



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 3, n.º 3, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (En línea)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v3i3.7>

Las personas menores de edad como víctimas y ofensoras en delitos sexuales

The minors as victims and offenders in sex crimes

MARIANELA CORRALES PAMPILLO

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial
de San José

(San José, Costa Rica)

Contacto: corpampillo@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-1129-5329>

RESUMEN

La condición jurídica de la niñez a partir del paradigma de la protección integral, luego de treinta años de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, sigue presentando retos que buscan hacer efectivos los derechos humanos inherentes a todos los niños, las niñas y los y las adolescentes. Desde el principio de la autonomía progresiva de la persona menor de edad se reconoce el ejercicio paulatino de sus derechos. Entre estos se encuentran los derechos sexuales, que exigen control y protección del Estado para evitar procesos de victimización. La reducción del inicio de la responsabilidad penal en contraposición de la mayor tutela de la niñez, a través de la

penalización de conductas, puede generar incongruencias normativas, cuya solución puede implicar la flexibilización de las garantías procesales o la impunidad de conductas graves.

Palabras clave: autonomía progresiva de la persona menor de edad; conductas disruptivas; principio de interés superior del niño; paradigma de la protección integral.

ABSTRACT

Thirty years after the approval of the Convention on the Rights of the Child, the legal status of children, based on the paradigm of comprehensive protection, continues to present challenges that seek to make effective the human rights inherent to all children and adolescents. From the principle of progressive autonomy of minors, the gradual exercise of rights is recognized. Among these we have sexual rights, demanding control and protection by the State to avoid victimization processes. The reduction of the beginning of criminal responsibility as opposed to the greater protection of children, through the criminalization of conducts, may generate normative incongruities, whose solution may involve the relaxation of procedural guarantees or impunity of serious conducts.

Key words: progressive autonomy of the minor; disruptive behaviors; best interest of the child principle; comprehensive protection paradigm.

Recibido: 19/09/2021 Aceptado: 12/10/2021

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención), el 20 de noviembre de 1989, en el marco de las Naciones Unidas, sin discusión alguna, implicó un cambio radical en la manera como jurídicamente se situaba a los niños, las niñas y los y las adolescentes en el contexto social. Este hecho marcó una ruptura desde lo formal con el modelo dominante hasta entonces —el cual estaba basado en el paradigma de la situación irregular—, para abrazar uno nuevo. Este sería el de la protección integral, que implica ubicar al menor de edad como protagonista de su historia, poseedor en ejercicio de derechos y obligaciones (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

Con la promulgación de la Convención cambió de forma drástica todo el sistema de regulación sobre la situación de la niñez en cada uno de los países suscriptores. Aunque conceptos como el interés superior del niño o la protección continuaban siendo pilares esenciales al referirse a la población menor de edad, sus alcances y contenidos variaron significativamente, al estar insertos en este nuevo modelo (Llobet, 2014), que tiene como base el claro e inequívoco reconocimiento de la dignidad intrínseca de las personas menores de edad, denominadas niñas o niños, con derechos inalienables como seres humanos plenos, libres e independientes (Beloff, 2009).

Este último punto, que pareciera ser algo sencillo, supuso un cisma en las bases mismas de la visión de la niñez y los sistemas de control social que operan sobre ella. Esto debido a que si bien toda la población menor de edad tiene derechos y el Estado está en la obligación de garantizar el ejercicio efectivo de estos, la normativa y las estructuras formales deben diferenciar entre protección y responsabilidad de las personas menores de edad.

2. EL PARADIGMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

En el Plan de Acción para la Aplicación de la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, se puede leer: «No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana» (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990, párr. 36).

Para iniciar nuestra reflexión resulta indispensable resaltar que después de treinta años la cita anterior sigue teniendo absoluta vigencia. Sin embargo, todavía sigue pendiente la tarea de asegurar que para cada niño, niña y adolescente haya oportunidades de desarrollo y crecimiento, sin que su etnia, situación socioeconómica, sexo o nacionalidad sean un obstáculo.

La Convención, a lo largo de sus 54 artículos, reconoce que la población menor de edad, compuesta por aquellas personas que no han alcanzado los dieciocho años, tiene derechos. Se les da a niños, niñas y adolescentes la condición de sujetos de derecho, que pueden exigir que se les garantice su pleno desarrollo físico, mental y social. Como integrantes de la sociedad, tienen derecho a expresar libremente sus opiniones, principalmente en aquellos asuntos en que se decida su presente y su futuro. De esta manera, pueden disfrutar el más alto nivel de salud posible y vivir libres de violencia, entre ellas la violencia sexual.

Si bien la Convención es, sin duda alguna, el instrumento de derechos humanos de la niñez más importante, esta debe analizarse en conjunto con los principios fundamentales de las Naciones Unidas y las normas de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19

reconoce el principio de igualdad y visibiliza la especial condición de la niñez que obliga a efectuar un trato diferenciado (Opinión Consultiva n.º 17, 2002).

