurre entre el contacto inicial con un niño y el resultado del delito suele ser extremadamente corto, ya que los delincuentes se centran en conseguir rápidamente una ventaja sobre la víctima.¹⁵¹

La captación de niños con fines sexuales (grooming) está contemplada en el artículo 23 del Convenio de Lanzarote, que exige a las Partes que tipifiquen como delito la propuesta intencionada, a través de las TIC, de que un adulto se reúna con un niño o niña para abusar de él/ella o explotarlo/la sexualmente.

¹⁴⁹ Informe del ACNUDH ADRC 2016, párrafo 24; Orientaciones de Luxemburgo, p.43-44.

¹⁵⁰ Ver por ejemplo: ICMEC, Grooming por internet de niños, niñas y adolescentes con fines sexuales: modelo de legislación y revisión global, 2017. Disponible en: https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/09/Grooming-Por-Internet-de-Ninos_FINAL_9-18-17_ES_FINAL.pdf

¹⁵¹ CEOP, “Evaluación de la amenaza de explotación y abuso sexual infantil (2013). Disponible en: https://www.norfolkscb.org/wp-content/uploads/2015/03/CEOP_Threat-Assessment_CSE_JUN2013.pdf

Dado que la captación de un niño a través de las TIC no da lugar necesariamente a un encuentro en persona, en un dictamen adoptado en junio de 2015, el Comité de Lanzarote ha recomendado a las Partes que amplíen la interpretación del artículo 23 y abarquen también los encuentros en línea con un niño.¹⁵² El grooming en línea sin la intención de reunirse con el niño en persona se ha tipificado como delito en al menos 34 países.¹⁵³

El proceso de captación es un componente clave de la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en el deporte. La estrecha relación que se establece entre un niño y su entrenador, preparador físico o médico deportivo crea un contexto complejo que hace que la captación con fines sexuales sea difícil de reconocer para la víctima y para los demás.¹⁵⁴

SUGERENCIAS DE RECURSOS

ICMEC, Grooming por internet de niños, niñas y adolescentes con fines sexuales: modelo de legislación y revisión global, 2017, 1ª Edición. Informe del Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados. Alexandria USA, 2017. **Disponible aquí**

Dictamen del Comité de Lanzarote sobre el artículo 23 del Convenio de Lanzarote, La captación de niños con fines sexuales a través de las tecnologías de la información y la comunicación (Grooming). **Disponible aquí**

69

La extorsión sexual de niños, a veces denominada “sextorsión”, es una práctica por la que se obliga a un niño a que acepte dar favores sexuales, dinero u otros beneficios bajo la amenaza de que se compartirá material sexual en el que este aparece, por ejemplo en los medios de comunicación social. Dicha práctica suele estar relacionada con la captación con fines sexuales y el sexting, y el Comité está preocupado porque las exigencias de los delincuentes son cada vez más extremas, violentas, sádicas y degradantes, lo que hace correr a los niños graves riesgos.

Según el Virtual Global Taskforce, el uso de técnicas coercitivas, incluyendo la agresión y el chantaje para asegurar la conformidad de la víctima, se ha convertido en una característica de la captación en línea (es decir, el grooming), y ha evolucionado hasta convertirse en una nueva forma de actividad delictiva.¹⁵⁵

En 2016, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU exhortó a los Estados a “tipificar como delito todas las conductas pertinentes relacionadas con la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes en línea y fuera de ella, incluidas, entre otras, sus formas más recientes, como la captación de menores con fines sexuales conocida como “grooming”, la extorsión sexual y la transmisión de abusos de niños, niñas y adolescentes, así como la posesión o distribución de material de este tipo de abuso sexual, el acceso a él, la posesión o distribución, el intercambio, la producción o el pago de material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes y la visualización, la realización o la facilitación de la participación de niños en abusos sexuales en directo transmitidos a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, al tiempo que se garantiza que su legislación tenga en cuenta la posible evolución futura del modus operandi del abuso y la explotación sexual infantil en línea”.¹⁵⁶

¹⁵² Ver en particular los párrafos 17-20 del Dictamen del Comité de Lanzarote sobre el artículo 23 del Convenio de Lanzarote. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168064de98>

¹⁵³ ICMEC, Grooming por internet de niños, niñas y adolescentes con fines sexuales: modelo de legislación y revisión global, 2017, 1ª Edición. Informe del Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados. Alexandria USA, 2017. Disponible aquí: https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/09/Grooming-Por-Internet-de-Ninos_FINAL_9-18-17_ES_FINAL.pdf

¹⁵⁴ Ver por ejemplo: Ingunn Bjornseth y Attila Szabo, “Sexual Violence Against Children in Sports and Exercise: A Systematic Literature Review”, en: Journal of Child Sexual Abuse, Volumen 27, 2018 – Issue 4.

¹⁵⁵ Virtual Global Taskforce, “Child Sexual Exploitation Environmental Scan” (2015). Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/2015-vgt-child-sexual-exploitation-environmental-scan>

¹⁵⁶ Naciones Unidas, Resolución 31/7 del Consejo de Derechos Humanos, adoptada el 23 de marzo de 2016, párrafo 4. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/083/38/PDF/G1608338.pdf?OpenElement>

Este puede ser el caso cuando, por ejemplo, las personas que desempeñan funciones de cuidado o de aplicación de la ley utilizan técnicas coercitivas para recibir favores sexuales de niños en situaciones vulnerables a cambio de ayuda. Esta cuestión se destaca en la Observación General nº 21 del Comité con respecto a los niños en situación de calle.¹⁵⁷

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Virtual Global Taskforce, “Child Sexual Exploitation Environmental Scan” (2015). **Disponible aquí**

70

El Comité observa que a veces se obliga a los niños a presenciar actividades sexuales y alienta a los Estados partes a tipificar como delito el hecho de que se propicie intencionadamente, con fines sexuales, que un niño presencie abusos o actividades de tal naturaleza, aunque no tenga que participar en ellos.

La causación intencionada, con fines sexuales, de un niño o niña para que presencie abusos sexuales o actividades sexuales, incluso sin tener que participar, está contemplada en el artículo 22 del Convenio de Lanzarote sobre “Corrupción de menores”. Cabe señalar que, en el contexto del artículo 22, un “niño” se califica específicamente como un niño por debajo de la edad legal para las actividades sexuales. Esta distinción entre niños por encima o por debajo de la edad de consentimiento sexual no se ha reflejado en el párrafo 69 de las Directrices del OPSC, en el que el Comité anima a los Estados Partes a tipificar como delito esta conducta contra cualquier persona menor de 18 años.¹⁵⁸ En cualquier caso, si el autor utiliza cualquier forma de violencia mental o física para hacer que un niño presencie actividades sexuales, ese acto debe calificarse como delito.

71

Las medidas legislativas y de otro tipo destinadas a combatir los delitos sexuales deben diferenciar explícitamente entre delinquentes adultos y niños, haciendo especial hincapié en la capacidad de cambio y mejora de estos últimos. Al examinar la definición y prohibición de los delitos sexuales, es importante evitar que los niños y los adolescentes entren en contacto con el sistema de justicia penal, debido a su condición especial. Los niños deben ser tratados siempre en sistemas especializados, que deben derivarlos a servicios terapéuticos cuando proceda y evitar los antecedentes penales o su inclusión en registros.

Con el aumento del uso de las TIC, los niños, niñas y adolescentes también participan cada vez más, a sabiendas o no, en la distribución de material sexualizado de otros niños, lo que puede producir los mismos efectos traumáticos en las víctimas que si lo hace un adulto. Además, el material, una vez que circula en línea, puede ser muy difícil de eliminar.

¹⁵⁷ Comité de los Derechos del Niño de la ONU, “Observación General num. 21 (2017) sobre los niños en situación de calle», UN Doc. CRC/C/GC/21, párrafo 60. Véase también: Testimonios recogidos de niños/jóvenes de la calle que participaron en una consulta celebrada en Harare, Zimbabue, del 9 al 11 de marzo de 2016, en Consorcio para los Niños de la Calle, “Informe de la consulta en África para la Observación General del Comité de los Derechos del Niño de la ONU sobre los niños en situación de calle. Febrero - marzo de 2016», 2016. Disponible en: <https://www.streetchildren.org/wp-content/uploads/2016/05/Report-on-Ghana-Zimbabwe-DRC-consultations-April-2016-1.pdf>;

¹⁵⁸ Orientaciones de Luxemburgo (Sección A.3.ii, p. 7-8) recomiendan una norma de protección estricta que abarque a todos los niños menores de 18 años.

Si bien un niño o niña nunca debería ser considerado responsable penalmente por la producción de contenido sexual autogenerado que lo represente, la difusión de contenido sexual que represente a otros puede, en algunos Estados, ser objeto de responsabilidad. Esta compleja cuestión requiere una cuidadosa atención, y se anima a los Estados partes a establecer marcos legales claros que protejan a los niños, pero también a garantizar que los niños sean conscientes de la gravedad de tal comportamiento y de que puede acarrear consecuencias en términos de responsabilidad penal.¹⁵⁹ La posible responsabilidad penal de los niños debe respetar las normas jurídicas internacionales en la materia.¹⁶⁰

Los niños pueden mostrar un comportamiento sexualmente perjudicial de diferentes maneras. Por ende, trabajar con los niños que cometen delitos sexuales de forma que puedan convertirse en adultos no delincuentes es un reto, pero es posible. Al responder a un delito sexual presuntamente cometido por un niño, se debe dar prioridad a las medidas que no son procedimientos penales, siempre que se respeten plenamente los derechos humanos y las garantías legales (artículo 40.3(b) de la Convención). Este enfoque se conoce como “desviación” y permite una variedad de medidas no judiciales, dependiendo de la gravedad del delito y del perfil del joven delincuente.

Por ejemplo, una alternativa al enjuiciamiento puede ser que el niño participe en un curso sobre sexualidad/delitos sexuales y su impacto, o que participe en un programa de justicia restaurativa que podría incluir una mediación entre el niño y la víctima con vistas a restaurar el daño causado no sólo a la sociedad sino también a la relación social entre el niño y la víctima. Cuando es posible, la participación de los padres en las medidas de intervención suele ser beneficiosa.

De acuerdo con el artículo 37 de la Convención, la privación de libertad del niño debe ser una medida de último recurso. El Comité ha hecho saber que el establecimiento de una pena mínima para un niño que comete un delito no se ajusta a las normas internacionales sobre los derechos del niño y la justicia de menores. Una pena mínima obligatoria hace imposible que el juez tenga en cuenta el perfil o la personalidad del niño, su entorno familiar y social, y las posibles circunstancias atenuantes.

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia a menores (Reglas de Beijing) adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985. **Disponible aquí**

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 28 de marzo de 1991. **Disponible aquí**

UNODC Manual para cuantificar los indicadores de la justicia de menores (2006). **Disponible aquí**

UNICEF, *Diversion not Detention: A study on diversion and other alternative measures for children in conflict with the law in East Asia and the Pacific*, 2017. **Disponible aquí**

Directrices de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, Recomendado por la Resolución 1997/30 del Consejo Económico y Social, de 21 de julio de 1997. **Disponible aquí**

¹⁵⁹ El Comité de Lanzarote ha proporcionado orientaciones concretas a este respecto en su Dictamen sobre las imágenes y/o vídeos sexualmente sugerentes o explícitos generados, compartidos y recibidos por niños. Disponible en: <https://rm.coe.int/opinion-of-the-lanzarote-committee-on-child-sexually-suggestive-or-exp/168094e72c>

¹⁶⁰ Ver: Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia a menores (Reglas de Beijing), Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), UNODC Manual para cuantificar los indicadores de la justicia de menores y las Directrices del Consejo de Europa sobre la justicia adaptada a los niños.

El Comité pone de relieve que los menores de 18 años nunca pueden consentir en ser objeto de ninguna forma de venta o de explotación o abuso sexuales, y los Estados partes deben tipificar como delito todos los contemplados en el Protocolo Facultativo que se cometan contra cualquier niño que no haya cumplido 18 años de edad. Todo presunto consentimiento de un niño a actos sexuales de explotación o abuso debe considerarse nulo y sin valor.

Esto es importante y hay que tener en cuenta que no debe existir ninguna confusión entre la edad de consentimiento sexual y el hecho de consentir la explotación.¹⁶¹ Incluso si el delincuente y/o la propia víctima menor de edad creyeran que han consentido los actos relacionados con su venta o explotación sexual, ese presunto “consentimiento” no cambia la naturaleza delictiva de dichos actos ni podría considerarse como una circunstancia atenuante.

Varios Estados partes permiten que los niños, niñas y adolescentes participen en actividades sexuales a partir de una determinada edad, conocida como “la edad de consentimiento sexual”,¹⁶² generalmente entendida como la edad por debajo de la cual, de acuerdo con la legislación nacional, está prohibido realizar actividades sexuales con un niño en cualquier circunstancia, siendo irrelevante el consentimiento.¹⁶³ Un niño o niña que tenga o supere la edad de consentimiento sexual puede, con su consentimiento, participar en actividades sexuales.

