



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

***Medidas para la protección
de la infancia frente a los actos de
explotación y abuso sexual***

Junio de 2008



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

*Medidas para la protección de la
infancia frente a los actos de
explotación y abuso sexual*

Junio de 2008



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*



Esta versión forma parte de la Biblioteca Virtual de la **Comunidad de Madrid** y las condiciones de su distribución y difusión se encuentran amparadas por el marco legal de la misma.



www.madrid.org/publicamadrid

Índice

I. Introducción

II. Reformas penales sustantivas

1. Edad de Consentimiento, agresión sexual y abusos sexuales. La "Indemnidad Sexual". La apología de la pederastia. El incremento de las penas.
2. Delitos relativos a la prostitución Infantil
3. Delitos relativos a la pornografía Infantil
4. Nuevos comportamientos delictivos
5. Otros aspectos
6. Propuestas

III. Reformas procesales

1. Principios generales
2. Medidas concretas de protección de las víctimas
3. La declaración del menor, víctima del delito
4. Otras cuestiones
5. Propuestas

IV. La creación de un registro de delincuentes sexuales

1. Análisis del problema
2. Propuestas

V. Establecimiento de programas educativos de reeducación de delincuentes sexuales como medidas de control y seguimiento posterior a la pena privativa de libertad.

1. Análisis del problema
2. Propuestas



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

I. INTRODUCCIÓN

Los graves sucesos acontecidos en los últimos meses en España, han generado un vivo debate en la sociedad acerca de la adecuación de nuestra legislación jurídico penal sobre protección de los menores de edad, frente a comportamientos delictivos de naturaleza sexual. Estas y otras situaciones semejantes que con frecuencia saltan a los medios de comunicación, deben motivar una reflexión que, sin especiales dificultades, debe desembocar en la conclusión de que es necesario seguir avanzando en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias que demanda la protección del eslabón más frágil de nuestra sociedad, la infancia, y frente al ataque que mayor rechazo genera, los delitos de naturaleza sexual.

Las particulares circunstancias que rodean a los menores de edad como víctimas de comportamientos delictivos, unido a la especialidad de los delitos de naturaleza sexual, y las peculiaridades que concurren en los delincuentes sexuales, quizá sean las causas que han determinado que los concretos problemas que aquí se ponen de manifiesto, no hayan obtenido solución con la aplicación de políticas genéricas contra la delincuencia.

Efectivamente, en primer lugar, la mayor vulnerabilidad de los menores de edad para ser víctimas de comportamientos delictivos, unido a las mayores dificultades que encuentran los niños para transmitir a los adultos sus problemas y sufrimientos, determina, inicialmente, una complejidad mayor para perseguir esta clase de delitos que los sufridos por personas mayores de edad. Este aspecto, unido a los daños que para la formación y evolución psíquica del menor genera el delito, se traduce en el primer aspecto que demanda un tratamiento específico e individualizado de actuación.

En segundo lugar, no cabe duda que los comportamientos delictivos de naturaleza sexual exigen también, con carácter general, un tratamiento individualizado, pues, por un lado, atacan a bienes jurídicos de la víctima especialmente delicados y sensibles, como su libertad sexual y su intimidad, y por otro, presentan especiales dificultades para su persecución derivadas, en muchos casos, de la pertenencia del agresor al círculo cercano a la víctima, creando en ésta un importante conflicto de sentimientos en el momento de plantearse la posibilidad de la denuncia, así como, frecuentemente, derivadas también de la falta de pruebas y vestigios



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

de su comisión, al perpetrarse siempre estos delitos en reductos de máxima intimidad.

Por último, la propia naturaleza del delincuente sexual, hace que, en no pocas ocasiones, fracasen las políticas de resocialización y reinserción social de los mismos, generando, además, una gran alarma social, la puesta en libertad de delincuentes de esta naturaleza que, no obstante haber cumplido ya sus penas, presentan un pronóstico elevado de reiteración delictiva.

Pues bien, la conjunción de estos tres factores, como antes se adelantaba, plantea una serie de problemas concretos y específicos para los que nuestro ordenamiento jurídico no parece hoy en día dar completa respuesta, por lo que ya desde muchos sectores se vienen solicitando reformas importantes que adecuen nuestra legislación a esa realidad social que demandan los sucesos que cotidianamente se producen en nuestro entorno.

Como no podía ser de otro modo, esta inquietud no es específica de nuestro país, sino que ya desde hace algún tiempo, la comunidad internacional se ha venido haciendo eco de los problemas de explotación sexual de la infancia en sus más amplias manifestaciones.

Como consecuencia de la inquietud que estos problemas suscitan, han surgido numerosas herramientas e instrumentos internacionales para hacerles frente, y así, cabe destacar la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 1996, y en el ámbito de las Naciones Unidas, el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil y el 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. Igualmente, en el ámbito de la Unión Europea, puede destacarse la Decisión Marco del Consejo sobre la lucha contra la explotación sexual de niños y la pornografía infantil (2004/68/JAI).

Finalmente, en el ámbito del Consejo de Europa, ha existido también una prolífica actividad legislativa en aras a acotar este problema, de la que son muestras la Recomendación del Comité de Ministros, R (91) 11, relativa a la explotación sexual, la pornografía, la prostitución, y la trata de niños y adultos jóvenes, la Recomendación R (2001) 16, sobre la protección de los niños contra la explotación sexual, el Convenio sobre la ciberdelincuencia,



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

hecho en Budapest, el 23 de noviembre de 2001 y, recientemente, el Plan de Acción adoptado en la 3ª Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa (Varsovia, 16-17 de mayo de 2005), en el que se acuerda la elaboración de medidas para poner fin a la explotación sexual de los niños.