El derecho convencional en su conjunto, y en particular la Convención, reafirma la necesidad de proporcionar a niños, niñas y adolescentes la protección y asistencia especial, debido a la condición de vulnerabilidad que representa su edad; asimismo, destaca el papel primordial que tiene la familia en lo que respecta a la responsabilidad de brindar protección y aseguramiento de derechos a sus hijas e hijos menores de edad. Aunado a lo anterior, se hace especial énfasis, en este cuerpo normativo —en el que la situación de la niñez es un tema de interés supranacional, y es responsabilidad de los Estados asegurar la protección jurídica y no jurídica de esta población antes y después del nacimiento—, al respeto de los valores culturales de la comunidad de la persona menor de edad y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos de niños, niñas y adolescentes se hagan realidad.

Los principios básicos para la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, que se desarrollan en los 54 artículos de la Convención, son la igualdad o no discriminación, el interés superior de la persona menor de edad, la efectividad y prioridad absoluta, la participación solidaria o principio de solidaridad y los derechos humanos de las personas menores de edad. Debido al interés de este artículo, nos limitaremos a la discusión sobre estos últimos puntos.

En el paradigma de la protección integral y en los instrumentos convencionales de derechos humanos, como lo son la Convención sobre los Derechos Humanos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos, se definen un conjunto de derechos como esenciales, universales, interdependientes y comunes a todas las personas menores de edad y que, en principio, son obligatorios para todos aquellos Estados

que ratificaron la Convención. Se pueden destacar cuatro grupos de derechos básicos de la niñez: a) la supervivencia, b) el desarrollo, c) la participación y d) la protección.

Dentro del grupo de supervivencia se puede considerar el derecho a la vida, comprendido en un sentido amplio, que implica tanto el derecho a la vida física como el derecho a contar con condiciones para una vida digna en la que se garantice el desarrollo integral de la persona menor en los ámbitos moral, cultural y social. Asimismo, en este grupo se considera el derecho a la salud, a la seguridad social, a la no participación en conflictos armados y a la asistencia humanitaria.

Dentro del grupo de los derechos al desarrollo podrían considerarse el derecho a la educación, a la cultura y recreación, al nombre y a la nacionalidad, y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

En el grupo de los derechos de participación se incluyen aquellos que representan un valor esencial para el ejercicio de la ciudadanía e interrelación democrática. Se tienen en cuenta en esta categoría el derecho a la libertad de expresión e información, el de opinión y el de asociación.

Finalmente, y al ser este el grupo de especial importancia para la discusión que propone el presente artículo, se tiene el grupo de derechos de protección, que son aquellos que contemplan el derecho de toda persona menor de edad a estar protegida contra situaciones de cualquier naturaleza que le sean adversas y vulneren sus derechos como niños, niñas y adolescentes. En esta categoría se encuentran el derecho a la protección contra toda forma de explotación, perjuicio, violencia, abuso físico, sexual o mental, maltrato o descuido; el derecho a la protección por su condición de ser personas menores refugiadas; el derecho a la protección, al ser sometidas a un proceso penal; así como el derecho a la protección contra la venta, el secuestro o la trata, ejecutados con cualquier fin o en cualquier forma, y la protección contra el uso ilícito de estupefacientes.

Se tratará, a partir de este punto, el derecho de toda persona menor de edad a una vida libre de violencia y, con ello, su derecho a la protección contra el abuso sexual frente a su derecho al desarrollo de su sexualidad y al de protección especial ante los sistemas judiciales (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

Costa Rica es uno de los países que ratificó la Convención y la convirtió en parte de su derecho interno. Como consecuencia de ello, el país reformó su normativa en relación con las personas menores de edad, y promulgó un conjunto de leyes que pretendieron dar cumplimiento a los compromisos adquiridos al ratificar la Convención, de manera que esta regulación se bifurcó en dos grandes grupos temáticos: protección y responsabilidad penal.

En 1996, con la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ), acompañada luego por la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, se dejó atrás el modelo tutelar de menores, que tenía como base el paradigma de la situación irregular, y se creó una materia que, con el paso de los años, logró convertirse en materia especializada dentro de la estructura del Poder Judicial, separada de la jurisdicción de familia y dentro de la organización de la jurisdicción penal, que regula los procesos judiciales en contra de los menores de edad que tienen conflicto con la ley penal.

En 1998 se promulgó el Código de la Niñez y la Adolescencia bajo la Ley n.º 7739, la cual brinda un desarrollo concreto de los derechos de los menores de edad, sus obligaciones y los mecanismos de derecho interno para su protección y promoción.

3. SEXUALIDAD Y NO VIOLENCIA CONTRA LA NIÑEZ

Para efectos de la Convención, una persona será considerada menor de edad hasta los dieciocho años. El Código de Niñez y Adolescencia (1998) establece que niño es la persona entre cero y doce años; y

adolescente, entre doce y dieciocho años. Estas diferenciaciones resultan relevantes, porque la esfera de protección jurídica de la niñez obliga a establecer mayores garantías y salvaguardas cuanto menos edad tenga una persona.

Independientemente de la capacidad penal que pueda tener una persona menor de edad, conforme con lo dispuesto por la LJPJ, los niños, las niñas y los y las adolescentes se encuentran en una etapa incipiente de su desarrollo psíquico, físico, moral y sexual, motivo por el cual, pese a tener derechos y obligaciones, no están en la capacidad plena del ejercicio de dichos derechos.

