

Comentarios al Proyecto de Ley N° 1536/2016-CR

PROYECTO DE LEY: LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL PARA SANCIONAR EL DELITO DE EXPLOTACIÓN SEXUAL EN SUS DIVERSAS MODALIDADES, PARA LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LAS NIÑAS, NIÑOS, ADOLESCENTES Y MUJERES

1. La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley presenta una serie de declaraciones positivas que deben ser destacadas:
 - En primer lugar, resalta que, sin perjuicio de la necesaria intervención del Derecho Penal, urge igualmente la creación y el fortalecimiento de servicios de atención a las víctimas (página 11).
 - En segundo lugar, destaca que no es correcto hacer referencia a la "prostitución infantil", sino que se trata de un acto de explotación y no de una conducta voluntaria del menor (página 12).
 - En tercer lugar, el Proyecto de Ley separa el delito de trata de personas de las distintas formas de explotación sexual, precisando que estas últimas pueden estar vinculadas a la trata como no (página 15).
 - En cuarto lugar, se elimina en general la mención a la "prostitución" como objeto de distintos delitos y se le reemplaza por el término "explotación sexual", que es el que realmente refleja la lesividad de los distintos hechos sancionados (por ejemplo, página 15).
 - Finalmente, se hace referencia a la necesidad de eliminar los elementos con fuerte carga moral de los tipos penales, como es el caso de la mención al "rufianismo" (página 16).

2. Como comentario general al Proyecto de Ley, cabe destacar la marcada elevación de penas, lo que requeriría de un sustento no solo teórico sino también basado en antecedentes, estadística y eficacia. En mi opinión, la sobrecarga punitiva podría tener un efecto contraproducente al general la inhibición de determinados órganos de justicia para aplicar con regularidad –y severidad- la nueva normativa, así como podría implicar una serie de cuestionamientos de

orden constitucional básicamente referidos a la exaltación del principio de proporcionalidad de las penas. En esa medida, por ejemplo, podrían generar una controversia innecesaria las propuestas de incluir la pena de cadena perpetua en el último párrafo del artículo 153-D°, que tipificaría el delito de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, en el último párrafo del artículo 180-A° que sancionaría el delito de ganancia o beneficio de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, y en el último párrafo del artículo 181-C°, que tipificaría el delito de administración de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes. La experiencia de otros países demuestra que penas más racionales aplicadas adecuadamente generan un mayor efecto preventivo. En esa medida, el centro de atención debería estar en la ejecución de la nueva normativa y en la provisión de recursos formativos y económicos para los órganos de justicia.

3. El Proyecto de Ley propone detallar los medios de comisión del delito de explotación sexual, tipificado en el artículo 153-B° del Código Penal. Ello resulta adecuado, toda vez que no se limita a los medios violentos (violencia, amenaza), sino que incluye medios fraudulentos (engaño, manipulación) y de abuso de poder o aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima.
4. Resulta un cambio positivo el propuesto por el Proyecto de Ley en la redacción del artículo 179° del Código Penal, que tipifica el hasta ahora denominado delito de “promoción o favorecimiento a la prostitución”. Este tipo penal ha sido materia de discusión por contravenir el principio de lesividad y el principio de mínima intervención del derecho penal, así como la distinción que debe existir entre Derecho y moral. La propuesta del Proyecto de Ley consiste en reemplazar la “prostitución” por la “explotación sexual” como objeto del delito. Se trata de una modificación no solo correcta, sino de urgente necesidad. Ello toda vez que, mientras la prostitución puede ser una actividad voluntaria y legítima, la explotación sexual implica la comisión de un hecho ilícito que afecta gravemente derechos individuales. Ahora bien, debe indicarse que este nuevo delito estaría en realidad tipificando una forma de participación en el delito de explotación

sexual, lo que debe ser meritado a efectos de la proporcionalidad de la pena. En esa medida, en cuanto al aumento de pena del tipo básico (de 4 a 6 años) y de las agravantes (de 5 a 12 años) sería necesario contar con evidencia de la necesidad de tal incremento, a efectos de no generar una sobrecarga punitiva cuyo efecto podría ser contraproducente.