Ha sido, precisamente, en el seno del Consejo de Europa, donde se ha gestado el último de los Instrumentos internacionales consagrados a la protección de la indemnidad sexual de la infancia, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de la Infancia contra la Explotación y el Abuso Sexual, hecho en Lanzarote, el 25 de octubre de 2007, firmado ya por 27 Estados, no incluyéndose entre ellos, a día de hoy, el Estado Español.

El Convenio recoge interesantes soluciones para la protección de la infancia frente a comportamientos que supongan explotación o abuso sexual de un menor, procurando que dicha protección sea integral, mediante el establecimiento de previsiones que van desde la prevención del delito, a través de políticas educativas dirigidas a los menores, a los educadores y a la sociedad en general, hasta la cooperación jurídica internacional para hacer posible la persecución y el castigo de estas conductas.

El análisis detallado de este Convenio permite afirmar que la protección jurídico penal del menor víctima de explotación y abuso sexual en la legislación española, podría verse decididamente reforzada con su firma y ratificación por nuestro Estado. El presente documento pretende analizar alguna de las previsiones de este Convenio, y su acomodo a nuestro ordenamiento jurídico, cuyo acogimiento, quizá de una manera progresiva y como presupuesto para su ratificación definitiva, podría suponer un interesante impulso para la pretendida protección de la infancia.

Centraremos nuestro análisis, principalmente, en aquellos aspectos con contenido estrictamente jurídico, sin desconocer, no obstante, que el Convenio del Consejo de Europa contiene importantísimas previsiones en materia de prevención del delito y protección de las víctimas, cuyo análisis merecería una perspectiva diferente. Deberán ser, en este caso, políticas sociales y educativas, las que afronten la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de estas previsiones, y precisamente por ello, por el distinto enfoque que su análisis merece, delimitaremos, como se ha dicho, el objeto del presente documento, a los aspectos jurídicos del Convenio.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

II. REFORMAS PENALES SUSTANTIVAS

El Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de la Infancia contra la Explotación y el Abuso Sexual, dentro de su capítulo VI y bajo la rúbrica “Derecho Penal sustantivo” (artículos 18 a 29), exhorta a los Estados firmantes a introducir en su ordenamiento jurídico las reformas que resulten necesarias para que las conductas que regula sean contempladas como delitos por sus respectivas legislaciones nacionales, así como para que las mismas recojan una serie de previsiones referidas a la entidad de las sanciones, normas de participación, circunstancias agravantes o responsabilidad de las personas jurídicas.

Realmente es posible afirmar que la legislación española, sobre todo tras las reformas introducidas en nuestro Código Penal por las Leyes Orgánicas 11/1999, de 30 de abril y 15/2003, de 25 de noviembre, recoge la gran mayoría de las figuras delictivas y demás exigencias sustantivas que el Convenio regula en este capítulo, sin perjuicio de lo cual, sí resulta necesario hacer ciertas precisiones. Muchas de las propuestas que se reflejan en este documento han sido ya formuladas anteriormente por este Comisionado Parlamentario.

1.- Edad de Consentimiento, agresión sexual y abusos sexuales. La “Indemnidad Sexual”. La apología de la pederastia. El incremento de las penas.

Desde hace tiempo la Institución del Defensor del Menor viene reclamando la necesidad de elevar la edad mínima para consentir válidamente relaciones sexuales por parte de un menor. Conviene recordar que dicha edad estaba fijada con anterioridad en los doce años y que tras la modificación del Código Penal operada en 1999 se elevó a trece años.

Empleando fundamentos de Derecho Comparado, se ha podido comprobar que, en relación con nuestro entorno más próximo, la normativa española es la que define la edad más baja para consentir una relación sexual sin que tal conducta sea considerada como delito. Sirva como ejemplo de lo anterior el hecho de que la edad mínima de consentimiento en esta materia está fijada en catorce años en Italia, Alemania y Portugal, en quince años en Francia y asciende a dieciséis en el Reino Unido.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

En línea con lo anteriormente expuesto, el Comité sobre Derechos del Niño —organismo internacional que tiene el objetivo especial de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño— ha sugerido recientemente una reforma del Código Penal español para elevar la edad del consentimiento sexual y así mejorar la protección que ese país ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil.

También resulta conveniente equilibrar la respuesta penal en materia de delitos de agresiones y de abusos sexuales cuando sean cometidos sobre menores de edad.

Desde una interpretación si bien técnicamente correcta del Código Penal se ha entendido en algunas ocasiones que el acceso carnal con víctimas de muy corta edad no podía considerarse violación ni agresión sexual, pues no concurrían los presupuestos necesarios o modos comisivos de violencia o intimidación.

La violencia, en este contexto, consistiría en toda fuerza física exterior a la víctima que, proyectada inmediatamente sobre ésta, la determina, por haber vencido su resistencia seria y continuada, a realizar o padecer un determinado acto sexual. Según la doctrina y la jurisprudencia constituyen la violencia típica actos como golpear, maniatar, inmovilizar, etc., que deben ser causales respecto al acto sexual, es decir, que se consiga la práctica de éste a través del ejercicio de la violencia. En la medida en que esa violencia tenga virtualidad para situar a la víctima en una posición de inferioridad que le impida la resistencia que ella quisiera oponer, habrá de concluirse que cumple los requerimientos típicos.