La edad de consentimiento sexual difiere significativamente entre los diferentes Estados partes, y a veces es tan baja como 12 o 13 años de edad.¹⁶⁴

Esto puede confundir en cuanto a la comprensión y uso inadecuados de la edad de consentimiento sexual.

Es importante destacar lo siguiente:

- (a) Se puede considerar que la edad de consentimiento sexual reconoce la evolución de las capacidades del niño y niña, pero no debe fijarse a un nivel demasiado bajo, dados los posibles riesgos de participar en actividades sexuales;
- (b) Ningún niño o niña debería, bajo ninguna circunstancia, ser capaz de consentir legalmente su propia explotación o abuso;¹⁶⁵
- (c) Los niños, niñas y/o adolescentes que tengan o superen la edad de consentimiento sexual deben recibir toda la información necesaria sobre todos los aspectos y consecuencias del consentimiento a las actividades sexuales¹⁶⁶

Los Estados partes no deben penalizar a los adolescentes que mantengan relaciones sexuales consentidas con otros de edades similares

¹⁶¹ Sobre esta cuestión, el órgano de la OIT que supervisa la aplicación del C182 en 2016 tomó nota con satisfacción de la modificación legislativa en Suiza (con referencia también al Convenio de Lanzarote). El Comité de la OIT destacó que “es necesario hacer una distinción entre la edad de consentimiento sexual y la libertad de ejercer la prostitución.” Véase https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:3298377,es:NO

¹⁶² Para ver un mapa de los requisitos de edad mínima para el consentimiento sexual en Europa, véase la investigación realizada por la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/mapping-minimum-age-requirements/sexual-consent>

¹⁶³ Ver el artículo 2 de la Directiva 2011/93 de la Unión Europea (UE) relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil y las Orientaciones de Luxemburgo, p. 7-8.

¹⁶⁴ Los resúmenes legislativos nacionales del ICMEC enumeran la edad de consentimiento en el informe de cada país. Disponible en <https://www.icmec.org/education-portal/international-national-law/>

¹⁶⁵ Ver las Orientaciones de Luxemburgo, p. 7-8.

¹⁶⁶ Esta información debe proporcionarse, entre otras cosas, a través de los programas escolares de salud y derechos sexuales y reproductivos. Estos programas de prevención se abordan con más detalle en la sección V Prevención.

Esta recomendación del Comité se aplica en particular a adolescentes que tienen o superan la edad de consentimiento sexual. Si consienten en realizar actividades sexuales con otro adolescente o adulto joven, la actividad no constituye un delito, y las sanciones penales por dichas actividades deberían estar fuera de lugar. En cuanto a la noción de “edades similares”, corresponde a cada Estado parte establecer una diferencia de edad que se considere adecuada.

Sin embargo, pueden surgir dificultades en ciertos casos en los que una de las dos personas implicadas no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual. Por ejemplo, si un chico de 16 años (o, según el país, justo por encima de cualquier otra edad de consentimiento sexual) mantiene relaciones sexuales con una chica de 15 años (o, según el país, justo por debajo de cualquier otra edad de consentimiento sexual) con su consentimiento. De acuerdo con la legislación nacional, esto puede considerarse un delito, ya que se presume que la niña no puede dar su consentimiento, y un padre o representante legal de la niña puede denunciarlo al fiscal.

Aunque el Comité no puede recomendar que estos casos no se procesen en absoluto, parece necesaria una evaluación caso por caso, y debe tenerse en cuenta que un procesamiento puede no ser en el mejor interés ni del niño ni de la niña. La forma de abordar estos casos en la práctica se deja en manos de los Estados partes, que pueden establecer una determinada práctica judicial y/o normas sobre cómo tratar estos casos.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

Cuando un fiscal en los Países Bajos recibe una denuncia (como la mencionada anteriormente) del padre/representante legal de la niña, sólo iniciará un proceso después de haber escuchado a la adolescente por la que se hizo la denuncia. El fiscal se reunirá con la niña y escuchará sus opiniones. Tras esta audiencia, puede decidir no procesar al chico (Artículo 65, párrafo 1, Ley Penal y Artículo 165 a, Ley de Procedimiento Penal).

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS REGIONALES

El artículo 18.3 del Convenio de Lanzarote no regula las actividades sexuales consentidas entre niños. “No es la intención de este Convenio criminalizar las actividades sexuales de los jóvenes adolescentes que están descubriendo su sexualidad y que tienen experiencias sexuales entre ellos en el marco del desarrollo sexual. Tampoco se pretende abarcar las actividades sexuales entre personas de edad y madurez similares”. (Convenio de Lanzarote, Informe explicativo, §129).

VI. Sanciones

74

El Comité recuerda que, con arreglo al artículo 7 del Protocolo Facultativo, los Estados partes están obligados a adoptar medidas para disponer la incautación y confiscación de todo bien utilizado para cometer o facilitar la comisión de los delitos previstos en el Protocolo Facultativo y de todo producto obtenido de esos delitos, y a adoptar medidas encaminadas a cerrar los locales utilizados para cometerlos. También debe garantizarse la cooperación internacional a ese respecto, y se deben atender todas las solicitudes de incautación o confiscación presentadas por otro Estado parte.

En cuanto a las sanciones por los delitos contemplados en el Protocolo, pueden ser útiles algunas observaciones e informaciones adicionales. El OPSC contiene dos artículos que se refieren a las sanciones. El primero es el artículo 3.3, de carácter general, y el segundo es el artículo 7, que aborda específicamente las medidas de incautación y confiscación. Ambos artículos son aplicables a las personas físicas (individuos) y a las personas jurídicas (sociedades mercantiles, servicios sociales y organizaciones sin ánimo de lucro) condenadas por haber cometido o intentado cometer un delito contemplado en la OPSC o por haber sido cómplices o partícipes de dicho delito.

El artículo 3.3 del Protocolo Facultativo establece que todos los delitos contemplados en él deben ser castigados “con penas adecuadas a su gravedad”. Este texto deja claro que todos los delitos contra las personas menores de edad contemplados en él deben considerarse graves. Sin embargo, se puede decir que los diferentes actos cubiertos por el Protocolo difieren en cuanto al grado de gravedad, y la incorporación de esta norma en la legislación nacional puede plantear ciertos problemas. La violación de un niño se considera generalmente como un acto de naturaleza muy grave, mientras que puede ser más difícil evaluar, por ejemplo, la gravedad de la posesión de material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes (que puede depender también de la cantidad de material, la naturaleza del material, cómo se ha obtenido, etc.).

Tras la evaluación del grado de gravedad de un delito contemplado en el OPSC, los Estados deben expresar ese grado de gravedad en una sanción o pena adecuada. Determinar, por ejemplo, cuál es la pena adecuada para la violación de un niño, la producción o posesión de material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes, o para otros actos que pueden ser penalizados, como hacer que un niño presencie actividades sexuales, es también un ejercicio difícil.

Las circunstancias agravantes que pueden desempeñar un papel en este proceso de determinación son factores como la edad y/o la situación especialmente vulnerable de la víctima, el abuso de una posición de confianza o autoridad por parte del delincuente, el trauma físico y mental sufrido por la víctima y la participación al delito de más de un autor.

El artículo 7 del Protocolo utiliza términos como incautación, confiscación, bienes, instrumentos y productos, pero sin definir estas nociones, dejando que sean los Estados parte quienes lo hagan. A este respecto, los Estados podrían beneficiarse de las definiciones que figuran en el Convenio sobre blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito del Consejo de Europa.¹⁶⁷

Por último, debe considerarse la posibilidad de que el producto del delito o los bienes confiscados puedan destinarse a un fondo especial para financiar programas de prevención y asistencia a las víctimas de los delitos contemplados en el Protocolo.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Consejo de Europa, Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito Estrasburgo, 8.XI.1990 (ETS n° 141).

¹⁶⁸ A nivel europeo, esto está previsto en el Convenio de Lanzarote, artículo 27.5.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

Un ejemplo de cómo podría evaluarse la gravedad de los delitos de OPSC y cuál sería la pena adecuada es la Directriz definitiva sobre delitos sexuales elaborada por el Consejo de Sentencias del Reino Unido. Se trata de una directriz que contiene información detallada sobre la evaluación de la gravedad de un delito sexual contra un niño, distinguiendo las principales categorías y los factores que deben desempeñar un papel en la evaluación del nivel de culpabilidad del presunto autor, seguida de las gamas de penas sugeridas y una lista de factores agravantes y atenuantes que podrían desempeñar un papel en las decisiones finales sobre la duración de la pena. **Disponible aquí**

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS REGIONALES

El Convenio de Lanzarote (art. 27) establece que a las personas jurídicas responsables en virtud de las normas del artículo 26 (sobre la responsabilidad de las empresas) se les impondrán sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias que incluirán multas pecuniarias penales o no penales y podrán incluir (lista no exhaustiva): la exclusión del derecho a prestaciones o ayudas públicas; la inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales y la puesta bajo supervisión judicial.

75

Habida cuenta del aumento del uso de la TIC para cometer o facilitar la comisión de los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo, los Estados partes deben prestar especial atención a los diferentes medios electrónicos, incluidos tanto el equipo como los programas informáticos, utilizados para cometer esos delitos. El Comité subraya la necesidad de aplicar el artículo 7 del Protocolo Facultativo a esas nuevas formas de cometer dichos delitos, que pueden consistir en “locales” virtuales, como espacios de tertulias, foros virtuales y otros espacios en el entorno digital que no sean locales físicos en el sentido tradicional del término.

El Comité subraya que, en 2019, los “locales” son un concepto más amplio que en 2000, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Protocolo. Esto significa que también los “locales” como las salas de chat, los foros en línea y otros espacios en línea pueden y deben ser considerados para garantizar una protección eficaz de los niños, niñas y adolescentes contra la venta y la explotación sexual.

76

Deben establecerse normas y procedimientos claros sobre la forma en que se pueden reunir las pruebas durante las investigaciones de los delitos previstos en el Protocolo Facultativo, cómo, dónde y durante cuánto tiempo deben almacenarse y quién puede tener acceso a ellas. Asimismo, el Comité recomienda a los Estados partes que fijen normas claras sobre la destrucción de pruebas, en particular de material que muestre abusos sexuales de niños, cuya circulación puede seguir revictimizando a estos mucho después de la comisión del delito inicial.

Desde el punto de vista de la aplicación de la ley, el material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes es una prueba documentada del delito de abuso sexual o violación. Las técnicas forenses digitales, la búsqueda automatizada, el análisis de imágenes y las bases de datos de imágenes, la minería de datos y la analítica son herramientas que pueden utilizarse para la detección de dichas pruebas.¹⁶⁹ Sin embargo, siguen existiendo retos importantes para lograr una cooperación eficaz en lo que respecta a las investigaciones en línea y las pruebas electrónicas en asuntos penales relacionados con los delitos contemplados en el Protocolo.

¹⁶⁹ UNODC, Estudio sobre los efectos de las nuevas tecnologías de la información en el abuso y la explotación de los niños, Viena, 2015. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/Cybercrime/Study_on_the_Effects.pdf

Las pruebas de las acciones delictivas (por ejemplo, en forma de mensajes de audio y escritos, conexiones electrónicas, fotografías y vídeos) pueden transmitirse a través de redes y plataformas que pertenecen y son operadas por múltiples individuos. Esto proporciona una gama potencialmente mucho mayor de puntos de partida para la investigación que en los casos “offline” de abusos que tienen lugar en un solo lugar físico.¹⁷⁰

En un entorno web basado en la nube y en servidores remotos, los investigadores se ven cada vez más obligados a recabar pruebas de agentes privados como los proveedores de servicios de Internet, las compañías de telefonía móvil, las empresas de redes sociales y de intercambio de fotografías y otros proveedores terceros. Dichos terceros tienden a eliminar los datos después de un cierto período para despejar el espacio del servidor para su uso posterior.¹⁷¹

La interacción entre las fuerzas del orden y los proveedores de servicios es compleja y las obligaciones legales nacionales y las políticas de retención y divulgación de datos del sector privado varían mucho según el país, el sector y el tipo de datos. Los proveedores de servicios suelen exigir el debido proceso legal para la divulgación de los datos de sus clientes. En consecuencia, en muchas jurisdicciones es necesario obtener una orden judicial para acceder a las pruebas electrónicas de los proveedores de servicios. Dado que en un número cada vez mayor de delitos sexuales contra personas menores de edad están implicadas pruebas digitales en manos de actores privados, es fundamental que la industria y los gobiernos trabajen juntos para desarrollar mecanismos que permitan el acceso oportuno de las fuerzas de seguridad a los datos en situaciones de emergencia, junto con procesos legales justos y transparentes para las investigaciones rutinarias.¹⁷²

SUGERENCIAS DE RECURSOS

UNODC, Estudio sobre los efectos de las nuevas tecnologías de la información en el abuso y la explotación de los niños, Viena, 2015. **Disponible aquí**

77

La venta y la explotación sexual de niños constituyen graves violaciones de los derechos del niño y tienen un efecto negativo duradero en los niños víctimas. El Comité insta a los Estados partes a que, de conformidad con el artículo 3 del Protocolo Facultativo, sancionen todos los delitos que en él se contemplan con arreglo al derecho penal nacional mediante sanciones penales adecuadas que tengan en cuenta su gravedad.