Se reconoce que la condición especial de dependencia de los menores de edad frente a los adultos, así como el hecho de que por su edad y recursos cuenten con menos herramientas sociales, físicas y emocionales frente a la población adulta, los coloca en una condición de vulnerabilidad, en tanto la interacción puede estar marcada por la asimetría en el ejercicio del poder.

Si se tiene claro que en la niñez el desarrollo psicosocial es incipiente, debe ser claro también que esto limita de forma importante la capacidad de comprensión de la trascendencia e implicaciones de algunos actos, entre ellos los de naturaleza sexual.

Partiendo del hecho de que la sexualidad es natural al ser humano, el despertar sexual es, a su vez, natural y propio de las personas adolescentes. No obstante, este proceso debe ser seguro, sano, voluntario y darse en condiciones de igualdad, acorde con su grado de desarrollo físico, emocional y biológico. Contrario a lo anterior, cuando el despertar de la sexualidad se da en un contexto de asimetría, violencia, poder y control, no puede hablarse de un sano y progresivo reconocimiento de su propia sexualidad, sino que se trata de relaciones desiguales marcadas por el poder, que son altamente lesivas.

La comprensión de lo anterior no debería llevar a dudas cuando se trata de interacciones sexuales entre personas menores de edad y personas adultas, pero pareciera que generan confusión cuando se trata de comportamientos sexuales entre personas menores de edad.

Como se indicó anteriormente, el derecho internacional de los derechos humanos de la niñez reconoce los mismos derechos que tienen las personas adultas, más las propias de la edad. De ahí que sea obligación de los Estados parte de la Convención asegurar el cumplimiento efectivo de estos.

El Comité de los Derechos del Niño (CDN) de la Organización de los Derechos Humanos es uno de los siete órganos de los Tratados de Naciones Unidas, cuya función es supervisar la aplicación de la Convención, así como de sus protocolos facultativos. A través de las observaciones generales, el CDN emite la interpretación del contenido de la Convención. De ahí que, independientemente del valor que el derecho interno le dé a estos instrumentos, los Estados, al ratificar la Convención, reconocen la importancia de este órgano y de sus observaciones generales.

En la Observación General n.º 13, que desarrolla el derecho de las personas menores a no ser objeto de ninguna forma de violencia, lo cual se contempla en el artículo 19 de la Convención, el CDN de forma categórica indica que la violencia contra niños, niñas y adolescentes no es justificable y es prevenible. Para efectos del artículo 19 de la Convención, la violencia contra una persona menor de edad es «toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual». De ahí que sea obligación de los Estados su prevención. En esta observación, el CDN señala en las referencias conceptuales lo siguiente:

Constituye abuso sexual toda actividad sexual impuesta por un adulto a un niño contra la que este tiene derecho a la protección del derecho penal. También se consideran abuso las actividades sexuales impuestas por un niño a otro si el primero es considerablemente mayor que la víctima o utiliza fuerza, amenazas u otros medios de presión. Las actividades sexuales entre niños no se consideran abuso sexual cuando los niños no superan el límite de edad establecido por el Estado parte para las actividades sexuales consentidas (nota a pie de página n.º 9, párr. 25).

A partir de lo expuesto, resultan acordes con el marco internacional de derechos humanos de la niñez las reformas legislativas en los países de la región tendientes a penalizar las relaciones impropias y aumentar la edad del consentimiento para las relaciones sexuales.

Toda persona menor de edad, sea niño, niña o adolescente, tiene derecho a crecer en un ambiente sano, libre de violencia, que incluye la violencia sexual. Asimismo, los Estados y la sociedad deben proteger a esta población para que se les permita crecer seguros, con acceso a derechos, en condiciones de vida digna y de igualdad, y estableciendo relaciones sanas con sus pares.

El desarrollo de la sexualidad es uno de los derechos de las personas menores de edad, pero siempre debe estar en consonancia con su grado de madurez, evolución física y emocional, sin violencia ni asimetría en el ejercicio del poder.

Los menores de edad tienen derecho a relacionarse con sus pares, a experimentar con grupos de personas cercanas a su edad, con las que comparten los mismos grados de madurez social, sexual y emocional. Esto no es otra cosa que reconocer que conforme avanzan en edad, los niños, las niñas y los y las adolescentes se atreven a explorar más el mundo que los rodea, así como salir con mayor frecuencia del entorno familiar y tomar decisiones. De ahí que también se requiere la protección jurídico-social, de manera que el ejercicio de su autonomía se realice en forma segura.

El principio de autonomía progresiva implica que la persona menor de edad como sujeto de derechos tiene la capacidad de tomar decisiones, asumir responsabilidades y afrontar las consecuencias de forma gradual, conforme va creciendo, madurando y adquiriendo mayores herramientas sociales. Esto supone ganar independencia frente a los adultos a cargo, pero también que el Estado genere condiciones que permitan el ejercicio de sus derechos de forma segura y efectiva.

A partir de lo anterior, se admite que una de las áreas en las que van adquiriendo autonomía es la de su sexualidad. Así, es reconocida gradualmente por el Estado cierta capacidad para consentir actos de naturaleza sexual a partir de una edad, en la que se presume que se puede comprender los alcances de dichos actos.