La intimidación, por su parte, suele tener origen en una amenaza vertida por el autor de la agresión. Constituye intimidación toda prolación de un mensaje mediante el cual un sujeto amenaza a otro con causarle un mal grave, futuro y verosímil en alguno de sus intereses más preciados si no accede a realizar o padecer un determinado acto sexual. La gravedad del mal radica en su idoneidad para provocar en la víctima un estado de temor de tal entidad que se vea llevada a escoger, como salida menos gravosa, la realización del acto sexual pretendido por el agresor.

Para tener contacto carnal con personas de muy corta edad no se precisa la violencia o la intimidación, pues su vulnerabilidad extrema, sus condiciones cognitivas y su falta absoluta de experiencia podrían llevar a



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

descartar la concurrencia de los citados modos comisivos de violencia o intimidación tal y como se han definido anteriormente.

Por consiguiente, aun asumiendo la tremenda carga de injusto que conllevan este tipo de situaciones, haciendo una interpretación rigurosa del Código Penal, aquéllos no podrían ser considerados como agresiones sexuales sino como abusos sexuales agravados, por lo que únicamente podrían subsumirse en el tipo del artículo 181.2 del Código Penal al no poder estimarse la concurrencia de violencia ni de intimidación.

Las diferencias en cuanto a las consecuencias jurídicas son asimismo sustantivas: la pena prevista en un caso de violación de un menor de trece años de edad, según el artículo 180.1.3ª en relación con el 179 del Código Penal, abarca de doce a quince años de prisión —con la necesaria concurrencia de violencia e intimidación— mientras que el abuso sexual con acceso carnal sobre un menor de edad —que sería el único tipo en el que encajaría la conducta, ya que no puede concurrir violencia ni intimidación por los motivos antes expuestos— lleva aparejadas condenas de un máximo de diez años de prisión.

La propuesta de modificación consistiría, pues, en añadir a la violencia y a la intimidación una nueva circunstancia que hiciera referencia a la edad de la víctima.

Otra cuestión relevante sería la de tipificar como delito la actividad consistente en producir y divulgar textos, relatos u obras gráficas que de forma explícita enaltezcan conductas que tienen la consideración de delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores.

En principio, podría advertirse una desconexión del tipo delictivo cuya inclusión se propone con el fin último que se pretende, que es la indemnidad sexual de la infancia, pues para la verificación del tipo no se requiere la realización de la conducta descrita en el texto, relato u obra gráfica y tampoco existe, por tanto, una víctima concreta e individualizable.

No obstante lo anterior, no debe olvidarse que el castigo de estas conductas —al igual que ocurre con la penalización de la simple posesión de pornografía infantil o su difusión— se fundamenta en su peligrosidad como conductas favorecedoras de posibles futuras agresiones o abusos a menores a través del fomento de la pedofilia o de la pederastia.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

Se trataría, en suma, de reaccionar penalmente contra el potencial estímulo de la explotación sexual de los niños que estas conductas suponen.

A pesar de que el Título VIII del Libro II del Código Penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, lleva por rúbrica *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”*, los diferentes tipos delictivos agrupados en el Capítulo I *“De las agresiones sexuales”* no hacen mención alguna a la indemnidad sexual. El artículo 178 literalmente establece *“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona...”* omitiendo el término indemnidad.

La indemnidad sexual sí se menciona, sin embargo, en el siguiente Capítulo, dedicado a los abusos sexuales, recogándose el término en el artículo 181: *“El que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona...”*

Si bien en principio podría parecer una cuestión meramente semántica, la inclusión del término indemnidad sexual en el artículo 178 tendría cierta relevancia, toda vez que la justificación empleada en la reforma para incluir el término indemnidad en la rúbrica del Título VIII, más allá de la libertad sexual, podría redundar en beneficio de la protección de las personas menores de edad frente a este tipo de delitos.

Por último, y teniendo en cuenta la gravedad de este tipo de delitos así como la especial vulnerabilidad de las víctimas y el altísimo grado de reincidencia de los agresores, hemos venido reclamando un incremento sustancial de las penas en caso de delitos sexuales cometidos con menores.

En este sentido, debe revestir especial atención el aumento del tiempo previsto en el artículo 192.2 del Código Penal relativo a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio.

2. Delitos relativos a la prostitución Infantil

Por lo que a la prostitución infantil se refiere, sería aconsejable, aunque no indispensable, modificar la redacción actual del artículo 187 de nuestro



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

Código Penal, para incluir expresamente en el mismo como delito, el consumo de prostitución infantil al que se refiere el artículo 19.1.c) del Convenio, es decir, la conducta del que acude a la prostitución infantil como cliente.

La redacción literal de nuestro actual artículo 187 castiga al que *“induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad”*, dando la impresión de que el comportamiento punible se refiere únicamente al “empleador” del menor en la prostitución, y no al consumidor. Ello no obstante, nuestra doctrina jurisprudencial se ha pronunciado ya (por todas, las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2004, 9 de diciembre de 1999 o el acuerdo del pleno de 12 de febrero de 1999), por la extensión de la previsión legal al consumidor de la prostitución infantil, señalando que *“... es cierto que “prostituir”, también según el Diccionario, es “hacer que alguien se dedique a mantener relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero”, pero teniendo en cuenta que en este “otras personas” está semánticamente comprendido todo el que reciba de alguien servicios sexuales mediante precio, puesto que de este modo hace que ese alguien se prostituya, o lo que es lo mismo, si se prostituye el que comercia con el propio cuerpo, prostituye cualquiera que propicie esa clase de relación, incluido, por tanto, el mismo que se implica en ella como receptor de la prestación sexual”*.