Una cuestión que se plantea a menudo con respecto a las sanciones apropiadas es si la ley debería exigir una pena mínima obligatoria para los delitos sexuales (en particular cuando dichos delitos se cometen contra niños, niñas y adolescentes). Este enfoque deja poco o ningún margen para que los jueces o tribunales consideren los factores atenuantes, y hay argumentos tanto a favor como en contra de las penas mínimas obligatorias.¹⁷³

En la mayoría de las consideraciones que se hacen sobre las sanciones, se presta poca o ninguna atención a las sanciones para la personas menores de edad que han cometido un delito contemplado en el OPSC. Sin embargo, las personas menores de edad pueden cometer tales delitos y deben ser tratados en pleno cumplimiento de las reglas y normas establecidas en la Convención y otros instrumentos pertinentes (véase el párrafo 70).

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ver, por ejemplo, Evan Bernick and Paul J. Larkin, *Reconsidering Mandatory Minimum Sentences: The Arguments for and against Potential Reforms*. The Heritage Foundation, Legal Memorandum No. 114, 10 de febrero de 2014.

En cuanto a la suposición bastante común de que los delincuentes sexuales juveniles se convierten en delincuentes sexuales adultos, investigaciones y estudios empíricos recientes muestran que esta suposición ya no es válida (con algunas excepciones).¹⁷⁴ Un reciente estudio holandés ha demostrado que la mayoría de los delincuentes sexuales juveniles no siguen cometiendo delitos sexuales o de otro tipo después de la adolescencia. Un factor importante que reduce la continuación de la delincuencia es tener un trabajo.¹⁷⁵ Es importante tener en cuenta estas conclusiones a la hora de elaborar respuestas jurídicas y políticas a los delitos sexuales cometidos por niños, niñas o adolescentes.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

Un sistema con reglas para las penas mínimas obligatorias se puede encontrar en los Estados Unidos. En enero de 2019, la Comisión de Sentencias de los Estados Unidos publicó las “Penas mínimas obligatorias para delitos sexuales en el sistema federal de justicia penal”. Un hallazgo clave interesante: Los delincuentes condenados por delitos sexuales que conllevan una pena mínima obligatoria son condenados a penas más largas que los condenados por delitos sexuales que no conllevan una pena mínima obligatoria (p. 5).

Disponible aquí

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS REGIONALES

La Directiva 2011/93 de la UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes y la pornografía infantil. La Directiva establece, para los delitos de abuso sexual y explotación sexual de menores, la pena mínima de prisión de al menos 1 año para los delitos considerados de “menor” gravedad (hacer que un niño presencie actividades sexuales) y de al menos 5 años (por participar con un niño menor de la edad de consentimiento en actividades sexuales), etc. Los Estados miembros de la UE tenían la obligación de poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a las normas de esta Directiva antes del 18 de diciembre de 2013 (artículo 27 de la Directiva). **Disponible aquí**

78

Se debe distinguir entre la complicidad en un delito, la participación en él y la tentativa de cometerlo. Cada una de esas funciones diferentes en la comisión de un delito contemplado en el Protocolo Facultativo debe estar tipificada como tal en el derecho penal nacional.

Como en el caso del párrafo 45 de las Directrices, se trata de nuevo de un recordatorio a los Estados partes de que la obligación de penalizar los delitos contemplados en el OPSC se aplica también en caso de tentativa de cometer dichos delitos, o a cualquier tipo de rol subsidiario en la comisión de los mismos, como la complicidad o la participación.

Además, las recomendaciones que el Comité hace en relación con la penalización en sus Directrices, incluido el estímulo para asegurarse de que cualquier uso de las TIC para cometer o facilitar los delitos contemplados en el OPSC esté cubierto por las leyes penales, deberían aplicarse también a la tentativa, la complicidad y la participación. Las sanciones para estos tipos de participación en un delito contemplado en el OPSC pueden adaptarse en función de la gravedad del delito, pero también de la importancia del papel desempeñado, por ejemplo, por el cómplice o el participante. Las penas por tentativa suelen ser menos severas que las que se impondrían si el delito se hubiera consumado.

¹⁷⁴ Ver, por ejemplo F.E. Zimring, A.R. Piquero & W.G. Jennings, Sexual delinquency in Racine. Does early sex offending predict later sex offending in youth and young adulthood? *Criminology and Public Policy*, 2007, 6, p. 507 – 543.

¹⁷⁵ C.J.W. van den Berg, *From Boys to Men: Explaining Juvenile Sex Offenders' Criminal Careers*. Amsterdam: VU University, 2015.

Los Estados partes deben garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables, en virtud del derecho penal, civil o administrativo, por haber cometido o intentado cometer delitos contemplados en el Protocolo Facultativo, o por haber sido cómplices o haber participado en ellos. Asimismo, deben establecer por ley la responsabilidad de las empresas de TIC de bloquear y eliminar el material sobre abusos sexuales de niños alojado en sus servidores, de las instituciones financieras de bloquear y rechazar las transacciones financieras destinadas a pagar por esos delitos, de las empresas del deporte y el entretenimiento de adoptar medidas de protección de la infancia, y del sector de los viajes y el turismo, incluidas las agencias de viajes en Internet y los sitios web de reservas, de abstenerse de facilitar la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes.

El Protocolo Facultativo ofrece detalles limitados sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su artículo 3.4 exige a los Estados partes que adopten medidas, cuando proceda, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos contemplados en el Protocolo, y dicha responsabilidad puede ser penal, civil o administrativa.

Las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables de un delito de OPSC cometido por cualquier persona física que actúe como parte de un órgano de esa persona jurídica. Pero la responsabilidad también puede establecerse por no haber impedido un delito de OPSC, por ejemplo, debido a la falta de supervisión o control de una persona física (que forma parte de un órgano de la persona jurídica o que ocupa un cargo directivo) que comete un delito cubierto por el OPSC, o por la falta de control de la forma en que se utilizan los locales o los medios de la persona jurídica, si éstos se utilizan para cometer o facilitar un delito cubierto por el OPSC. En estos casos, la persona jurídica como tal puede ser objeto de medidas que pueden ser de carácter civil o penal.

En el párrafo 79 de las Directrices, el Comité hace hincapié en la responsabilidad que pueden y deben tener las empresas de TIC, las instituciones financieras, las industrias del deporte y el entretenimiento, así como el sector de los viajes y el turismo, en la prevención de la venta y la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes y en la colaboración para su protección efectiva.

Es urgente luchar contra la impunidad de los delitos contemplados en el Protocolo. La venta y la explotación y el abuso sexual de los niños se encuentran entre las violaciones más graves de los derechos de los niños a la dignidad y la protección. Estos delitos extremadamente graves tienen un impacto negativo duradero en las víctimas. Por lo tanto, es imperativo que los Estados partes tomen todas las medidas necesarias para perseguir y castigar a los autores de estos delitos mediante la imposición de sanciones adecuadas.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre Sri Lanka, UN Doc. CRC/C/OPSC/LKA/CO/1, 3 de julio de 2019, párrafos 29 y 30; la República Democrática del Congo, UN Doc. CRC/C/OPSC/COD/CO/1, 28 de febrero de 2017, párrafo 29; Benín, UN Doc. CRC/C/OPSC/BEN/CO/1, 29 de noviembre de 2018, párrafos 28 y 29; Angola, UN Doc. CRC/C/OPSC/AGO/CO/1, 29 de junio de 2018, párrafo 27-28.

VII. Jurisdicción y extradición

80

Como mínimo, los Estados partes deben hacer efectiva la jurisdicción penal con respecto a todos los delitos mencionados en el artículo 3, párrafo 1, del Protocolo Facultativo, examinados en la sección V supra, cuando los delitos se cometan en su territorio o a bordo de un buque o una aeronave matriculados en ese Estado, independientemente de la ubicación del buque o la aeronave. Dicha jurisdicción permite al Estado investigar y enjuiciar todos esos delitos, independientemente de que el presunto autor o la víctima sean nacionales de ese Estado. De ser necesario, el Estado puede dictar una orden de detención internacional de un presunto autor. El Comité insta a los Estados partes a que velen por que se promulguen leyes para cumplir esta obligación.

El Comité se limita a reiterar lo establecido por el artículo 4 del Protocolo Facultativo, subrayando que la obligación contenida en él establece los criterios mínimos para la jurisdicción penal de los delitos contemplados en él.

81

El Comité alienta a los Estados partes a que amplíen la capacidad de investigación de la policía para encontrar y rescatar a los niños víctimas y hagan que las fuerzas del orden realicen operaciones encubiertas y reciban formación al respecto, ya que son fundamentales para investigar delitos como la producción y distribución de material que muestra abusos sexuales de niños. También los alienta a que intensifiquen la cooperación internacional sobre este tema y a que utilicen los conocimientos especializados y los recursos desarrollados por la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) para hacer frente a los delitos contra niños.

Se llevan a cabo muchas acciones diferentes para identificar a los niños, niñas y adolescentes víctimas de abusos o explotación sexual. La iniciativa más importante es la Base de Datos Internacional de INTERPOL sobre Explotación Sexual de Niños (ICSE), la única plataforma mundial de este tipo. La base de datos ICSE permite a los funcionarios especializados utilizar un sofisticado software de comparación de imágenes y vídeos para establecer conexiones entre las víctimas, los agresores y los lugares. Los usuarios certificados de los países miembros pueden acceder a la base de datos directamente y en tiempo real, proporcionando respuestas inmediatas a las consultas relacionadas con las investigaciones sobre explotación sexual de niños, niñas y adolescentes.

Además, tanto INTERPOL como Europol han puesto en marcha grupos de trabajo para la identificación de víctimas que se reúnen periódicamente para impulsar la capacidad de identificación de las víctimas y analizar la información para identificar y localizar a los niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual.

SUGERENCIAS DE RECURSOS

INTERPOL, Delitos contra menores. **Disponible aquí**

82

De conformidad con el artículo 4, párrafo 2, del Protocolo Facultativo, cada Estado parte también debe hacer efectiva su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en el Protocolo Facultativo que se cometan fuera de su territorio (jurisdicción extraterritorial) cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado o una persona cuya residencia habitual se encuentre en su territorio, o cuando el niño víctima sea nacional del Estado en cuestión. En virtud de la jurisdicción extraterritorial, un Estado puede iniciar la investigación y el enjuiciamiento de los presuntos delincuentes si se cumplen los criterios mencionados. Para ello, no es necesario que el presunto delincuente esté presente en el territorio del Estado. Si bien el Estado en que se cometió el delito es el principal responsable de la investigación y el enjuiciamiento del presunto delincuente, el Estado del que este es nacional o en el que tiene su residencia habitual tiene potestad para investigar y enjuiciar, lo que puede incluir la emisión de una orden de detención internacional de dicho presunto delincuente.

Aunque el texto del artículo 4.2 OPSC no menciona explícitamente el término “jurisdicción extraterritorial”, se entiende a partir del contexto del artículo 4, que comienza con la jurisdicción territorial en el apartado 1, que el apartado 2 se refiere a la jurisdicción extraterritorial. El contenido del apartado 2 no tendría sentido si estuviera vinculado a la jurisdicción territorial.

La jurisdicción extraterritorial es una herramienta importante para llevar a los autores de la venta y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes ante la justicia y debe utilizarse siempre que sea necesario. Dada la responsabilidad primaria del Estado en cuyo territorio se comete el delito, es una cuestión de buena práctica que el Estado del que es nacional el presunto delincuente se ponga en contacto con la autoridad policial del otro Estado antes de ejercer su jurisdicción extraterritorial. Además, al ejercer su jurisdicción extraterritorial, un Estado debe tratar de cooperar con las autoridades del Estado en el que se cometió el delito, ya que puede proporcionar información relevante para las autoridades fiscales.

83

En cuanto a la legislación sobre jurisdicción extraterritorial, el Comité alienta a los Estados partes a que incluyan los casos en que un niño víctima no sea nacional pero tenga su residencia habitual en el territorio del Estado.

No está claro por qué, en el artículo 4.2 del Protocolo, el uso de la jurisdicción extraterritorial se extiende no sólo a los delincuentes que son originales de un Estado sino también a los que tienen su residencia habitual en su territorio, mientras que la misma disposición se limita a un niño, niña o adolescente víctima que es oriundo del mismo Estado.