El reconocimiento de los derechos sexuales de los menores de edad va de la mano con su desarrollo biológico, físico, psicológico y emocional, así como con su derecho a la indemnidad sexual, que no es otra cosa que el normal, sano y progresivo reconocimiento de su sexualidad.

El artículo 156 del Código Penal costarricense regula el delito de violación; y establece como una condición objetiva del tipo penal que la persona ofendida sea menor de trece años. En el artículo 159 del mismo cuerpo normativo, que tipifica las relaciones sexuales con personas menores de edad, establece la posibilidad de consentimiento de estas en las relaciones sexuales a partir de los trece. Lo anterior permite inferir que el legislador estableció que las personas menores de trece años no tienen capacidad para consentir o realizar actos de naturaleza sexual, precisamente porque se ha determinado que no cuentan con la madurez para comprender la naturaleza de dichos actos, considerando de pleno derecho abusivo todo contacto sexual en estas condiciones.

A partir de los trece años, la legislación reconoce gradualmente la posibilidad que tienen las personas menores de edad para consentir y realizar algunos actos de naturaleza sexual.

4. SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD Y SU CAPACIDAD DE CONSENTIR ACTOS DE NATURALEZA SEXUAL

Como se indicó anteriormente, la justicia juvenil responde a un modelo de responsabilidad penal especializada, a partir del paradigma de protección integral que reconoce la condición de sujetos de derecho de las personas menores de edad. Teniendo como punto de partida los artículos 37 y 49 de la Convención, aunado con lo regulado en las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, debe garantizarse que las personas menores de edad que sean sometidas a la justicia juvenil tengan derecho a un proceso justo y garantista que reconozca sus condiciones especiales por ser menores de edad.

El derecho a un proceso justo exige un modelo de justicia especializada en todas sus instancias, que las personas menores de edad cuenten con la asistencia jurídica gratuita adecuada, que puedan ejercer en forma efectiva su derecho de defensa y que de ninguna manera sean torturadas ni sometidas a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Para que un sistema de justicia juvenil esté acorde al bloque de convencionalidad en derechos humanos de la niñez, requiere que haya diversificación de la reacción penal y que las medidas y las sanciones tengan un fin socioeducativo, lo cual vuelve incompatibles las penas indefinidas, la pena de muerte y la prisión perpetua. A su vez, resulta indispensable que los Estados reconozcan que la privación de libertad en etapas tempranas del desarrollo de una persona tiene efectos lesivos.

De ahí que un modelo de justicia penal juvenil deba contemplar la privación de la libertad como el último recurso sancionatorio, de aplicación solo cuando no sea posible cumplir los fines de la sanción con una menos gravosa y que deberá ser fijado el plazo más corto.

También resulta relevante, para el modelo de responsabilidad penal de la persona menor de edad, el principio de autonomía progresiva mencionado anteriormente. Al hablar de personas menores de edad, se hace referencia a un colectivo muy variado, marcado por el dinamismo de sus vertiginosos cambios. La diferencia etaria, aun dentro de la misma población, se convierte en obligatoria, por cuanto a menor edad, menor debe ser el nivel de intervención punitiva pero mayores las garantías que se le brinden al menor de edad.

El inicio de la responsabilidad penal adolescente, según el bloque de convencionalidad, debe comprender que antes de los doce años el incipiente desarrollo del juicio moral está muy inmaduro. Por ello, se recomienda no someter antes de esta edad a un niño, niña o adolescente al sistema penal. Costa Rica, según el artículo 1 de la LJPJ, inicia la responsabilidad penal de las personas menores de edad a partir de los doce años, lo cual hace posible la aplicación de esta ley a toda persona entre doce y dieciocho años, a quien se le acuse de haber cometido un delito o contravención (LJPJ, 1996).

El modelo de justicia juvenil que sigue Costa Rica, de conformidad con lo ya dicho sobre la Convención sobre los Derechos del Niño y en razón de lo que prevén las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como las Reglas de Beijing, relacionadas con las Directrices de Riad, está orientado en tres pilares esenciales: el principio de mínima intervención, el principio de diversificación de la reacción penal y el fin socioeducativo. De ahí que, a través de los institutos contenidos en la LJPJ, a través del abordaje interdisciplinario y con un claro enfoque restaurativo,

la persona menor de edad infractora adquiere herramientas sociales, educativas y emocionales para que pueda alejarse del delito y de las conductas disruptivas con el fin de que pueda insertarse exitosamente en la sociedad.

Sin renunciar a los objetivos de seguridad social y ciudadana, y sin dejar de lado que se trata de derecho punitivo, se pretende, a través de las medidas alternas y de las sanciones especializadas, que el menor de edad en conflicto con la ley, al tiempo que reconoce que su conducta delictiva causa un daño para la víctima y para sí mismo, su familia y la sociedad, logre tomar las riendas de su propio proyecto de vida, y que construya sobre bases firmes un estilo de vida adecuado a las normas sociales, jurídicas y morales.