Por lo tanto, aunque en virtud de la referida doctrina jurisprudencial no sería necesario modificar nuestro Código Penal para entender incluida en el mismo la conducta punible consistente en el consumo de prostitución infantil, parece aconsejable la reforma para evitar ambigüedades, interpretaciones dudosas o cambios de líneas jurisprudenciales, pero sobre todo, porque una conducta tan censurable como ésta, merece un posicionamiento claro por parte del legislador español, mediante su regulación expresa.

3. Delitos relativos a la pornografía Infantil

La legislación española puede considerarse ciertamente avanzada en materia de pornografía infantil, gracias, principalmente, a la incorporación a nuestro Código Penal de diversas previsiones y recomendaciones derivadas de distintos Instrumentos internacionales con motivo de las



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

reformas llevadas a cabo en nuestro Código Penal por las dos anteriormente mencionadas Leyes Orgánicas de 1999 y 2003.

A pesar de ello, existen dos previsiones en el Convenio del Consejo de Europa que no tienen reflejo en nuestro Código Penal, si bien es preciso poner de relieve que el propio Convenio prevé la posibilidad de que los Estados firmantes hagan reservas en cuanto a su regulación.

En primer lugar, el Convenio recomienda la tipificación como delito del acceso a la pornografía infantil a través de las tecnologías de la información y comunicación, es decir, la conducta consistente en el simple visionado de pornografía infantil, sin almacenarla y sin distribuirla. Aunque, en principio, pudiera parecer exagerada esta previsión, considerándose que pudiera suponer la limitación de parcelas de libertad del individuo desconectadas del fin último cuya protección pretende el precepto penal, la indemnidad sexual de la infancia, no debe olvidarse que el castigo de estas conductas —al igual que ocurre con la penalización de la simple posesión de pornografía infantil o su difusión— se fundamenta en su peligrosidad, como conductas favorecedoras de posibles futuras agresiones o abusos a menores a través del fomento de la pedofilia.

En definitiva, se trataría de reaccionar penalmente contra el *“potencial estímulo de la explotación sexual de los niños que éstas conductas implican”* (en este sentido, la propuesta de decisión marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, 2001/0025). Como señala la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado, el legislador ha querido proteger la indemnidad sexual de los menores anticipando las barreras de protección penal. En atención a este argumento, se entiende que el Código Penal español, del mismo modo que castiga la simple tenencia de pornografía infantil, debería recoger una previsión que castigara el simple acceso a la pornografía infantil a través de internet.

Igualmente, el Convenio del Consejo de Europa recomienda, admitiendo también la posibilidad de presentar reservas en este extremo, que se castigue como delito la asistencia, a sabiendas, a espectáculos pornográficos en los que participen menores de edad. Por lo que a este extremo se refiere, nuestro Código Penal castiga en el artículo 189.1.a), entre otras conductas, la financiación de espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que fueran utilizados menores de edad, pero, al igual que respecto del consumo de prostitución infantil, no se penaliza expresa y



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

concretamente la simple asistencia como espectador a estos espectáculos. Algunos autores han querido ver la asistencia a tales espectáculos dentro de las posibles conductas de financiación de espectáculos exhibicionistas o pornográficos protagonizados por menores de edad, con fundamento en que, el pago de una entrada, supondría la financiación del espectáculo. Entendemos, no obstante, que sería precisa una regulación expresa; en primer lugar, porque la interpretación expuesta, dejaría fuera de la conducta punible el comportamiento de los asistentes a tales espectáculos que, por la circunstancia que fuere, no hubieran abonado una entrada, pero sobre todo, porque dicha interpretación doctrinal no ha obtenido hasta el momento consagración jurisprudencial por nuestros Tribunales, y nada asegura que vaya a tenerla. En este estado de cosas, y por las mismas razones antes apuntadas de evitar todo tipo de actos que, de algún modo, pudieran fomentar la explotación y abuso de la infancia, debe entenderse que procede la modificación de nuestro Código Penal también en cuanto a este extremo.

4. Nuevos comportamientos delictivos

Junto con las nuevas modalidades típicas a que se ha hecho referencia respecto de los delitos relacionados con la prostitución y la pornografía infantil, el único comportamiento delictivo de los que regula el Convenio que podríamos considerar absolutamente novedoso y que no cuenta con previsión equivalente en nuestro Código Penal, es el que el artículo 23 del Convenio del Consejo de Europa llama solicitud de menores con fines sexuales. El citado precepto exhorta a los Estados Parte a que regulen como delito dentro de sus ordenamientos jurídicos el comportamiento consistente en la propuesta intencionada de un adulto, a través de las tecnologías de la información y comunicación, dirigida a reunirse con un menor de edad, con el fin, bien de mantener con él relaciones sexuales consentidas, bien de llevar a cabo con él actos de producción de pornografía infantil, siempre que esta propuesta haya sido seguida por actos materiales conducentes a tal reunión.