Concretamente, esto significa que un delincuente que tiene su residencia habitual en el Estado puede ser procesado por un delito cometido en el extranjero, mientras que una persona menor de edad que tiene su residencia habitual en el Estado y que es víctima de la venta o la explotación sexual en el extranjero no puede beneficiarse de un procesamiento por parte de la autoridad policial del país en el que vive porque no es nacional. Esta distinción podría equivaler a una discriminación, prohibida por el artículo 2 de la Convención.

Dado el carácter a menudo transnacional de los delitos cubiertos por el OPSC, las víctimas pueden ser de cualquier nacionalidad y origen. A fin de garantizar la misma protección a todos los niños, niñas y adolescentes contra la venta y la explotación sexual, y teniendo en cuenta su derecho a la no discriminación, sería conveniente que los Estados ejercieran su jurisdicción también cuando la víctima tenga su residencia habitual en ese Estado, independientemente de su nacionalidad, en particular si el Estado del que es nacional el niño no quiere o no puede ejercer su jurisdicción.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS REGIONALES

El artículo 25 del Convenio de Lanzarote se refiere explícitamente tanto a la nacionalidad como a la residencia habitual de la persona que comete la infracción y de la persona contra la que se comete la infracción.

84

Los Estados partes deben eliminar el requisito de la doble incriminación, de forma que se pueda hacer efectiva la jurisdicción extraterritorial con respecto a los delitos comprendidos en el Protocolo Facultativo cometidos en otro Estado, incluso si el delito en cuestión no está tipificado como tal en ese Estado. El principio de la doble incriminación crea una laguna en la legislación que permite la impunidad y no debe aplicarse.

El principio de “doble incriminación” significa que el acto que será objeto de enjuiciamiento tiene que ser un delito en virtud de la legislación del país en el que tuvo lugar el acto, así como en el país en el que se iniciará el enjuiciamiento con el uso de la jurisdicción extraterritorial. Este requisito puede representar un grave obstáculo para llevar a los autores ante la justicia, en particular en los casos de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en el contexto de los viajes y el turismo. El Comité ha recomendado en repetidas ocasiones a los Estados partes que eliminen el requisito de la doble incriminación de la legislación nacional.¹⁷⁷

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS REGIONALES

El artículo 25.4 del Convenio de Lanzarote exige a los Estados partes que adopten las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que la doble incriminación no sea una condición para el enjuiciamiento del presunto autor, y esta norma se considera un gran avance en la protección de los niños frente a determinados actos de explotación y abuso sexuales.

85

La jurisdicción extraterritorial es particularmente importante respecto de los delitos de venta o explotación sexual de niños, niñas y adolescentes cuando es probable que el delincuente viaje a otro país, como en el caso de la venta para el comercio de órganos o para la adopción internacional ilegal, o de la explotación sexual en el sector de los viajes y el turismo. Dado que la explotación quizá no se detecte hasta que el delincuente haya salido del país en que se cometió el delito, es esencial garantizar que los Estados partes tengan la capacidad de enjuiciar al delincuente

Esto también se establece en la Recomendación 190 de la OIT, párrafo 15 (d), que se redactó pensando especialmente en los delitos sexuales cometidos en el contexto de los viajes y el turismo. Dice así: “Otras medidas encaminadas a la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil podrían ser las siguientes: {...} (d) permitir a todo Miembro que procese en su territorio a sus nacionales que infrinjan las disposiciones nacionales sobre la prohibición y la eliminación inmediata de las peores formas de trabajo infantil, aun cuando dichas infracciones se hayan cometido fuera de su territorio”.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Véase, por ejemplo: Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre Sri Lanka, UN Doc. CRC/C/OPSC/LKA/CO/1, 3 de julio de 2019, párrafo 36; Observaciones finales sobre Chequia, UN Doc. CRC/C/OPSC/CZE/CO/1, 5 de marzo de 2019, párrafo 29; Observaciones finales sobre Níger, UN Doc. CRC/C/OPSC/NER/CO/1, 12 de diciembre de 2018, párrafo 27.

¹⁷⁸ Organización Internacional del Trabajo, R190 – Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R190#:~:text=Una%20mayor%20cooperaci%C3%B3n%20y%20Fo,organizaciones%20de%20empleadores%20y%20de

86

El Comité recuerda a los Estados partes que deben, como mínimo, hacer efectiva su jurisdicción con respecto a los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo cometidos en el extranjero cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no sea extraditado por ser uno de sus nacionales (art. 4, párr. 3). Asimismo, insta a los Estados partes a que introduzcan todas las modificaciones legislativas necesarias para cumplir esta obligación. En situaciones de fronteras permeables, en las que los delincuentes pueden desplazarse y cruzar fácilmente de un país a otro, la cooperación policial y judicial a nivel regional es esencial para luchar contra la impunidad.

Cada vez es más fácil viajar a través de las fronteras, y en muchas regiones se han suavizado las restricciones y los controles de viaje. En este contexto, el intercambio de información sobre los viajeros que han sido condenados por delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes es cada vez más importante, tanto para evitar que los delincuentes condenados cometan delitos similares en los países vecinos como para aumentar las posibilidades de detener y procesar (incluso de reunir pruebas) a los delincuentes sexuales que van y vienen entre los países de una región.

87

Preocupan al Comité el aumento del uso de las TIC para cometer delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, así como también los nuevos problemas de territorialidad. Un delincuente puede, por ejemplo, estar en un país viendo o incluso ordenando la transmisión en directo del abuso sexual de que está siendo víctima un niño en otro país. Para poner fin de manera efectiva a la impunidad aún generalizada de que gozan los delitos en los que no existe un acto “directo”, y garantizar que los delincuentes que cometen delitos mediante el uso de la TIC sean enjuiciados, el Comité alienta a los Estados partes a que hagan efectiva la jurisdicción universal respecto de todos los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo, es decir, que permitan la investigación y el enjuiciamiento de esos delitos independientemente de la nacionalidad o la residencia habitual del presunto delincuente y de la víctima. Además, el Comité recuerda que muchos de los delitos previstos en el Protocolo Facultativo también pueden cometerse o facilitarse mediante el uso de la TIC, y que la jurisdicción debe abarcar igualmente esas formas de delinquir.

Como expuso la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de los niños en su informe de 2014 al Consejo de Derechos Humanos, “los países también deben adoptar medidas adecuadas para hacer frente a las conductas delictivas que trascienden las fronteras gracias a Internet. El artículo 4 del Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía exige a los Estados que consideren la posibilidad de adoptar el principio de extraterritorialidad para combatir la venta y la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes.” Sin embargo, “Internet plantea nuevos retos a la territorialidad. Un delincuente puede estar en un país viendo la transmisión en vivo de un niño que está siendo abusado en otro país. Las leyes nacionales deben prohibir a quienes observan los abusos de niños en cualquier lugar del mundo en que se produzcan.”¹⁷⁹

¹⁷⁹ Informe de la Relatora Especial de la ONU Maud de Boer-Buquicchio, Documento A/HRC/28/56 (2014), párrafo 56. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/28/56>

88

El Comité desea recordar las siguientes normas relativas a la extradición respecto de los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo, sobre la base del artículo 5:

- (a) El Protocolo Facultativo proporciona una base jurídica suficiente para la extradición entre los Estados partes respecto de los delitos que define. Por consiguiente, en lo que concierne a esos delitos, y de conformidad con el artículo 5, párrafo 2, los Estados partes no necesitan tener un tratado de extradición con otros Estados partes para poder conceder una extradición solicitada;*
- (b) Los Estados partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado deben reconocer, de conformidad con el artículo 5, párrafo 3, que dichos delitos dan lugar a la extradición entre ellos;*
- (c) A los efectos de la extradición entre Estados partes, se considerará, en virtud del artículo 5, párrafo 4, que los delitos se han cometido no solamente en el lugar donde ocurrieron sino también en el territorio de los Estados obligados a hacer efectiva su jurisdicción con arreglo al artículo 4. Además, si un Estado parte no extradita al presunto delincuente por el hecho de que sea nacional de ese Estado, está obligado, en virtud del artículo 5, párrafo 5, a adoptar medidas para enjuiciarlo, de conformidad con la obligación de extraditarlo o juzgarlo.*

Este párrafo es importante ya que muestra claramente que la extradición de un presunto delincuente por delitos cubiertos por el OPSC no necesita ningún tratado bilateral particular. El OPSC es, en sí mismo, suficiente como base legal para la extradición por los delitos que cubre.

En lo que respecta al párrafo 88(a), la observación de que no es necesario un tratado de extradición no implica que el Comité espere que los Estados partes supriman las leyes que puedan tener ya, y que requieren un tratado bilateral como base para la extradición. Sin embargo, sugiere que, independientemente de que un Estado tenga o no un tratado bilateral, debería ser posible tomar una decisión de extradición basándose únicamente en el OPSC.¹⁸⁰

Con respecto al párrafo 88(c), no implica que un Estado que deniegue la extradición tenga que asumir la jurisdicción cuando ésta no sea apropiada, por ejemplo, si una solicitud de extradición tiene que ver con una intención de perseguir a la persona en cuestión por motivos políticos.

Además de estas disposiciones relativas a la extradición, hay una serie de tratados regionales sobre extradición que también pueden contribuir a hacer más eficaz la cooperación judicial y a simplificar las medidas de extradición.

¹⁸⁰ Esto también está en consonancia con las recomendaciones del Comité en las Observaciones Finales, por ejemplo sobre Sri Lanka, UN Doc. CRC/C/OPSC/LKA/CO/1, 3 de julio de 2019, párrafo 36; Benín, UN Doc. CRC/C/OPSC/BEN/CO/1, 29 de noviembre de 2018, párrafo 31; Angola, UN Doc. CRC/C/OPSC/AGO/CO/1, 29 de junio de 2018, párrafo 32b.

EJEMPLOS CONCRETOS DE BUENAS PRÁCTICAS REGIONALES

La Convención Interamericana sobre Extradición, adoptada el 25 de febrero de 1981, en vigor el 28 de marzo de 1992.

El Convenio europeo de extradición del Consejo de Europa de 1957,¹⁸¹ y el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 1996.¹⁸² Este último tiene por objeto completar y mejorar el funcionamiento del Convenio Europeo de Extradición de 1957 y aumenta considerablemente el número de situaciones susceptibles de dar lugar a la extradición.

Liga de Estados Árabes, Acuerdo árabe de Riad para la cooperación judicial, 6 de abril de 1983, parte VI sobre la extradición de personas acusadas o condenadas.

89

El Comité alienta a los Estados partes a que amplíen la aplicabilidad de la extradición a los intentos de cometer los delitos previstos en el Protocolo Facultativo y a la complicidad y la participación en ellos.

Como ya se establece en el párrafo 45 de las Directrices, el Comité recuerda a los Estados partes que las obligaciones derivadas del OPSC se aplican también en caso de tentativa (incluida la tentativa fallida) de cometer dichos delitos, o a cualquier tipo de rol subsidiario en la comisión de los mismos, como la complicidad o la participación. Este debería ser el caso también de las órdenes de extradición.

¹⁸¹ Consejo de Europa, Convenio Europeo de Extradición, STE n° 024, adoptado el 13 de diciembre de 1957. Algunos Estados no europeos, como Sudáfrica y Corea del Sur, también han accedido a este Convenio. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680064587>

¹⁸² Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, 1996. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41996A1023%2802%29:EN:HTML>

VIII. El derecho de la víctima menor de edad a contar con asistencia y protección en los procedimientos judiciales

A. Observaciones generales

90

El Comité reconoce los importantes progresos realizados por los Estados partes a fin de que los sistemas de justicia penal sean más accesibles y acogedores para los niños, y subraya la importancia de encontrar medios eficaces encaminados a empoderar a estos para que puedan utilizarlos. Esto es especialmente importante para los niños víctimas de delitos contemplados en el Protocolo Facultativo, que rara vez aún entran en contacto con el sistema de justicia penal o participan en procesos penales.

En los últimos años, los Estados de todo el mundo han puesto en marcha una amplia gama de medidas para hacer que sus sistemas de justicia sean más accesibles y adaptados a los niños, niñas y adolescentes. Aunque estos avances han ayudado seguramente a muchas víctimas de delitos a acceder a la justicia, las víctimas de explotación sexual siguen teniendo dificultades.