Cualquier abordaje a la población menor de edad debe empezar por reconocer que la adolescencia está marcada por profundos y continuos cambios (físicos, químicos, biológicos y emocionales) y que estos tienen incidencia en su conducta, decisiones y manera de reaccionar ante los diferentes estímulos y retos que representa la vida en sociedad. El comportamiento disruptivo en las personas menores de edad es natural y común, precisamente porque están en el proceso de encontrarse a sí mismas, deseando tomar el control de su entorno, pero con pocas herramientas de autocontrol y, en algunos casos, inmersas en entornos adversos, con falta de recursos, grupos de pares negativos y sin mecanismos protectores.

Natalia López (2019), en su libro *El cerebro adolescente*, indica:

No obstante, las palancas que se mueven en el mundo de los adolescentes han de tener temeridad: al menos, una veta. Sin el placer por el peligro y la fascinación de lo nuevo no arrancarían la aventura de la búsqueda de la felicidad. Ese tiempo siempre será —por la flexibilidad de las conexiones neuronales que da la inestabilidad— el tiempo de las metas ambiciosas, del descubrimiento del amor romántico y de la solidaridad (p. 11).

Lo anterior debe ser valorado al juzgar a las personas menores de edad, ya que gracias a ello se afirma que la finalidad de la justicia juvenil, ante un comportamiento adolescente transgresor, debería ser lograr que este comportamiento no escale en violencia y gravedad, y no convierta el delito en una forma de vida.

Si se parte de que el delito es principalmente episódico, debe reconocerse que es posible transformar futuros, atendiendo en forma adecuada el presente y visibilizando la relevancia que la adolescencia tiene en la vida del menor de edad. «En la etapa de la adolescencia en que la memoria de la propia vida, la autobiografía está empezando a construirse, la influencia sobre la identidad y la personalidad de estos estilos de vida es enormemente directa» (López, 2019, p. 11).

La Observación General n.º 20 del CDN (2016), sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, en el apartado III, párrafo 9, establece lo siguiente:

Los adolescentes se desarrollan a un ritmo veloz. La importancia de los cambios en el desarrollo que se producen durante la adolescencia aún no se ha comprendido de manera tan generalizada como la importancia de los cambios que se producen en la primera infancia. La adolescencia es una etapa del desarrollo humano única y decisiva, caracterizada por un desarrollo cerebral y un crecimiento físico rápidos, un aumento de la capacidad cognitiva, el inicio de la pubertad y de la conciencia sexual, y la aparición de nuevas habilidades, capacidades y aptitudes. Los adolescentes experimentan un aumento de las expectativas en torno a su papel en la sociedad y entablan relaciones más significativas con sus pares a medida que pasan de una situación de dependencia a otra de mayor autonomía.

A partir de lo anterior debe comprenderse que la naturaleza del delito juvenil es principalmente episódica, en la medida que, como se indicó, las personas adolescentes se encuentran en medio de la búsqueda de su identidad e independencia, afrontan cambios físicos y emocionales

que no siempre comprenden, y su juicio moral aún está en proceso de desarrollo. Por este motivo, en muchos casos el comportamiento transgresor desaparece sin necesidad de intervención de los órganos de control social.

La Observación General n.º 24 del CDN (2019), relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, en su párrafo 2, indica con claridad la naturaleza de todo modelo de justicia juvenil acorde con la Convención:

Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables.

5. DELITOS SEXUALES COMETIDOS POR PERSONAS MENORES DE EDAD

A partir de lo expuesto, es correcto afirmar que se reconoce que las personas menores de edad, conforme crecen, adquieren mayor control de su entorno, de sus decisiones personales y de sus derechos, lo cual implica reconocer las consecuencias de sus actos. No obstante, en modo alguno debe interpretarse que, en función de este ejercicio de independencia, dejan de ser menores de edad, y por ello debe asegurarse su protección integral.

El modelo de responsabilidad penal juvenil reconoce que las personas menores de edad pueden cometer delitos; sin embargo, la justicia juvenil renuncia a los fines estrictamente retributivos del derecho penal, a partir del reconocimiento de un menor grado de culpabilidad, puesto que, «en la adolescencia, el desarrollo de la capacidad de juicio

o razonamiento moral se produce conforme a pautas más o menos estables y en un sentido progresivo» (Chan, 2007, p. 66).

Como se indicó líneas atrás, a través de los institutos y las sanciones propias de la justicia juvenil, se pretende lograr que la persona menor de edad asuma la responsabilidad de su conducta y, a partir del abordaje integral marcadamente restaurativo, logre los fines socioeducativos pilares del sistema penal juvenil.

Sin duda alguna se reconoce que las personas menores de edad tienen derecho al ejercicio de su sexualidad. Esto implica que, conforme crezcan, puedan reconocerse como seres sexuales y experimentar en este ámbito; para lo cual se deben crear mecanismos de protección, a través de la educación, información y regulación, para que la sexualidad sea segura y libre de violencia.

Cuando el legislador establece edades mínimas para el ejercicio de un derecho, a partir de la presunción de incapacidad, como lo es en el caso de los derechos sexuales, se asume que quien se encuentre fuera de ese límite no tiene herramientas ni físicas ni emocionales para comprender la naturaleza del acto concreto, lo cual pareciera no generar conflicto alguno cuando enfrentamos a la persona menor de edad con la persona adulta, pero sí cuando a quien se acusa de cometer actos delictivos por violencia sexual se encuentra en la misma franja etaria que la persona víctima.