La conducta típica quedaría integrada con la simple propuesta del adulto, dirigida al menor, para que llevaran a cabo un encuentro, siempre que concurrieran, además, dos circunstancias:

1. Que el propósito del adulto fuera mantener relaciones sexuales consentidas con el menor o producir con él pornografía infantil.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

2. Que la propuesta hubiera sido seguida de algún acto material encaminado a llevar a cabo el encuentro.

El precepto se enmarca dentro de la idea general de anticipar las barreras de protección de la infancia a momentos anteriores al abuso o explotación concreta sobre el niño, criminalizando comportamientos preparatorios con la finalidad de que el abuso o explotación final sobre el niño no llegue a producirse. En esta línea, y partiendo de la protección prioritaria que merecen los menores de edad como el sector más débil e indefenso de nuestra sociedad, la propuesta merece tenerse en cuenta, al constituirse como la única iniciativa hasta ahora conocida para poner freno a uno de los fenómenos actuales que más preocupa a los encargados de la protección de los menores: los engaños, con finalidad sexual, de los que son objeto a través de internet.

El único problema que alcanzamos a prever respecto de la propuesta del Consejo de Europa es el que deriva de las dificultades concretas de prueba que podría presentar un tipo penal como el anteriormente referido, pues sería preciso acreditar ante los Tribunales la intención o ánimo del delincuente respecto de una conducta que todavía no ha desarrollado.

5. Otros aspectos

El Convenio del Consejo de Europa hace también referencia a algunas otras cuestiones que requerirían la adaptación de nuestro Código Penal.

El artículo 27 del Convenio exige a los Estados firmantes sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para quienes cometan delitos de explotación o abuso sexual de la infancia, debiéndose incluir penas privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición, lo que impone revisar las previsiones punitivas de nuestro Código Penal, pues no todas las penas previstas para esta clase de delitos cumplirían tales exigencias. Al mismo tiempo, el apartado 5 de este artículo 27, recoge la interesante iniciativa de que los Estados firmantes puedan establecer las previsiones necesarias para hacer posible que, en esta clase de delitos, el producto del delito o los bienes decomisados pudieran ser asignados a un fondo especial con el fin de financiar programas de prevención y asistencia a las víctimas de cualquiera de los delitos tipificados en el Convenio.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

Finalmente, el artículo 28 del Convenio enumera una serie de supuestos, a cuya consideración como circunstancias agravantes, exhorta a los Estados parte. Muchas de las circunstancias que recoge el Convenio como agravantes aparecen contempladas en el Código Penal español, pero no en relación con todos los delitos de explotación y abuso sexual de la infancia, sino referidas a modalidades delictivas concretas. Así, por ejemplo, en materia de prostitución infantil no se prevé en nuestro Código Penal circunstancia alguna que agrave la responsabilidad criminal del tipo básico. En otros casos, como por ejemplo en materia de pornografía infantil, a pesar de regularse en nuestro Código un catálogo importante de subtipos cualificados, no se recogen, sin embargo, alguna de las agravantes que regula el convenio, como, por ejemplo, que el delito haya dañado seriamente la salud física o mental de la víctima, o que el delito se haya cometido contra una víctima especialmente vulnerable. Finalmente, parece interesante destacarse la mejor redacción que contiene el Convenio al hablar, como circunstancia de agravación de la pena, de que “el delito haya sido cometido por varias personas que actúen conjuntamente”, frente al Código Penal español, que se refiere a que el culpable *“perteneciere a una asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”*. Aunque, en el fondo, ambas previsiones se están refiriendo al mismo supuesto (se excluye la pertenencia del agresor a una organización criminal, prevista expresamente, tanto en el Convenio como en el Código Penal español), la redacción dada por el Convenio permite más fácilmente que la recogida en el Código Penal español, incluir en la previsión legal los llamados lugares de encuentro de internet, tales como foros, chats, comunidades virtuales, etc.

Las concretas circunstancias agravantes a cuya regulación exhorta el Convenio con carácter general para todos los delitos relativos a la explotación y agresión sexual de la infancia, y que nuestro Código Penal no recoge con ese carácter general para toda esta clase de delitos, son:

- a. Que el delito haya dañado seriamente la salud física o mental de la víctima;
- b. Que el delito fuera precedido o acompañado de actos de tortura o de violencia grave.
- c. Que el delito se haya cometido contra una víctima especialmente vulnerable.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

- d. Que el delito haya sido cometido por varias personas que actúen conjuntamente.
- e. Que el delito haya sido cometido en el seno de una organización criminal.

6. Propuestas

En atención a todo lo anterior, como medidas a adoptar en materia de reformas penales sustantivas, pueden sugerirse las siguientes:

1. Elevación de la edad para consentir válidamente relaciones sexuales
2. Consideración de la edad como una nueva circunstancia de las agresiones sexuales
3. Consideración jurídico penal del ensalzamiento de delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores
4. Mención expresa a la indemnidad sexual en el Capítulo que tipifica las agresiones sexuales
5. Incremento sustancial de las penas para los delitos sexuales cometidos con menores de edad y el incremento de las penas de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio.
6. Modificar la redacción actual del artículo 187 de nuestro Código Penal, para incluir en el mismo como delito, de manera expresa, el consumo de prostitución infantil, es decir, la conducta del que acude a la prostitución infantil como cliente.
7. Tipificar como delito el acceso a la pornografía infantil a través de las tecnologías de la información y comunicación, es decir, la conducta consistente en el simple visionado de pornografía infantil, sin almacenarla y sin distribuirla.
8. Tipificar como delito la asistencia, a sabiendas, a espectáculos pornográficos en los que participen menores de edad.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

9. Tipificar como delito el comportamiento consistente en la propuesta intencionada de un adulto, a través de las tecnologías de la información y comunicación, dirigida a reunirse con un menor de edad, con el fin, bien de mantener con él relaciones sexuales consentidas, bien de llevar a cabo con él actos de producción de pornografía infantil, siempre que esta propuesta haya sido seguida por actos materiales conducentes a tal reunión.