Incluso el sistema de justicia penal más sensible a la infancia y a las cuestiones de género puede ser de poca utilidad si los Estados partes no encuentran una manera eficaz de permitir y empoderar a los niños, niñas y adolescentes para que hagan uso de él. La falta de denuncias sigue siendo un enorme problema para las víctimas de explotación y abuso sexual, y son pocos quienes entran en el sistema de justicia penal, y menos aún quienes participan en los procedimientos judiciales hasta su conclusión. De hecho, es raro que los niños, niñas y adolescentes explotados sexualmente reciban algún tipo de recurso legal.¹⁸³

Esto representa un reto para los Estados Partes, que deben considerar formas de reducir los tabúes y el estigma, facilitando que las víctimas menores de edad encuentren lugares seguros y personas seguras con las que hablar, y también de formar e informar a los adultos sobre cómo reconocer los signos de explotación y abuso y sobre cómo abordar y tratar a los niños y niñas en el primer contacto tras la identificación de un caso de explotación. En particular, es fundamental formar a las fuerzas policiales y a otras partes interesadas para que se abstengan de tratar a las víctimas de los delitos contemplados en el OPSC como delincuentes, especialmente durante y después de las operaciones de redada en los locales de sexo, incluidos los que pueden ser considerados como inmigrantes ilegales.¹⁸⁴

Además, existe un riesgo real de que los niños y niñas sin documentos de identificación legal queden excluidos y no puedan acceder a los servicios ni ejercer su derecho a la asistencia y protección en los procedimientos judiciales. Este puede ser el caso, por ejemplo, de los niños, niñas y adolescentes en situación de calle o migrantes. Los Estados tendrían que tomar medidas para garantizar que todas las disposiciones relativas al derecho de las víctimas a recibir asistencia y protección en los procedimientos judiciales se apliquen también a los niños, niñas y adolescentes que no son ciudadanos del Estado en el que residen, o que no tienen registro de nacimiento o documentos de identidad legales.

¹⁸³ ECPAT International, "A través de los ojos del niño: Barreras de acceso a la justicia y recursos para los niños víctimas de explotación sexual" (2017). Disponible en: https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2017/04/Through-the-Eyes-of-the-Child_Barriers-to-Access-to-Justice-thematic-report.pdf

¹⁸⁴ Ibid.

El Comité alienta a los Estados partes y a otros interesados a que utilicen las Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos como guía para garantizar el derecho de estos a recibir asistencia y protección en los procedimientos judiciales.

Según las Directrices de la ONU mencionadas en el apartado 91, las personas menores de edad que han sido víctimas de estos ultrajes deben tener acceso a asistencia que puede incluir servicios financieros, jurídicos, de asesoramiento, sanitarios, sociales y educativos, servicios de recuperación física y psicológica y otros servicios necesarios para la reintegración de la víctima (párrafo 22).

Los profesionales que asisten a la víctima deben hacer todo lo posible por coordinar el apoyo para que el niño, niña o adolescente no sea sometido a intervenciones excesivas (párrafo 24). Es importante que se le proteja de las dificultades durante el proceso de justicia. Las medidas para garantizar la prevención de las dificultades pueden incluir, según las Directrices de las Naciones Unidas, el uso de procedimientos adaptados a la niñez, como salas de interrogatorio diseñadas para ellos, servicios interdisciplinarios para los niños y niñas víctimas en el mismo lugar, un entorno judicial modificado que tenga en cuenta a los niños y niñas testigos, recesos durante su testimonio, audiencias programadas a horas del día adecuadas a la edad y madurez del niño, niña o adolescente y un sistema de notificación adecuado para garantizar que acuda al tribunal sólo cuando sea absolutamente necesario (párrafo 30(d)).

Además, deben aplicarse procedimientos especiales para la obtención de pruebas de los niños y niñas víctimas y testigos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, audiencias y, en concreto, el contacto innecesario con el sistema de justicia, como por ejemplo mediante el uso de la grabación en vídeo (párrafo 31 a)). Si la audiencia y/o el contrainterrogatorio de una víctima o un testigo es necesario, debe realizarse fuera de la vista del presunto autor. Además, deben proporcionarse salas de espera separadas y zonas de interrogatorio privadas (párrafo 31 (b)).

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, ECOSOC resolución 2005/20 (2005). **Disponible aquí**

UNODC y UNICEF, La justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos – Ley modelo y comentario (2009). **Disponible aquí**

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRACTICES

En agosto de 2016, el poder judicial ugandés puso en marcha unas directrices para que el Tribunal Superior de Kampala recibiera las pruebas por enlace de audio-vídeo de los niños, niñas y adolescentes testigos, en particular los que son víctimas de violencia sexual y de género para reducir el riesgo de victimización secundaria.¹⁸⁵ Esta medida implica el uso de CCTV, pantallas opacas y espejos unidireccionales que permiten a los niños víctimas presentar su testimonio sin ver a su agresor. El uso de estas medidas requiere que el fiscal obtenga el consentimiento del tribunal.¹⁸⁶

Estas medidas son fundamentales para proteger a los niños víctimas y testigos, en particular en los sistemas jurídicos que dan gran importancia al testimonio oral.

¹⁸⁵ República de Uganda, The Justice Law & Order Sector, "Judiciary launches audio-visual guidelines", 19 de agosto de 2016. Disponible en: <https://jlos.go.ug/index.php/com-rsform-manage-directory-submissions/services-and-information/press-and-media/latest-news/item/565-judiciary-launches-audio-visual-guidelines>

¹⁸⁶ D. Nabasitu, Examining Measures Facilitating Participation of Female Child Victims in Prosecution of Sexual Abuse Cases in Uganda's Criminal Justice System. UCC Legal Research Series Working Paper No. 8, September 2018, Disponible en: <https://www.ucc.ie/en/media/academic/law/ccjhr/publicationsseptember2018/CCJHRWPSNo8DaisyNabasituChildVictimsinUgandanCriminalJusticeSept2018.pdf>

El Comité insta a los Estados partes a que garanticen el derecho de los niños víctimas a la información y a ser escuchados de una manera adecuada a su edad que tenga en cuenta las cuestiones de género, independientemente de su capacidad jurídica. Los niños víctimas, así como sus padres, tutores o representantes legales, deben recibir toda la información necesaria, en un idioma que entiendan, para ayudarles a tomar una decisión fundamentada sobre la presentación de una denuncia penal contra el presunto autor, incluida información sobre sus derechos, el papel que está previsto desempeñen en el proceso penal, y el riesgo y los beneficios de su participación. Una vez que entran a formar parte de las actuaciones judiciales, deben recibir actualizaciones periódicas y explicaciones sobre las demoras, ser consultados sobre las decisiones fundamentales y recibir preparación adecuada antes de las audiencias o los juicios.

El artículo 8.1(a) del OPSC reconoce que las víctimas menores de edad son especialmente vulnerables y necesitan procedimientos adaptados a sus necesidades especiales.

Los niños y niñas víctimas deben ser informados de sus derechos, de su papel y del alcance, el calendario y el progreso de los procedimientos y de la resolución de sus casos (Artículo 8.1(b) del OPSC). De acuerdo con las Directrices de la ONU mencionadas anteriormente, la víctima (y los testigos), sus padres/madres o tutores y sus representantes legales deben ser informados, desde el primer contacto con el sistema de justicia, sobre, entre otras cosas, la importancia, el momento y la forma de prestar testimonio, y las formas en que se realizará el interrogatorio durante la investigación y el juicio; el progreso de la disposición del caso específico, incluyendo la aprehensión, el arresto y el estado de custodia del acusado y cualquier cambio pendiente de ese estado, la decisión del fiscal y los desarrollos relevantes posteriores al juicio y el resultado del caso; las oportunidades existentes para obtener reparación del delincuente o del Estado a través del proceso de justicia, a través de procedimientos civiles alternativos o a través de otros procesos (párrafo 19(b) y 20(a) y (b)).

Cuando no haya certeza sobre si una víctima es o no una persona menor de edad, los Estados deben crear una presunción legal de que lo es, y tratarla como tal hasta que se haya llevado a cabo un proceso ético de verificación de la edad, respectivo a los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la integridad física. Los Estados también deben tener en cuenta que hay circunstancias y situaciones en las que las evaluaciones de la edad no serán concluyentes.

A este respecto, cabe señalar que el artículo 11.2 del Convenio de Lanzarote establece que “Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que, cuando la edad de la víctima sea incierta y haya razones para creer que se trata de un menor, se le concedan las medidas de protección y asistencia previstas para los niños hasta que se verifique su edad”.

El Comité ad hoc del Consejo de Europa para los derechos del niño está elaborando actualmente una recomendación sobre los principios de derechos humanos y directrices sobre la evaluación de la edad de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración.

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Consejo de Europa, *Cómo transmitir información adaptada a los niños en la migración: Un manual para profesionales de primera línea* (2019). **Disponible aquí**

93

El Comité insta a los Estados partes a que adopten el interés superior del niño como consideración primordial en el enjuiciamiento penal de un presunto delincuente, de conformidad con el artículo 3 de la Convención y la observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. En ese contexto, debe prestarse la debida atención a la recuperación y el bienestar del niño, y puede ser necesario, en primer lugar, que se conceda a la víctima un período de tiempo para que reciba el apoyo necesario antes de participar en las actuaciones penales. Este aspecto puede ser aún más importante en los casos en que el presunto delincuente es un miembro de la familia del niño y cuando debe separarse a este de uno o más miembros de la familia. En tales casos, también es necesario tener debidamente en cuenta a los hermanos que tenga.

En el apartado 93 de las Directrices, el Comité recomienda a los Estados miembros que incorporen el principio del interés superior del niño como consideración primordial en los procedimientos judiciales contra un presunto delincuente, y señala que esto puede implicar que se proporcione a la víctima un período de tiempo para su apoyo y recuperación antes de que pueda esperarse que participe en el procedimiento judicial. Esta observación también ha sido hecha por la Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de los niños, quien también señala que se necesita una asistencia sensible a la niñez para apoyar a los niños, niñas y adolescentes en sus interacciones con el sistema de justicia.¹⁸⁷

Este requisito debe equilibrarse con las consideraciones relativas a la necesidad de asegurar las pruebas y los derechos del acusado a un proceso sin demoras indebidas. Puede darse el caso de que la investigación y el proceso penal puedan comenzar mientras la víctima recibe apoyo, si se toman las medidas adecuadas para respetar el bienestar y la recuperación del niño o niña. Por ejemplo, si se puede evitar el contacto directo entre la víctima y el presunto delincuente, y si el testimonio del niño o de la niña puede ser tomado por profesionales especialmente formados fuera de la sala del tribunal (por ejemplo, en un “Barnahus”/casa de niños) y admitido como prueba en el proceso, puede ser posible acelerar el proceso sin causar daños adicionales.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

El Código de Procedimiento Penal alemán (sección 48(3)) establece que en los casos en los que el testigo es también la persona agraviada, las audiencias, los exámenes y otras medidas de investigación deben llevarse a cabo siempre teniendo en cuenta la necesidad especial de protección del testigo.¹⁸⁸ Los servicios de apoyo están disponibles para los niños, niñas y adolescentes en tales situaciones, y también se les hace saber que estos servicios existen. Esto se garantiza mediante una infraestructura polifacética de servicios de asistencia y apoyo a los niños a nivel federal y de los Estados federados, así como exigiendo a las autoridades de la fiscalía penal que mantengan informadas a las personas agraviadas durante el proceso penal.

94

A fin de no depender excesivamente del testimonio de los niños víctimas, el Comité alienta encarecidamente a los Estados partes a que utilicen plena y eficazmente las pruebas obtenidas en el lugar del delito, incluidas las pruebas digitales, y a que las presenten en los tribunales, así como las normas probatorias, como las leyes de protección contra el abuso sexual de niños. En ese sentido, el Comité insta a los Estados partes a que permitan la posibilidad de que la fiscalía inicie una investigación sin que medie denuncia de la víctima.

¹⁸⁷ Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Doc. A/HRC/28/56, 2014, párrafo 58.

¹⁸⁸ Alemania, Código de Procedimiento Penal (Strafprozessordnung – StPO), sección 48(3).

Con respecto a la recomendación del Comité en el párrafo 94, parece especialmente importante que los Estados permitan el uso de audiencias grabadas en vídeo con víctimas y testigos menores de edad como prueba en el tribunal. Tales medidas pueden contribuir a crear un equilibrio adecuado en la zona de tensión entre la misión de esclarecer la verdad y los derechos del acusado a un juicio justo, por un lado, y el interés justificado de los niños y niñas víctimas a la protección contra un nuevo trauma, por otro lado.

Además del estímulo del Comité a los Estados para que inicien investigaciones sobre los delitos contemplados en el OPSC sin necesidad de una denuncia de la víctima, el principio de “diligencia debida reforzada” puede servir como un importante principio rector en las investigaciones y los procesos judiciales relativos a dichos delitos. Este principio implica que los Estados deben adoptar medidas especiales y adaptar los procesos judiciales en los que intervienen niños, niñas y/o adolescentes para evitar su victimización secundaria.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS REGIONALES

Los estándares regionales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecen que, en los casos de violencia contra niños, niñas y adolescentes, los Estados tienen un deber de debida diligencia reforzada, que implica la adopción de medidas especiales y el desarrollo de un proceso adaptado con miras a evitar su revictimización.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que “existe un deber de debida diligencia del Estado para proteger y garantizar los derechos de los menores conforme al principio de su interés superior”.