Ha surgido en el derecho penal juvenil costarricense una problemática ante la posible antinomia entre el artículo 1 de la LJPJ, que establece el inicio de la capacidad penal a los doce años, y la tipificación de los delitos sexuales, que establece como elementos constitutivos del tipo penal ser menor de trece años. Esto implica que no es hasta esa edad que una persona menor puede consentir actos de naturaleza sexual, porque no tiene la madurez para ello. Este tema ha sido objeto de discusiones intensas en la jurisprudencia costarricense por parte del

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, entre sus dos secciones y con la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

A modo de ilustración de la discusión, se transcribe el voto 2020-1207 de las 10:13 horas del 25 de septiembre de 2020, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

En relación con ese primer inciso, la jurisprudencia y la doctrina han señalado la existencia de una presunción *iure et de iure* sobre la invalidez del consentimiento que pueda prestar la víctima menor de trece años al ofensor, a fin de acceder a sus pretensiones de carácter sexual. Se pretende, a través de dicha presunción, proteger la integridad psíquica y fisiológica de la persona menor de trece años de edad, de los ataques prematuros que representan los actos sexuales dirigidos en su contra. Algunas integraciones del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal y del Tribunal de Sentencia Penal Juvenil han derivado de dicha presunción —relacionada con el consentimiento de la persona menor de trece años de edad, que figura como víctima o sujeto pasivo de la acción delictiva— la existencia de una presunción sobre la falta de capacidad de culpabilidad de las personas del mismo rango etario que incurran —como sujetos activos— en alguna de las conductas típicas de delitos sexuales. La primera indicación que debe realizarse ante tal razonamiento consiste en que se trata de una interpretación analógica pues, como puede apreciarse, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre los alcances del inciso 1, del artículo 156 del Código Penal, se limitan a la posibilidad de la persona menor de edad víctima de consentir una agresión sexual en su contra. En cambio, la interpretación que sustenta la absolutoria en este asunto parte de la extensión de dicho razonamiento, efectuado en torno al menor de trece años de edad que figura como víctima, para que alcance también al menor de edad que agrede sexualmente, es decir, para un supuesto ajeno a los alcances del razonamiento que sirve de base a la construcción. Además es de importancia resaltar, como un segundo elemento de interés, que el razonamiento analógico desarrollado por el *ad quem*, es contrario a la previsión legal que contiene la Ley de Justicia Penal Juvenil en su artículo 1. Dicho ordinal indica: «Ámbito de aplicación según los sujetos. Serán sujetos de esta ley todas las personas que

tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales» (el subrayado es suplido). De manera que la interpretación de la ley sustantiva que fundamenta la absolutoria es una analogía contraria a la ley, lo que la torna insostenible. Esta Sala, en el fallo n.º 562-2020 de las 11:50 horas del 15 de mayo de 2020, se pronunció sobre un supuesto similar al que ahora se discute. La plena validez de lo allí expuesto para el caso bajo examen justifica lo extenso de la cita literal de dicho pronunciamiento que se efectúa a continuación: «Estima el Tribunal de Apelación que la presunción de incapacidad de comprensión de la conducta sexual, que cobija a las víctimas menores de trece años de edad, le resulta igualmente aplicable a los victimarios, y que, en ese tanto, la capacidad de culpabilidad de las personas menores de edad en relación con los delitos sexuales surge a partir de los trece años y no de los doce años como lo establece el artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil n.º 7576. Tal interpretación, además de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que le asiste a la víctima de obtener una respuesta de la administración de justicia, también quebranta el principio de legalidad. En criterio de esta Cámara, tal y como lo hace ver la representación fiscal, se aplicó erróneamente el artículo 156 del Código Penal, y concluye, a partir de la lectura que se realiza de dicho numeral, que las personas mayores de doce años y menores de trece carecen de culpabilidad en delitos de naturaleza sexual. Una cosa es la previsión del artículo 156, inciso 1, del Código Penal, que sanciona a quien se haga acceder o tenga acceso carnal con una persona cuando la víctima sea menor de trece años, y otra muy diferente es pretender ignorar el ámbito de aplicación según los sujetos, contemplado en el artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil n.º 7576, que prescribe que: “serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales”. Es decir, existe una norma que, de manera expresa y clara, define la persecución penal de las personas menores de edad a partir de los doce años y hasta antes de los dieciocho años, y no a partir de los trece años en materia de delitos sexuales, como pretende *ad quem* que se establezca, haciendo una excepción con un fundamento inadmisibles. No puede