10. Regular en nuestro Código Penal como circunstancias agravantes aplicables a todos los delitos relativos a la explotación y abuso sexual de la infancia, las siguientes:
 - a. Que el delito haya dañado seriamente la salud física o mental de la víctima.
 - b. Que el delito fuera precedido o acompañado de actos de tortura o de violencia grave.
 - c. Que el delito se haya cometido contra una víctima especialmente vulnerable.
 - d. Que el delito haya sido cometido por varias personas que actúen conjuntamente.
 - e. Que el delito haya sido cometido en el seno de una organización criminal.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

IV. REFORMAS PROCESALES

El capítulo VII del Convenio, bajo la rúbrica, Investigación, Enjuiciamiento y Derecho Procesal, contiene una serie de interesantes previsiones referidas, fundamentalmente, a la adopción de medidas diversas para la protección de las víctimas menores de edad durante la investigación, instrucción y enjuiciamiento de los delitos de explotación y abuso sexual de la infancia. Gran parte de estas medidas ya figuran incorporadas en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre todo, tras la reforma operada en la misma por la Disposición final de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modificaba la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Efectivamente, esta reforma introdujo en nuestra ley procesal interesantes medidas orientadas a la protección de los menores de edad con motivo de su intervención ante los Tribunales de Justicia. Se regulaba así, la posibilidad de que las declaraciones de menores ante la Autoridad Judicial pudieran ser realizadas en presencia de expertos y, siempre, con asistencia del Ministerio Fiscal (como defensor privilegiado de los derechos e intereses del menor), pudiendo además estar presentes quienes ejerzan la patria potestad sobre el menor, salvo conflicto de intereses con éstos; se autorizaba la posibilidad de que el Juez pueda acordar la grabación de la declaración del menor; se imponía la obligación a los Jueces y Tribunales de evitar la confrontación visual entre los menores y el inculpado y, finalmente, se preveía la posibilidad de que las declaraciones de los menores ante un Tribunal, pudieran ser prestadas a través de videoconferencia (con la finalidad de evitar al menor víctima del delito, los efectos psicológicos que para él pudieran derivarse de su comparecencia en el acto del juicio oral).

El Convenio del Consejo de Europa, en la misma línea que el legislador español en la reforma procesal a la que hemos hecho referencia, recoge todas estas medidas, a cuya adopción exhorta a los Estados Parte, incluyendo, además, algunas otras que no aparecen previstas en nuestra legislación procesal y que resultan sumamente atractivas a la finalidad antes señalada de proteger psicológicamente al menor víctima de delitos de naturaleza sexual, frente a los perjuicios que para él pudieran derivarse de su intervención ante los Tribunales.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

1. Principios generales

Con carácter previo, el artículo 30 del Convenio recoge una serie de principios que deben gobernar la actuación de los Tribunales en relación con los menores de edad víctimas de esta clase de delitos. De los diversos principios generales que recoge el Convenio, es preciso referirse a tres de ellos, que no gozan de equivalente en la legislación española.

En primer lugar, el Convenio exhorta a las Partes a adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de las víctimas en todas las investigaciones y procesos penales por esta clase de delitos, no agravando el trauma sufrido por el menor, y procurando que la respuesta de la justicia penal vaya seguida de la asistencia necesaria, en los casos en que así sea preciso. Sin perjuicio de que nuestro ordenamiento jurídico proclama, con carácter general, la necesaria protección de las víctimas en toda clase de delitos, sería bien acogida la incorporación positiva a la legislación española de este concreto principio, referido expresamente a los menores de edad víctimas de delitos de explotación o abuso sexual, con la finalidad de poder ser utilizado como elemento de interpretación del resto del ordenamiento jurídico, y así, ante una disyuntiva interpretativa, esta cláusula general impondría siempre la interpretación más favorable a la protección del menor.

En segundo lugar, el Convenio exhorta a los Estados Parte a la adopción de las medidas legislativas necesarias para garantizar que las investigaciones y procesos penales por delitos de esta naturaleza, se consideren como prioritarios y se lleven a cabo sin demora injustificada. Esta previsión carece de equivalente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y encuentra entre sus muchos fundamentos, quizá como el más destacado, la necesidad de no prolongar indebidamente en el menor el recuerdo del acontecimiento sufrido, como medio indispensable para minimizar los efectos que en su formación y desarrollo psicológico, pueda tener el delito de que ha sido víctima. A esto cabría añadir un motivo más, eminentemente práctico, como sería la evitación de la demora en la tramitación de este tipo de procedimientos, como medio para conseguir la declaración o testimonio del menor más fiable posible, ya que, no cabe duda que el transcurso de un lapso de tiempo de dos o tres años en la vida de un menor de edad, produce muchos mayores efectos en la conservación del recuerdo que en la vida de un adulto, lo que, unido a las posibles contaminaciones de ese recuerdo derivadas de sucesivas declaraciones, tratamientos psicológicos o influencias del entorno familiar



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

del menor, hacen que, con carácter general, los testimonios de los menores sufran una pérdida de precisión y claridad que es directamente proporcional al periodo de tiempo transcurrido desde la vivencia de los acontecimientos acerca de los cuales declaran.