B. Mecanismos de asesoramiento, notificación y denuncia

95

Es especialmente improbable que los niños víctimas de delitos contemplados en el Protocolo Facultativo denuncien lo que se les ha hecho, o lo hacen solo muchos años después de que se hayan cometido los delitos. Detrás de esta dificultad para revelar lo que ha sucedido existen diversas razones, como sentimientos de miedo, vergüenza o culpa, a menudo porque el perpetrador es alguien que ellos conocen. En vista de ello, el Comité recomienda a los Estados partes que eviten establecer un plazo de prescripción respecto de esos delitos. En los casos en que dichos plazos existan, el Comité insta a los Estados partes a que los ajusten al carácter particular del delito y a que se aseguren de que solo comiencen a aplicarse a partir del momento en que la víctima cumpla 18 años de edad.

Las investigaciones llevadas a cabo por ECPAT International en varios países han dado lugar a la recomendación clave de que los plazos de prescripción de los delitos relacionados con la venta y la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes se eliminen o, como mínimo, tengan una duración razonable de acuerdo con los delitos cometidos y comiencen a correr sólo a partir del momento en que la víctima cumpla los 18 años.¹⁸⁹

¹⁸⁹ ECPAT International, “A través de los ojos del niño: Barreras de acceso a la justicia y recursos para los niños víctimas de explotación sexual” (2017). Disponible en: https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2017/04/Through-the-Eyes-of-the-Child_Barriers-to-Access-to-Justice-thematic-report.pdf, o: ECPAT International, “Obstáculos a la indemnización de los niños víctimas de explotación sexual. Un documento de debate basado en un estudio jurídico comparativo de algunos países”, 2017. Disponible en: https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2017/07/Barriers-to-Compensation-for-Child_ebook.pdf

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

En EE.UU., varios Estados han promulgado recientemente reformas legales para modificar sus leyes sobre la prescripción de los delitos sexuales contra los niños. Para una visión general, véase ChildUSA: <https://www.childusa.org/2019sol/#a>

En Francia, los plazos de prescripción de los delitos sexuales contra los niños se modificaron en 2018 y se prolongaron de 20 a 30 años. Ley 2018-703 del 3 de agosto de 2018 que refuerza la lucha contra la violencia sexual y sexista (Loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes)

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS REGIONALES

El artículo 33 del Convenio de Lanzarote establece que: “Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que el plazo de prescripción para iniciar el procedimiento con respecto a los delitos establecidos de conformidad con los artículos 18, 19, párrafo 1.a y b, y 21, párrafo 1.a y b, se mantenga durante un período de tiempo suficiente para permitir el inicio eficaz del procedimiento después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad y que sea proporcional a la gravedad del delito en cuestión.”

SUGERENCIAS DE RECURSOS

ECPAT International, “A través de los ojos del niño: Barreras de acceso a la justicia y recursos para los niños víctimas de explotación sexual” (2017). **Disponible aquí**

96

El Comité insta a los Estados partes a que proporcionen un marco de asistencia y protección que favorezca la creación de un entorno en el que los niños sientan que se les va a creer y que es seguro hablar. En particular, los Estados partes deben:

- (a) Establecer mecanismos confidenciales de asesoramiento psicosocial y de denuncia para los niños, que estén ampliamente disponibles, sean de fácil acceso y tengan en cuenta las necesidades de los niños y las cuestiones de género, a fin de facilitar que los niños víctimas revelen los abusos cometidos. Esos mecanismos deben estar regulados por ley y definir claramente los agentes, servicios e instalaciones responsables del cuidado y la protección de los niños. Deben incluir canales de denuncia para los niños, como líneas de ayuda electrónicas y telefónicas y otros puntos de contacto, así como sistemas judiciales, de protección de la infancia y de aplicación de la ley. Deben permitir que los niños busquen ayuda del modo en que se sientan más cómodos (incluso anónimamente) e informen si han sido víctimas de abuso sexual, pero también que busquen asesoramiento o ayuda en relación con contenidos sexualmente explícitos autogenerados;*
- (b) Centralizar los servicios para los niños víctimas y testigos en un espacio seguro, utilizando modelos como el Barnahus (“casa de los niños”) o centros integrados multidisciplinarios similares adaptados a los niños, en los que converjan todos los diferentes agentes que intervienen en la atención y protección de los niños y se presten, entre otras cosas, servicios terapéuticos y médicos. Dichos lugares ofrecen una colaboración multidisciplinaria e interinstitucional para garantizar que los niños víctimas y testigos obtengan una respuesta profesional y eficaz que tenga en cuenta sus necesidades y las cuestiones de género en un entorno seguro, preservando en todo momento su interés superior;*
- (c) Dotar de un mandato específico a las instituciones nacionales encargadas de garantizar los derechos humanos, como la institución nacional de derechos humanos o el defensor del pueblo, para que reciban, investiguen y tramiten las denuncias presentadas por niños, teniendo en cuenta las necesidades de estos y las cuestiones de género, garanticen la intimidad y la protección de las víctimas y lleven a cabo actividades de vigilancia, seguimiento y verificación en favor de los niños víctimas;*
- (d) Dejar absolutamente claro, por ley, que el acceso a todos los servicios antes mencionados no depende de la participación del niño en ningún procedimiento relacionado con el delito.*

En 2016, el Consejo de Derechos Humanos utilizó los términos más enérgicos, instando a los Estados a establecer mecanismos de asesoramiento, notificación y denuncia ampliamente disponibles, fácilmente accesibles, sensibles a la niñez y al género y confidenciales para los niños, niñas y adolescentes, como las líneas de ayuda, para denunciar las interacciones inapropiadas y la violencia encontrada en línea y para proteger a las personas menores de edad.¹⁹⁰

En los casos en que las instituciones u organizaciones privadas hayan establecido mecanismos independientes de denuncia para los niños, niñas y adolescentes, éstos deben trabajar en conjunto con los marcos de protección de la infancia del Estado y consagrar explícitamente las obligaciones de denuncia de todos los individuos que estén bajo la autoridad de dichas instituciones u organizaciones.

La Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de los niños y la Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños presentaron en su informe conjunto de 2011 un conjunto de principios rectores para el desarrollo de mecanismos de asesoramiento, notificación y denuncia eficaces y adaptados a los niños y niñas. En sus recomendaciones subrayaron, entre otras cosas, que dichos mecanismos deben ser una dimensión fundamental de un sistema nacional de protección de la infancia que funcione bien y cuente con los recursos necesarios, y que deben basarse en un marco jurídico sólido enmarcado en las normas internacionales.¹⁹¹

SUGERENCIAS DE RECURSOS

PROMISE y el Movimiento Europeo de Barnahus. PROMISE apoya la creación de Barnahus e instituciones amigas de la infancia, en particular compartiendo buenas prácticas y normas de alta calidad. **Disponible aquí**

¹⁹⁰ Consejo de Derechos Humanos, Resolución A/HRC/RES/31/7, párrafo 19. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/083/38/PDF/G1608338.pdf?OpenElement>

¹⁹¹ Informe conjunto de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, A/HRC/16/56, 2011, párrafos 110-112.

C. Participación en los procesos de justicia penal

97

El Comité recuerda a los Estados partes su obligación de prestar apoyo y asesoramiento jurídico adecuados para ayudar a los niños víctimas de delitos contemplados en el Protocolo Facultativo en todas las etapas de los procesos de justicia penal y proteger sus derechos e intereses, y de velar por que el interés superior del niño sea una consideración primordial. Ello incluye lo siguiente:

- (a) Garantizar que los procedimientos legales y de investigación tengan en cuenta las necesidades de los niños, niñas y adolescentes, así como también las cuestiones de género, al tiempo que permiten a los funcionarios adaptar esos procedimientos a las necesidades específicas de cada niño. Las entrevistas forenses deben llevarse a cabo de acuerdo con protocolos basados en pruebas en un entorno favorable a los niños, a fin de aumentar la validez probatoria y evitar la victimización secundaria del menor. Debe evitarse que la víctima se encuentre frente al presunto agresor y que se realicen entrevistas múltiples. El Comité recomienda que el testimonio del niño se tome con las debidas garantías procesales fuera de la sala del tribunal y sea admisible como prueba ante este. Los agentes de policía, jueces, fiscales y abogados deben recibir formación sobre los derechos del niño y las medidas de justicia adaptadas a los niños;*
- (b) Proteger la intimidad de los menores víctimas en las fases de instrucción y juicio oral, y asegurar medidas jurídicas y prácticas para garantizar a dichos niños una protección adecuada y suficiente frente a actos de intimidación y represalia;*
- (c) Prestar asistencia letrada gratuita, incluida la asignación (según el sistema jurídico nacional) de un abogado o tutor ad litem u otro defensor calificado para que represente al niño, y apoyo en materia de salud mental a cada niño víctima durante el proceso penal por parte de profesionales capacitados, como psiquiatras infantiles, psicólogos y trabajadores sociales;*
- (d) Utilizar, cuando sea posible, tecnología de la comunicación apropiada para que los niños víctimas puedan ser escuchados durante el juicio sin estar presentes en la sala de audiencias. Esto es esencial en los procesos judiciales relativos a delitos contemplados en el Protocolo Facultativo cometidos contra niños, niñas y adolescentes en el extranjero, para que las víctimas de otros países puedan prestar testimonio. Si no se dispone de esos medios tecnológicos, o si la presencia física del niño es absolutamente necesaria durante un juicio, los Estados partes deben asegurar que este no se enfrente al presunto culpable, por ejemplo alternando la presencia del niño y la del demandado en la sala de audiencias;*
- (e) Adoptar medidas de precaución especiales, según sea necesario, cuando el presunto autor es uno de los progenitores, un miembro de la familia, otro niño, niña o adolescente o un cuidador principal. Dichas medidas deben incluir un examen cuidadoso del hecho de que la revelación de la identidad de un niño no debe empeorar su situación ni la de los demás miembros no delincuentes de la familia, y no debe agravar el trauma experimentado por el niño. El Comité alienta a los Estados partes a que consideren la posibilidad de hacer salir del entorno al presunto autor y no al niño víctima, ya que esa salida puede ser experimentada por el niño como un castigo.*

El acceso a la justicia para los niños, niñas y adolescentes implica la capacidad de obtener un remedio justo y oportuno para las violaciones de los derechos según el derecho internacional. Para los niños, niñas y adolescentes explotados sexualmente, el sistema de justicia penal es una forma importante de obtener recursos legales, incluyendo la compensación y los servicios que necesitan para recuperarse y volver a tener una vida sana. De hecho, la participación en un caso penal contra su agresor es a veces su única vía de reparación, ya que puede ser costoso y poco práctico para ellos solicitar daños y perjuicios a través de demandas civiles separadas, y la ayuda de los fondos estatales de compensación, cuando están disponibles, suele ser mínima.¹⁹²

¹⁹² ECPAT International, "A través de los ojos del niño: Barreras de acceso a la justicia y recursos para los niños víctimas de explotación sexual" (2017). Disponible en: https://www.ecpat.org/wp-content/uploads/2017/04/Through-the-Eyes-of-the-Child_Barriers-to-Access-to-Justice-thematic-report.pdf

Un enfoque global e interdisciplinario, en el que se comunican y cooperan las diferentes partes implicadas en el procedimiento, permite un proceso en el que se puede defender el interés superior del niño y se puede mantener un nivel adecuado de apoyo al niño o niña en todo momento, desde el momento de la revelación hasta el final de un proceso de justicia penal.¹⁹³

Además, deben adoptarse todas las medidas administrativas y legales necesarias para garantizar el derecho a la intimidad, proporcionar protección, seguridad e información adecuada a todos los niños, niñas y adolescentes implicados en investigaciones penales y procedimientos judiciales en curso, antes, durante y después de dichas investigaciones y procedimientos.¹⁹⁴ Por ejemplo, puede ser necesario restringir la divulgación y el descubrimiento por las partes de las imágenes de abusos sexuales como prueba, el testimonio a distancia a través de una cámara puede no ser el medio más adecuado para los niños, niñas y adolescentes que fueron victimizados a través de esos medios digitales, y la necesidad de celebrar estos casos en las salas de los jueces se reevalúa si esto requiere que las víctimas hablen en una proximidad aún mayor que la habitual con el presunto autor.