concluirse, sin más, que la edad de trece años de la víctima de violación contemplada en el inciso 1 del artículo 156 del Código Penal también es extensible a la capacidad de culpabilidad del victimario y que, por ende, a las personas menores de trece años no se les puede atribuir delito sexual alguno. El Tribunal de Apelación incurre en un error con tal interpretación, arrogándose funciones legislativas al pretender dejar sin efecto, para los delitos sexuales, la edad prevista en el artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, y a partir de ello, sin más, despenalizar toda conducta que, en relación con dicha materia, sea cometida por personas con edades entre los doce y los trece años de edad. Debe recordarse que la Constitución Política, en el artículo 129 establece que: “Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial [...]. La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario” (así reformado este último párrafo por el artículo 1, inciso d, de la Ley n.º 8281, del 28 de mayo de 2002, publicada en *La Gaceta* n.º 118, del 20 de junio de 2002). De conformidad con esta norma, la vigencia de la ley viene definida por la voluntad del legislador, dentro del mismo cuerpo legal aprobado por la Asamblea Legislativa. Por lo tanto, la interpretación que se plasma en el fallo impugnado —ignorándose que, según el artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, serán sujetos de dicha ley, por ser penalmente responsables, todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años, y entender que no es a partir de los doce años sino de los trece, cuando se esté ante un delito sexual— vendría a vulnerar lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución Política, toda vez que los jueces de la República no pueden arrogarse funciones legislativas, ordenando la aplicación de una ley en otros términos a los que han sido definidos por la Asamblea Legislativa, siendo dicho Poder de la República al que le corresponde la función de legislar. De manera tal que, hasta que no haya una modificación del artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, en los términos que el Tribunal de Apelación lo interpreta, se trata de un razonamiento manifiestamente infundado, carente de un sustento jurídico válido. De acuerdo con la teoría general del delito, junto a la tipicidad y antijuricidad, es preciso determinar la culpabilidad para llegar en definitiva

a imponer una sanción. En efecto, la edad es un factor esencial, que para el tema de imputabilidad resulta medular, tanto que se han definido límites recogidos por la legislación. Para el caso en estudio, la pretensión de los juzgadores de despenalizar las conductas ilícitas que en materia sexual, sean cometidas por personas con edades entre los doce y los trece años de edad, solo sería alcanzable por una reforma legal, o bien, acudiendo a un fundamento sustentado de un concepto penal juvenil de culpabilidad, que, además de considerar la edad, valore el contexto social del joven y la incidencia en el conocimiento actual o potencial del injusto y eventualmente, en suma, la existencia de un error de prohibición. Por tanto, si al proceder con la revisión integral del fallo, el Tribunal de Apelación llega a determinar una falta de examen respecto de un tema que afecte la culpabilidad de la persona menor infractora, así debe señalarlo y ordenar un reenvío para su conocimiento. Únicamente en los supuestos señalados en el presente fallo (es decir, mediante una reforma de ley o acudiendo a un concepto penal juvenil de culpabilidad), podría arribarse a la conclusión a la que se llega en la sentencia recurrida. Establecer lo contrario conlleva, sin duda alguna, una errónea aplicación del artículo 156, inciso 1, del Código Penal y una inobservancia del artículo 1 de la Ley de Justicia Penal Juvenil» (Sala Tercera, fallo n.º 562-2020 de las 11:50 horas del 15 de mayo de 2020; integración de los magistrados Ramírez Quirós, Zúñiga Morales, Desanti Henderson, Segura Bonilla y Alfaro Vargas, con voto salvado de este último). Tal y como se expuso en el anterior pronunciamiento, en delitos de naturaleza sexual, la capacidad de culpabilidad del sujeto activo que, siendo mayor de doce años de edad, no ha alcanzado los trece años debe ser analizada caso por caso, por parte del juez penal juvenil. Resulta ilegítimo aplicar de forma extensiva, para excluirla de forma automática, lo previsto en el inciso 1 del artículo 156 del Código Penal, pues lo allí previsto alcanza a las personas de ese mismo rango etario, que figuran como víctimas.

Esta discusión, que pone en evidencia dos posturas antagónicas, refleja la dificultad que implica la regulación de la condición de la niñez, la cual resulta ser una moneda con doble cara.

Toda persona menor de edad que se encuentre sometida a proceso penal es titular de todos los derechos y las garantías del debido proceso, de la aplicación de la norma más favorable y de la aplicación de los principios de interés superior del menor de edad, el *in dubio pro minor* y *pro libertatis*. Si se afirma que antes de los trece años las personas menores de edad no tienen la madurez para comprender la naturaleza de los actos sexuales y, por eso, no pueden consentir ni llevar a cabo actos de dicha naturaleza, entonces tampoco podría someterse a un proceso penal y declararse culpable a una persona menor de trece años pero mayor de doce por actos sexuales, porque, aplicando lo anterior, tampoco comprendería la naturaleza del acto que realiza.

Esto supondría crear una suerte de inimputabilidad por delitos sexuales entre los doce y los trece años, lo cual implica dejar impunes actos sexuales violentos contra niñas y niños menores de trece años. Esto supondría, a su vez, olvidar que el derecho internacional de los derechos humanos de la niñez, de forma expresa, ha indicado que debe prevenirse y erradicarse la violencia contra las personas menores de edad, aun en aquellos casos en que sea ejercida por otras personas menores de edad.

Ante actos violentos de personas menores de edad frente a otras también menores de edad, se ha indicado que se deberá, en cada caso concreto, valorar las circunstancias de ambas personas, ofensora y víctima, a fin de determinar la asimetría y disparidad en el ejercicio del poder y la naturaleza abusiva de la conducta.