5. Resulta positiva la modificación propuesta por el Proyecto de Ley del vigente artículo 179-A° del Código Penal, que tipifica el denominado delito de "usuario-cliente". La propuesta de modificación específica que la víctima del delito debe ser una de explotación sexual. Ello va acorde con el principio de lesividad y con la exigencia de mínima intervención del Derecho Penal. Ahora bien, cabe formular dos observaciones. En primer lugar, para adaptar la modificación al principio de culpabilidad y al criterio de evitabilidad, cabría añadir lo siguiente: "el que, mediante una prestación económica... con una explotación sexual, **cuya condición es conocida o podía ser conocida por el agente**, será reprimido...". En segundo lugar, cabría revisar la proporcionalidad de la pena prevista en el último párrafo del artículo 179-A° (de 15 a 20 años) para los casos en los que la víctima es menor de 18 años, ya que implica un salto valorativo muy grande con relación al tipo penal básico (de 4 a 6 años). Ello podría ser cuestionado de cara al principio de proporcionalidad y al principio de mínima intervención del Derecho Penal, en específico, en lo que se refiere a la racionalidad de la reacción penal. Quizás podrían preverse dos agravantes, una para los delitos cometidos en agravio de menores que tengan entre 14 y 18 años y otra para aquellos en los que las víctimas sean menores de 14 años. De esa manera, podría introducirse una gradualidad en la pena.
6. Con relación a la modificación propuesta por el Proyecto de Ley del artículo 180° del Código Penal, considero correcto que se elimine la mención a la "prostitución" como objeto del delito y que se reemplace por el término de "explotación sexual". Ello es lo correcto de cara al principio de mínima intervención del Derecho Penal y su distinción de las faltas meramente morales. Sin embargo, me parece que la introducción del término "beneficio inmaterial"

en la redacción de la conducta típica podría dar lugar a una aplicación inadecuada del tipo penal. Creo que debería mantenerse el término "beneficio" a secas. Entiendo que la finalidad de la norma propuesta por el Proyecto de Ley es que el beneficio no se interprete únicamente en términos patrimoniales. Sin embargo, ello es posible haciendo mención al término genérico "beneficio" sin recurrir a una distinción propia del Derecho Civil (material, inmaterial) cuya interpretación en sede penal puede ser imprevisible, lo que no es deseable desde el punto de vista del principio de legalidad. El mismo comentario se aplica para el caso de la propuesta de modificación del artículo 180-A° del Código Penal, en el que también se hace referencia al beneficio "inmaterial".

7. Suscita dudas la propuesta de introducción del inciso 3° del artículo 180° del Código Penal, que establece como agravante del delito de ganancia o beneficio por explotación que el autor haya empleado violencia, amenaza grave o cualquier otro medio de intimidación. En mi opinión, el nuevo inciso podría dar lugar a un concurso aparente de normas con el delito de explotación sexual del artículo 153-B°, según la modificatoria propuesta por el Proyecto de Ley, que debería ser resuelto a favor de la aplicación de este último. Lo mismo ocurre con la propuesta de introducir el inciso 3° del artículo 181° del Código Penal.
8. Con relación a la redacción del segundo párrafo del artículo 181-A° del Código Penal propuesta por el Proyecto de Ley, convendría revisar la mención a que la pena se aplicará "a quien se favorezca" del cuerpo o la imagen de una persona menor de edad. Quizás cabría reemplazar dicha expresión por el verbo rector "usar". Asimismo, considero poco adecuado, de cara al principio de lesividad, incluir (o asimilar) los casos de actividades sexuales "simuladas" a los casos "reales". Debería en todo caso quedar claro en la redacción del tipo penal que lo que se sanciona es que se haga intervenir a un menor en un actividad sexual (real o simulada) y no la simulación de la imagen de un menor (caso en el que no participa menor alguno y que merecería una respuesta distinta y menos grave).

9. En el último párrafo de la propuesta de modificación del artículo 181-B° del Código Penal, incluiría luego de "cuando se cause la muerte de la víctima o se lesione gravemente su salud física o mental" la expresión "siempre y cuando ello haya podido ser previsto y evitado por el agente". Añadiría la misma expresión al final del último párrafo del artículo 180-A° del Código Penal y al final del última párrafos del artículo 181-C° propuestos.
10. En varias agravantes propuestas por el Proyecto de Ley se hace referencia al "modo de vida" del autor (inciso 5° del artículo 180°, inciso 5° del artículo 181°, inciso 6° del artículo 181-B°, inciso 5° del artículo 153-D°, inciso 5° del artículo 180-A°, inciso 5° del artículo 181-C°). Se trata de un elemento que tiene claras connotaciones morales, va en contra de las propias premisas de la Exposición de Motivos y contraviene el principio de culpabilidad.
11. Si bien no forma parte de la propuesta, la revisión de la normativa de explotación sexual podría ser la oportunidad para abordar algunas modificaciones adicionales, por ejemplo:
 - Discutir la pertinencia de mantener el inciso 2° del segundo párrafo del artículo 153-B° del Código Penal cuando sostiene que es una agravante del delito de explotación sexual el hecho de que la explotación sea un "medio de subsistencia del agente". Debería en todo caso hacerse referencia expresa a la peligrosidad de la conducta o al mayor daño ocasionado, pero no a una característica que incluso podría ser alegada como atenuante por el agente: subsistencia/necesidad.
 - Precisar el tercer párrafo del artículo 153-B° del Código Penal para incluir lo siguiente: "si se produce la muerte de la víctima y el agente pudo preverla y evitarla". Así la redacción sería más acorde con el principio de culpabilidad y el criterio de evitabilidad.