Con respecto a la recomendación del Comité en el párrafo 97(e) de las Directrices del Protocolo Facultativo, el Consejo de Derechos Humanos también ha afirmado que los Estados deben “garantizar un entorno seguro para los niños en los procesos judiciales y que los niños, incluidos los no acompañados, en contacto con el sistema de justicia estén protegidos de cualquier forma de penuria, adaptando los procedimientos y adoptando las medidas de protección apropiadas contra los abusos, la explotación, la manipulación, la violencia, incluida la violencia sexual y de género, el acoso, la intimidación, las represalias o la victimización secundaria, teniendo en cuenta que los riesgos a los que se enfrentan los niños y las niñas pueden ser diferentes y que pueden ser necesarias medidas cautelares especiales cuando el presunto autor sea uno de los padres, un miembro de la familia o un cuidador principal”.¹⁹⁵

98

El Comité reafirma que uno de los principios fundamentales de la justicia adaptada a la infancia es la rapidez de los procedimientos. No deben demorarse las medidas a adoptar a raíz de las denuncias de delitos contemplados en el Protocolo Facultativo. Los casos relativos a la venta y a la explotación y el abuso sexuales de niños deben agilizarse mediante un seguimiento prioritario, audiencias continuas u otros métodos, y los retrasos deben aprobarse solo después de tener en cuenta las opiniones y el interés superior del niño.

¹⁹³ Véase, por ejemplo, el Consejo de Europa, 1er Informe de aplicación, Protección de los niños contra los abusos sexuales en el círculo de confianza, el marco, Recomendación 24.

¹⁹⁴ Resolución del CDH, A/HRC/RES/31/7, marzo de 2016, párrafo 16. Véase también el Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre Marruecos, UN Doc. CRC/C/OPSC/Mar/CO/1, 17 de marzo de 2006; Dinamarca, UN Doc. CRC/C/OPSC/DNK/CO/1, 17 de octubre de 2006; República Democrática del Congo, UN Doc. CRC/C/OPSC/COD/CO/1, 28 de febrero de 2017, párrafo 35.

¹⁹⁵ Resolución 25/6 del Consejo de Derechos Humanos Derechos del niño: acceso a la justicia para los niños, Doc. A/HRC/RES/25/6, 2014, párrafo 8(a).

SUGERENCIAS DE RECURSOS

UNODC y UNICEF, La justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos – Ley modelo y comentario (2009).

Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la justicia adaptada a los niños, adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010.

Las Directrices sobre una justicia adaptada a la infancia se han elaborado para apoyar a los gobiernos y a los profesionales a la hora de garantizar el acceso efectivo de los niños a la justicia y un trato adecuado en los procedimientos judiciales. Las Directrices abordan los derechos del niño en todos los ámbitos del derecho (civil, administrativo y penal), en todas las fases de los procedimientos (antes, durante y después) y en todas las capacidades y circunstancias (sean los niños víctimas, testigos, autores de delitos o afectados de otro modo por los procedimientos judiciales).

99

El Comité alienta encarecidamente a los Estados partes a que amplíen las medidas de asistencia y protección descritas anteriormente y destinadas a los niños víctimas y testigos en los procesos penales, civiles y administrativos, según proceda.

Cabe señalar que el texto del artículo 8 del Protocolo sobre asistencia y protección se limita a los procedimientos penales. En el párrafo 99 de las Directrices, el Comité subraya que considera que las disposiciones establecidas en el artículo 8 del OPSC, así como en las Directrices de la ONU, deberían ser aplicables, en la medida en que sean pertinentes, también en los procedimientos civiles y administrativos.

IX. El derecho de la víctima menor de edad a la recuperación, la reintegración familiar y social y la indemnización

100

El Comité recuerda a los Estados partes que proporcionar reparación a los niños víctimas, indemnizarlos por los daños sufridos y permitir su recuperación y reintegración es tan importante como castigar a los delincuentes, y constituye una obligación en virtud del artículo 9, párrafos 3 y 4, del Protocolo Facultativo. A tal fin, el Comité recomienda a los Estados partes que:

- (a) Garanticen que los servicios pertinentes de atención médica, reintegración social y recuperación física y psicológica de las víctimas sean accesibles gratuitamente en todo el país para todos los niños que los necesiten, y que las personas que presten esos servicios tengan una formación certificada y los conocimientos especializados necesarios;*
- (b) Establezcan una atención y un apoyo ininterrumpidos que incluyan servicios de reintegración posteriores al juicio, con un estrecho seguimiento, también para las víctimas extranjeras que se encuentren en el territorio del Estado parte;*
- (c) Estudien detenidamente qué forma de indemnización es preferible para cada niño víctima, dependiendo de su situación específica, su opinión personal y sus perspectivas de vida. Además, o como alternativa a los pagos en efectivo, puede proporcionarse una indemnización en forma de apoyo financiero o de otro tipo para educación y/o actividades generadoras de ingresos, que podría beneficiar a la víctima a largo plazo.*

El Comité ha recomendado en repetidas ocasiones a los Estados parte que garanticen la disponibilidad de servicios adecuados para los niños, niñas y adolescentes víctimas, incluso para su recuperación física y psicológica y su reintegración social.¹⁹⁶

La obligación de facilitar la reparación e indemnización a las víctimas y permitir su recuperación y reintegración también se establece en el C182 de la OIT, en los artículos 6, sobre programas de acción, y 7(2), sobre medidas eficaces, incluidas la asistencia directa y la rehabilitación, y la reintegración social, así como en la Recomendación 190, párrafo 15. En particular, el artículo 7(2) del C182 dice: “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: {...} b) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores 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; {...}”. Además, el Protocolo de la OIT de 2014 al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, en su artículo 4, establece que: “todas las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, independientemente de su situación jurídica o de que se encuentren o no en el territorio nacional, tengan acceso efectivo a acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización”.

¹⁹⁶ Ver por ejemplo: Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre Costa Rica, UN Doc. CRC/C/OPSC/CRI/CO/1, 2 de mayo de 2007; Sudán, UN Doc. CRC/C/OPSC/SDN/CO/1, 8 de junio de 2007; Guatemala, UN Doc. CRC/C/OPSC/GTM/CO/1, 8 de junio de 2007.

La reintegración en la familia del niño, niña o adolescente debe ser un objetivo clave en su recuperación. Sin embargo, hay que reconocer que algunas personas menores de edad no tienen familia o no pueden reunirse con ella debido a un entorno abusivo o inseguro dentro del hogar. En estos casos, es importante que las decisiones sobre el lugar en el que la persona menor de edad vivirá o recibirá cuidados se tomen siempre junto con él o ella, en consonancia con la Observación General nº 21 del Comité.¹⁹⁷ Los acuerdos de cuidado deben evitar en lo posible el cuidado institucional y favorecer los entornos de familia de acogida y familiar.¹⁹⁸

101

La detección de la explotación y el abuso sexuales por vía electrónica no conduce necesariamente a la identificación de los delincuentes y los niños víctimas. Los Estados partes deben adoptar medidas claras para mejorar la identificación de las víctimas, entre otras formas mediante la asistencia judicial recíproca, la cooperación internacional y la INTERPOL, y para orientar su rescate y repatriación. También deben utilizar medios similares, incluidos sistemas de análisis de imágenes, para identificar a los delincuentes.

En este párrafo, el Comité señala una cuestión crucial relacionada con la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes en línea, que es el hecho de que la detección de tales delitos, por ejemplo, a través de material de abuso sexual, a menudo no permite a los investigadores identificar a las víctimas representadas en dicho material. Esto hace que sea imperativo que los Estados inviertan en el desarrollo de las herramientas tecnológicas necesarias para permitir la identificación, la investigación y el enjuiciamiento ante los tribunales de la explotación sexual en línea.¹⁹⁹

Por ejemplo, los Estados podrían utilizar sistemas de filtrado basados en hash, como PhotoDNA, para identificar las imágenes conocidas de abusos sexuales de niños, niñas y adolescentes, de modo que puedan ser rápidamente bloqueadas o eliminadas.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

Microsoft desarrolló el ADN fotográfico en 2009, y desde entonces ha seguido desarrollándolo también para vídeo, poniendo esta herramienta a disposición de las fuerzas del orden de forma gratuita. **Disponible aquí**

El Proyecto VIC desarrolla tecnologías innovadoras y flujos de trabajo de examen centrados en la víctima para ayudar a las fuerzas del orden a afrontar los retos de la identificación de niños en el material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes. **Disponible aquí**

102

En muchos casos en que se ha utilizado la TIC para cometer o facilitar la comisión de un delito contemplado en el Protocolo Facultativo, existe un registro permanente en forma de imágenes de abusos sexuales de niños. El Comité está profundamente preocupado por los efectos permanentes que esto puede tener en la recuperación y la reintegración del niño. Los Estados partes deben sensibilizar en mayor medida acerca de esas situaciones y adoptar medidas adecuadas para prestar servicios sociales y psicológicos a largo plazo, según sea necesario.

¹⁹⁷ Comité de los Derechos del Niño, "Observación General nº 21 (2017) sobre los niños en situación de calle», UN Doc. CRC/C/GC/21, párrafo 45.

¹⁹⁸ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Menores privados del cuidado parental encontrados en un Estado miembro de la UE distinto del suyo, 2019, p. 112. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-children-deprived-of-parental-care_es.pdf

¹⁹⁹ Comité de los Derechos del Niño, Informe del día de debate general de 2014 "Los medios digitales y los derechos del niño, párrafo 35.

Las entrevistas con víctimas y supervivientes de la explotación sexual en línea muestran que el efecto psicológico negativo de saber que el material que las representa sigue circulando en línea y puede ser visto por cualquier persona en cualquier lugar es inmenso y sigue afectando a sus vidas durante muchos años después de que el abuso haya cesado.²⁰⁰ Los Estados deben estar preparados para esta realidad y aumentar el acceso y la duración de los servicios de apoyo.

103

La existencia y circulación continuas en el entorno digital de material que muestra el abuso sexual de un niño también corre el riesgo de exacerbar su estigmatización y de aumentar la vergüenza que este y su familia pueden sentir, lo que dificulta aún más su reintegración en el hogar y en la comunidad. El Comité recomienda a los Estados partes que establezcan procedimientos rápidos y eficaces para bloquear y retirar los contenidos perjudiciales en los que intervengan niños, a fin de impedir que se siga teniendo acceso a ellos y se sigan compartiendo. Esos procedimientos deben establecerse en colaboración con las fuerzas del orden y las líneas directas de denuncia, así como con el sector privado, en particular los proveedores de servicios de Internet y las redes sociales.

Una buena manera de evitar que sigan aumentando las situaciones en las que las víctimas y los supervivientes siguen sufriendo es también promover y fomentar las líneas de denuncia de material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes en línea y trabajar para garantizar que los contenidos ilegales puedan ser identificados y retirados.

EJEMPLO CONCRETO DE BUENAS PRÁCTICAS

La Asociación Internacional de Líneas Directas de Internet (INHOPE) es una red internacional de líneas directas a través de las cuales cualquier persona puede señalar, de forma anónima, cualquier material que encuentre que parezca ilegal. Los Estados en los que aún no existe una línea directa de INHOPE deberían considerar el apoyo a la creación de un mecanismo de este tipo. En 2018, INHOPE detectó un total de más de 200.000 imágenes y vídeos ilegales.

104

Los Estados partes deben ofrecer a las víctimas la posibilidad de reclamar una indemnización mediante acciones judiciales, independientemente de su situación económica, mediante, entre otras cosas, la prestación de asistencia letrada o el establecimiento de un sistema de indemnización operado por el Estado, y asegurarse de que no se las pueda privar de su derecho a ello por su participación en los delitos de que se trate. Si tales acciones judiciales derivan de demandas civiles, deben incorporar las mismas medidas que tengan en cuenta las necesidades de los niños y las cuestiones de género que las descritas para los procesos penales, según corresponda.

²⁰⁰ Ver por ejemplo: Better Internet for Kids, 2018. Disponible en: <https://www.betterinternetforkids.eu/web/portal/practice/awareness/detail?articleId=3853901>

El artículo 9.4 del Protocolo Facultativo es muy claro al afirmar que los Estados Partes velarán por que todos los niños víctimas de los delitos descritos en el Protocolo Facultativo tengan acceso a procedimientos adecuados para obtener, sin discriminación, indemnización por daños y perjuicios de los responsables legales. Aquí hay que tener en cuenta que “los responsables legales” no son sólo las personas individuales que cometieron el delito, sino que también pueden ser entidades jurídicas. Las raíces de esta disposición en el OPSC se encuentran en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948): “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

105

La cuestión de la indemnización es particularmente compleja en los casos en que la venta y la explotación y el abuso sexuales de un niño se cometen o se facilitan mediante el uso de la TIC. Los niños sufren graves daños cuando son víctimas de abusos sexuales delante de la cámara, pero también cada vez que otras personas acceden a esas imágenes u otras representaciones digitales del abuso al que han sido sometidos. Incluso en los países en los que la ley exige una indemnización para las víctimas que aparecen en el material que muestra abusos sexuales de niños, ha resultado difícil para los tribunales calcular el importe de la indemnización que cada espectador debe pagar al niño.