La Observación General n.º 13 del CDN (2011), sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, en su párrafo 27, señala:

27. Violencia entre niños. Se trata de la violencia física, psicológica y sexual, a menudo con intimidación, ejercida por unos niños contra otros, frecuentemente por grupos de niños, que no solo daña la integridad y el

bienestar físicos y psicológicos del niño de forma inmediata, sino que suele afectar gravemente a su desarrollo, su educación y su integración social a medio y largo plazo. Además, los actos de violencia cometidos por las bandas juveniles se cobran un alto precio entre los niños, tanto en el caso de las víctimas como en el de los miembros de dichas bandas. Aunque los autores sean niños, el papel de los adultos responsables de estos es decisivo si se quiere que todos los intentos de combatir y prevenir adecuadamente estos actos no exacerbén la violencia al adoptar un criterio punitivo y responder a la violencia con violencia.

A partir de lo expuesto, es claro que no puede excluirse, *a priori*, la violencia sexual entre personas menores de edad. En oposición a ello, puede afirmarse que es posible el contacto sexual abusivo entre una persona adolescente y una niña o un niño, máxime si se está frente a una significativa disparidad en la edad, el desarrollo, el tamaño, las capacidades o si existe un aprovechamiento intencionado de esas diferencias.

Lo anterior es un fenómeno complejo porque al mismo tiempo que los Estados se han replanteado mayor protección de la niñez como víctima de violencia sexual, dejan de lado que la misma población que se pretende tutelar es destinataria de la prohibición, y esto no es otra cosa que el reflejo de la visión adultocéntrica del derecho penal, que se niega a considerar la necesidad de un derecho sustantivo diferenciado en el caso del derecho penal juvenil.

Si la adolescencia es una etapa de experimentación y descubrimiento, entonces aumentar la edad de protección de la niñez y disminuir la edad mínima de responsabilidad penal puede llevar a que relaciones entre pares, marcadas por la misma inmadurez, sean consideradas delictivas para una persona y para la otra no. Asimismo, también podría generar una situación que deje sin abordaje, atención y tutela a las conductas que son abusivas y violentas.

Nuevamente surge la interrogante en torno a si el derecho penal será la forma de abordaje para este tipo de conductas. No obstante, si se escoge esta vía, deben establecerse mecanismos objetivos y coherentes que den sentido orgánico a la normativa que regula la materia y reduzcan las potestades discrecionales de los operadores de justicia.

La violencia sexual es una manifestación de poder; sin embargo, el delito sexual infantil presenta características diversas que obligan a analizarlo como un fenómeno complejo diferente de la violencia sexual adulta. Si bien escapa de las pretensiones de este artículo abarcar la naturaleza, los orígenes y el abordaje de las conductas sexuales abusivas por parte de personas menores de edad, sí se quisiera dejar en el lector la inquietud acerca de la problemática del abuso sexual infantil por parte de sus pares y diferenciarlo de conductas propias del descubrimiento de la sexualidad adolescente y de las conductas sexuales abusivas por parte de personas adultas.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1990, 30 de septiembre). Ceremonia de presentación de la Declaración y el Plan de acción aprobados por los dirigentes mundiales en la Cumbre Mundial en favor de la Infancia. <https://undocs.org/es/A/45/625>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (1996). Ley n.º 7576, Ley de Justicia Penal Juvenil. San José: 8 de marzo de 1996. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1817.pdf>
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (1998). Ley n.º 7739. Código de la Niñez y la Adolescencia. San José: 6 de enero de 1998. <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/cos191129.pdf>

- Beloff, M. (2009). Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina. En Anitua, G. y Tedesco, I. (comps.), *La cultura penal. Homenaje a Edmundo S. Hendler* (pp. 59-85). Editores del Puerto.
- Chan, G. (2007). *Adultocentrismo y culpabilidad penal juvenil*. Investigaciones Jurídicas.
- Comité de los Derechos del Niño (CDN) (2011). Observación General n.º 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. CRC/C/GC/13. <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/G1142390.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño (CDN) (2016). Observación General n.º 20. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. CRC/C/GC/20. <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/G1640449.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño (CDN) (2019). Observación General n.º 24. Relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. CRC/C/GC/24. <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/12/G1927560.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002, 28 de agosto). Opinión Consultiva OC-17/2002. <http://www.saij.gob.ar/corte-interamericana-derechos-humanos-internacional-san-jose-costarica-opinion-consultiva-oc-17-02-28-agosto-2002-serie-17-solicitante-cidh-fa02570003-2002-08-28/123456789-300-0752-0ots-eupmocsollaf?>
- Llobet, J. (2014). El interés superior del niño y la justicia penal juvenil. En Tiffer, C. (ed.), *Derecho pena juvenil* (pp. 335-415). Editorial Jurídica Continental.
- López, N. (2019). *El cerebro adolescente*. Rialp.

Organización de las Naciones Unidas (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Organización de los Estados Americanos (1969, 22 de noviembre). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (2020). Resolución n.º 2020-1207. San José: 25 de septiembre de 2020.