Finalmente, el tercero de los principios generales referidos, es la necesidad de que los Estados Parte adopten las medidas precisas para garantizar la posibilidad de llevar a cabo investigaciones encubiertas para la persecución de esta clase de delitos. La figura del agente encubierto aparece regulada en el artículo 282 bis de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, no obstante lo cual, dicha regulación no resulta suficiente a los fines del Convenio que aquí analizamos.

En primer lugar, nuestro artículo 282 bis condiciona la posibilidad de utilizar agentes encubiertos en las investigaciones, a aquellos casos en los que se persigan actividades propias de la delincuencia organizada, y en segundo lugar, restringe la utilización del agente encubierto para la investigación, entre otros y por lo que aquí interesa, de los *“delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal”*.

Pues bien, el primero de estos condicionamientos se traduce, en la práctica, en la imposibilidad de utilizar la figura del agente encubierto para la investigación de la mayor parte de los delitos de explotación y abuso sexual de la infancia, que, como regla general, no aparecerán perpetrados por grupos organizados, sino por personas individuales. La segunda limitación haría que únicamente pudiera ser utilizada la figura del agente encubierto para la investigación de los delitos relativos a la prostitución infantil (artículo 187 del Código Penal), prostitución de adultos (artículo 188) y los relativos a la pornografía infantil (artículo 189), reduciendo considerablemente el abanico de comportamientos delictivos de explotación y abuso sexual de los que puede ser objeto la infancia (sobre todo, quedarían fuera todos los supuestos de abusos y agresiones sexuales a menores de edad (artículos 178 a 183 de nuestro Código Penal).



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

2. Medidas concretas de protección de las víctimas

El artículo 31 del Convenio del Consejo de Europa se refiere, a continuación, a una serie de medidas generales de protección de los menores víctimas del delito, medidas que, con carácter general, se puede estimar que recoge nuestro ordenamiento jurídico, salvo en relación con dos cuestiones concretas. En primer lugar, el Convenio considera necesario regular en el derecho interno de los Estados Parte, la previsión de que las víctimas y sus familias sean informadas, cuando se estime que podrían estar en peligro, de que la persona condenada por el delito contra ellos cometido va a ser puesta en libertad, de manera temporal o definitiva. En segundo lugar, se prevé la posibilidad de que las víctimas puedan elegir la forma de prestar sus declaraciones ante la Autoridad Judicial, bien de forma directa o bien a través de un intermediario, que, lógicamente, debería ser un psicólogo. Si bien, efectivamente, estas medidas no gozan de tradición dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no cabe duda alguna de que ambas redundan en beneficio de las víctimas del delito que, en este caso, no olvidemos, se trata de menores de edad que deben ser considerados como el colectivo más necesitado de protección dentro de nuestra sociedad.

3. La declaración del menor víctima del delito

A continuación, es preciso referirse a una de las previsiones más importantes que recoge el Convenio en materia de protección de los menores víctimas, en su intervención ante los Tribunales. Nos estamos refiriendo a la regulación que el artículo 35 contiene acerca de las circunstancias que deben presidir las declaraciones de los menores ante los Órganos Judiciales. En su apartado primero, el precepto impone a cada Estado Parte la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar dentro de su ordenamiento jurídico que:

- a) La declaración del menor se lleve a cabo, sin demora injustificada, después de que los hechos hayan sido denunciados ante las autoridades competentes.
- b) Las declaraciones de menores se lleven a cabo, cuando sea necesario, en lugares diseñados o adaptados para este fin.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

- c) Las declaraciones de menores se reciban por profesionales especialmente preparados para este fin.
- d) Todas las declaraciones del menor, siempre que sea posible, sean recibidas por las mismas personas.
- e) El número de declaraciones del menor se limite a aquellas que sean estrictamente necesarias a los fines del proceso penal;
- f) El menor pueda estar acompañado por su representante legal o, en su caso, por un adulto de su elección, a menos que se haya acordado lo contrario por existir un conflicto de intereses entre el menor y su representante legal.

Alguna de estas medidas, como la señalada en último lugar, se encuentran ya recogidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no así otras, cuya eficacia en orden a minimizar el daño a la víctima del delito parece evidente, por lo que resultaría realmente oportuno su incorporación al ordenamiento jurídico español.

El apartado segundo del precepto, por su parte, prevé la adopción en su Derecho interno, por cada uno de los Estados Parte, de las medidas legislativas necesarias para garantizar que todas las declaraciones de la víctima o, en su caso, las prestadas por testigos menores de edad, puedan ser grabadas en vídeo y posteriormente aceptadas como prueba durante el proceso judicial.

Nuestro ordenamiento jurídico permite la grabación de la declaración del menor, y su uso como prueba en el acto del juicio oral, puede resultar posible en algunos casos, pero, ni impone la necesidad de la grabación, ni contiene cláusula general alguna que establezca su validez como prueba en el juicio. Por ello, resultaría necesaria una regulación específica en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal para la generalización de su aplicación. Recordemos aquí que los beneficios que para el menor de edad podrían derivarse de esta medida, vendrían representados por la posibilidad de que el niño prestara una única declaración, en un momento inmediatamente posterior al acaecimiento del suceso delictivo y asistido por un psicólogo.