Decidir lo que sería una compensación adecuada es claramente un reto en este contexto, pero no debería limitarse a una compensación económica únicamente. Se pueden considerar otras formas de compensación en función de las necesidades de la víctima. Por ejemplo, la indemnización podría consistir en pagos que contribuyan de forma sustancial a la educación del niño o niña o a su alojamiento adecuado. También podría consistir en la creación de un fondo de inversión o un fondo fiduciario para los niños (por ejemplo, en el caso de una persona jurídica considerada responsable de un delito de OPSC).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha demostrado a través de su jurisprudencia que pueden aplicarse diversas medidas de compensación en función de las circunstancias, incluida la gravedad del delito. Por ejemplo, la Corte ha ordenado al Estado que nombre una escuela o un lugar público (una plaza o una calle) con el nombre de un niño o niña que haya sido víctima de violencia sexual.²⁰¹

106

A fin de aumentar las posibilidades de que las víctimas reciban una indemnización de los delincuentes condenados, se alienta a los Estados partes a que permitan la identificación y el embargo de los bienes de los acusados al inicio de las actuaciones y a que modifiquen las leyes contra el blanqueo de dinero para que las víctimas puedan recibir el pago con cargo a los bienes confiscados. Las medidas relativas a la indemnización deben aplicarse de acuerdo con las normas internacionales.

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Leveraging Anti-Money Laundering Regimes to Combat Trafficking in Human Beings, 2014. [Disponible Aquí](#)

²⁰¹ Ver la variedad de casos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la indemnización de niños y/o adultos víctimas: Mónica Feria-Tinta, “La CDN como herramienta de litigio ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos», en: Ton Liefwaard, Jaap E. Doek (eds), *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer 2015, p. 231- 248.

107

El Comité recuerda a los Estados partes que la investigación y el enjuiciamiento de los delincuentes también pueden servir como medio de rehabilitación de sus víctimas, que obtienen justicia, y de prevención de otros delitos similares mediante la disuasión. En ese contexto, alienta a los Estados partes a que demuestren voluntad política y sean proactivos para garantizar la rendición de cuentas por los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo y luchar contra la impunidad.

Incluir medidas adicionales que generalmente se consideran bajo el derecho a la reparación, como la satisfacción (por ejemplo, disculpas públicas, conmemoraciones, homenajes a las víctimas, declaraciones o decisiones judiciales que restablezcan la dignidad, la reputación y los derechos de las víctimas), garantías de no repetición (por ejemplo, medidas para revisar y reformar las leyes y proporcionar educación y formación a las fuerzas del orden), y medidas de justicia reparadora.²⁰²

²⁰² Véase, por ejemplo: Resolución del CDH A/HRC/RES/25/6 Derechos del niño: acceso a la justicia para los niños, 2014.

X. Asistencia judicial recíproca y cooperación internacional

108

El Comité recuerda a los Estados partes que, con arreglo al artículo 6, párrafo 1, del Protocolo Facultativo, deben prestarse toda la asistencia posible en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición que se inicie con respecto a los delitos enunciados en el Protocolo, incluida asistencia encaminada a la obtención de todas las pruebas necesarias para esos procedimientos que obren en su poder. Concretamente, los Estados partes deben compartir la información que pueda ser útil en la investigación de los delitos y contribuir en la medida de lo posible a facilitar las investigaciones en su territorio.

Un excelente ejemplo de este tipo de asistencia y cooperación jurídica mutua son los equipos conjuntos de investigación (ECI). Los equipos conjuntos de investigación son una herramienta de cooperación internacional basada en un acuerdo de autoridades competentes, como fiscales, jueces (de instrucción) y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de dos o más Estados, establecido por un período de tiempo limitado y con un propósito específico, es decir, llevar a cabo investigaciones penales en uno o más de los Estados implicados. Esta práctica ha tenido éxito en diferentes casos. Por ejemplo, en el desmantelamiento de una red de fotógrafos especializados en el abuso de niños, niñas y adolescentes que operaba en seis países de la UE, que condujo a la detención de 10 personas y a la incautación de pruebas. La red de ECI, con el apoyo de Europol, ha publicado una Guía práctica para las investigaciones conjuntas.²⁰³

SUGERENCIAS DE RECURSOS

Europol y Eurojust, Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación. Esta Guía ofrece consejos, orientaciones e información útil, así como respuestas a las preguntas más frecuentes de los profesionales. Disponible aquí

109

De conformidad con el artículo 10 del Protocolo Facultativo, los Estados partes deben cooperar más ampliamente en la prevención, la detección, la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de los responsables de los delitos contemplados en el Protocolo Facultativo. Dicha cooperación debe abarcar, entre otras cosas, sistemas eficaces de detección y notificación, el intercambio de información y la salvaguardia y transmisión de pruebas de los delitos, incluidas las pruebas electrónicas, de manera oportuna. La cooperación también debe incluir la prestación de asistencia a las víctimas en su recuperación, reintegración y repatriación, según proceda

La obligación de cooperar también se establece en el C182 de la OIT, artículo 8, y en la Recomendación 190, párrafos 11 y 16. El artículo 8 del C182 dice “Los Miembros deberán tomar medidas apropiadas para ayudarse recíprocamente a fin de aplicar las disposiciones del presente Convenio por medio de una mayor cooperación y/o asistencias internacionales, incluido el apoyo al desarrollo social y económico, los programas de erradicación de la pobreza y la educación universal.”

²⁰³ Ver para más información: www.europol.europa.eu/activities-services/joint-investigation-teams

El párrafo 11 de la R190 declara que: “Los Miembros deberían colaborar, en la medida en que sea compatible con la legislación nacional, en los esfuerzos internacionales encaminados a prohibir y eliminar las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia, mediante: (a) la recopilación y el intercambio de información relativa a actos delictivos, incluidos aquellos que impliquen a redes internacionales; (b) la búsqueda y el procesamiento de quienes se encuentren involucrados en la venta y la trata de niños, o en la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas, y (c) el registro de los datos de los autores de tales delitos.” El párrafo 16 de la R190 dice: “Una mayor cooperación y/o asistencia internacional entre los Miembros destinada a prohibir y eliminar efectivamente las peores formas de trabajo infantil debería complementar los esfuerzos nacionales y podría, según proceda, desarrollarse y hacerse efectiva en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Esa cooperación y/o asistencia internacional debería incluir: (a) la movilización de recursos para los programas nacionales o internacionales; (b) la asistencia jurídica mutua; (c) la asistencia técnica, incluido el intercambio de información, y (d) el apoyo al desarrollo económico y social, los programas de erradicación de la pobreza y la educación universal.”

Dado el carácter mundial de la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes en línea, es importante que los Estados refuercen la cooperación mediante acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales. Dicha cooperación debe abarcar, entre otras cosas, sistemas eficaces de detección y denuncia, intercambio de información, salvaguarda y transmisión de las pruebas de los delitos, incluidas las pruebas electrónicas de manera oportuna.²⁰⁴

110

El Comité alienta a los Estados partes a que adopten medidas apropiadas para ayudarse mutuamente a poner en práctica las disposiciones del Protocolo Facultativo y otros instrumentos jurídicos destinados a proteger a los niños de la explotación y el abuso sexuales mediante una mayor asistencia internacional, que incluya el apoyo al desarrollo social y económico, programas de erradicación de la pobreza y la educación universal.

111

El Comité alienta encarecidamente a los Estados partes a que concierten acuerdos bilaterales y multilaterales en los que participen organismos estatales, agentes del orden, autoridades judiciales y otros interesados pertinentes. También deben establecerse asociaciones con el sector privado y las organizaciones no gubernamentales especializadas para desarrollar los instrumentos tecnológicos necesarios que permitan la identificación, la investigación y el enjuiciamiento de los delincuentes ante los tribunales, así como la identificación de las víctimas.

²⁰⁴ Resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/31/7, 20 de abril de 2016, párrafo 23 del preámbulo, e Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, La tecnología de la información y las comunicaciones y la explotación sexual infantil, A/HRC/31/34, 1 de diciembre de 2015, párrafos 41 y 42.

La cooperación internacional debe complementarse con asociaciones con otras partes interesadas, en particular el sector privado, para desarrollar las herramientas tecnológicas necesarias para permitir la identificación, la investigación y el enjuiciamiento ante los tribunales, así como la implicación y participación activa de los niños, niñas y adolescentes como activistas de la protección de los derechos de la niñez y de la adolescencia.²⁰⁵

112

Los Estados partes deben, mediante una mayor cooperación, eliminar los obstáculos a la investigación y el enjuiciamiento eficaces de la venta de niños y la explotación y los abusos sexuales de estos, tanto en el entorno virtual como fuera de él, facilitando el acceso de los agentes autorizados a las pruebas de los delitos cometidos a través de las fronteras. El sector privado debe colaborar y cumplir las medidas de aplicación de la ley adoptadas a ese respecto.

A través de una mayor cooperación entre los organismos pertinentes, los Estados deben trabajar para eliminar los obstáculos que impiden la investigación y el enjuiciamiento eficaces de los delitos de OPSC, facilitando el acceso de las autoridades policiales y judiciales competentes a las pruebas de los delitos cometidos a través de las fronteras, incluidos los testimonios de los testigos y la información electrónica almacenada por los proveedores de servicios de Internet y las plataformas en línea. Una vez más, para garantizar que dicha cooperación sea eficaz, los agentes del sector privado también deberían formar parte de los acuerdos de cooperación y cumplir con las medidas policiales pertinentes.²⁰⁶

113

El Comité alienta a los Estados partes a que apoyen las alianzas nacionales e internacionales para proteger a los niños de la venta y la explotación sexual y a que garanticen una cooperación eficaz en la investigación y el enjuiciamiento de las redes delictivas y los autores de los delitos.

Alianzas como la WePROTECT Global Alliance to End Child Sexual Exploitation Online operan para una cooperación efectiva en la lucha contra las redes criminales y los perpetradores.²⁰⁷ Otras iniciativas internacionales pertinentes de múltiples partes interesadas, promovidas en asociación con los gobiernos, las autoridades policiales y judiciales, los agentes privados y las empresas, y la sociedad civil son, por ejemplo, el Programa Mundial sobre la Ciberdelincuencia de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la Child Online Protection Initiative de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), o el Virtual Global Taskforce.²⁰⁸

Otro ejemplo es la Coalición Financiera Europea contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños en Línea, una coalición de actores clave de las fuerzas del orden, el sector privado (por ejemplo, Visa, Mastercard, PayPal, Microsoft y Google) y la sociedad civil (INHOPE, ICMEC). Creada con el apoyo financiero de la Comisión Europea, se centra en la evolución de la distribución en línea de material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes (incluso a través de la red oscura y la Deep web) y las diferentes formas de pago por dicho material.²⁰⁹

²⁰⁵ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, La tecnología de la información y las comunicaciones y la explotación sexual infantil, A/HRC/31/34, 1 de diciembre de 2015, párrafos 41 y 42.

²⁰⁶ Resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/31/7, 20 de abril de 2016, párrafo 7.

²⁰⁷ Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de los niños en su informe de 2014 al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, véase A/HRC/28/56.

²⁰⁸ Resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/31/7, 20 de abril de 2016.

²⁰⁹ Ver para más información: www.europeanfinancialcoalition.eu

Estas iniciativas internacionales y regionales deben ser apoyadas y reforzadas, ya que pueden contribuir de manera significativa a la lucha para acabar con la venta y la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes y defender los derechos humanos de los que son titulares.

Los Estados partes también podrían considerar la posibilidad de establecer un grupo de trabajo mundial permanente para armonizar las prácticas y los procedimientos, compartir conocimientos especializados y ampliar las buenas prácticas, y prestar asistencia a los Estados para la elaboración de leyes, políticas y estrategias nacionales para combatir eficazmente la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes en línea. Este grupo de trabajo también podría servir como punto de información o desarrollar una base de datos central para recopilar información a través de las fronteras sobre los registros de clientes/transacciones con monedas virtuales.²¹⁰

Vale la pena reiterar que el Convenio de Lanzarote, a pesar de ser un instrumento regional, está abierto a la adhesión de todos los Estados del mundo y el Comité de Lanzarote trabaja para mejorar la cooperación y el intercambio de información entre sus Estados partes. Representa un foro útil para que los Estados se comuniquen e intercambien opiniones sobre la mejor manera de abordar la explotación y el abuso sexual de los niños, niñas y adolescentes.

En el caso de los Estados partes que también son miembros de INTERPOL, se recuerda que esta organización ha desarrollado herramientas y servicios específicos, en particular para hacer circular las notificaciones a nivel internacional o para localizar, identificar u obtener información relevante para una investigación.²¹¹

²¹⁰ Tomado de la recomendación hecha por la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de los niños en su informe de 2014 al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, véase A/HRC/28/56.

²¹¹ Ver: <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contra-menores>