Esta declaración podría ser grabada, y posteriormente reproducida en el acto del juicio oral, adelantando con ello decisivamente en el tiempo la



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

recuperación psicológica del menor, y evitando la victimización secundaria que para el niño podría derivarse de la necesidad de que declarara en el acto del juicio oral. Además, como antes se señalaba, ese testimonio del menor, prestado en las circunstancias a que se acaba de hacer referencia, al estar mucho más viva y reciente en su recuerdo la experiencia vivida, sería, con toda seguridad, mucho más fiable que el testimonio que pudiera prestar varios años después, con todas las influencias hasta ese momento padecidas, y con la presión que supone declarar ante un Tribunal penal. Precisamente éste, podría ser el fundamento que justificase la previsión legal que aquí postulamos, en relación con la previsión actualmente contenida en el artículo 730 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (*“podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”*).

4. Otras cuestiones

Finalmente, dentro de este capítulo VII, el Convenio se refiere en su artículo 36 a la necesidad de garantizar una adecuada formación de Jueces, Fiscales y Abogados en materia de explotación y abuso sexual de la infancia, medida ésta que, si bien resulta ajena a la regulación procesal estrictamente considerada, sí aparece como una prevención más para garantizar la adecuada protección de la infancia frente a esta clase de agresiones delictivas. Es cierto que, tanto el Consejo General del Poder Judicial para los Jueces, el Centro de Estudios Jurídicos dependiente del Ministerio de Justicia para los miembros del Ministerio Fiscal, y los distintos Colegios de Abogados existentes en España para los Letrados, diseñan anualmente programas de formación continuada en los que pueden incluirse cursos referidos a las cuestiones que aquí abordamos, pero lo deseable sería dar un paso más y, al menos en relación con los miembros del Ministerio Fiscal y los Letrados, formar verdaderos especialistas en estas materias, de igual modo que se hizo en su momento, tanto en el caso de Fiscales como de Letrados, en relación a la justicia penal del menor.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

5. Propuestas

En atención a todo lo anterior, como medidas a adoptar en materia de reformas procesales y de procedimiento, pueden sugerirse las siguientes:

1. Consagración como principio general en nuestro ordenamiento jurídico de la finalidad primordial de garantizar la protección de las víctimas en todas las investigaciones y procesos penales que se sigan por delitos relativos a la explotación y abuso sexual de la infancia, no agravando el trauma sufrido por el menor, y procurando que la respuesta de la justicia penal vaya seguida de la asistencia necesaria en los casos en que así sea preciso.
2. Adopción de las medidas legislativas necesarias para garantizar que las investigaciones y procesos penales por delitos relativos a la explotación y abuso sexual de la infancia, se consideren como prioritarios y se lleven a cabo sin demora injustificada.
3. Reforma del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la finalidad de hacer posible la utilización de la figura del agente encubierto en toda investigación que se siga por delitos relacionados con la pornografía infantil y otras formas de explotación y abuso sexual de la infancia, sin que sea preciso que la actividad delictiva sea desarrollada por grupos organizados.
4. Regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico de la previsión relativa a que las víctimas y sus familias sean informadas, cuando se estime que podrían estar en peligro, de que la persona condenada por el delito contra ellos cometido, va a ser puesta en libertad, de manera temporal o definitiva.
5. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el fin de introducir en ella, como principios que deben regir las declaraciones de los menores de edad víctimas o testigos de delitos relativos a la explotación o abuso sexual de la infancia, las siguientes:
 - a. La declaración del menor deberá llevarse a cabo sin demora injustificada, después de que los hechos hayan sido denunciados ante las autoridades competentes.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

- b. Las declaraciones de menores deberán llevarse a cabo, cuando sea necesario, en lugares diseñados o adaptados para este fin.
 - c. Las declaraciones de menores deberán ser recibidas por profesionales especialmente preparados para este fin.
 - d. Todas las declaraciones de un menor, siempre que sea posible, deberán ser recibidas por las mismas personas.
 - e. Deberá limitarse el número de declaraciones del menor a aquellas que sean estrictamente necesarias a los fines del proceso penal.
6. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para garantizar que todas las declaraciones de menores víctimas de delitos relativos a la explotación o abuso sexual de la infancia o, en su caso, las prestadas por testigos menores de edad, puedan ser grabadas y posteriormente, su reproducción, aceptada como prueba durante el proceso judicial.
7. Adopción de las medidas legislativas o de otra índole necesarias, para garantizar la adecuada formación de Jueces, Fiscales y Abogados en materia de explotación y abuso sexual de la infancia.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

VI. CREACIÓN DE UN REGISTRO DE DELINCIENTES SEXUALES

Análisis del problema

Una de las más interesantes previsiones que recoge el Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de la Infancia contra la Explotación y el Abuso Sexual, es lo que en su artículo 37 llama la grabación y almacenamiento de datos nacionales sobre delincuentes sexuales condenados, que no es otra cosa que la elaboración de un registro de delincuentes condenados por delitos de naturaleza sexual. Esta idea no es nueva, sino que, simplemente, refleja una iniciativa ya recogida en la legislación de países como Inglaterra, Gales, Francia, Australia, Argentina o Estados Unidos, y que ya ha sido vivamente debatida en el seno de la sociedad española.

La creación de un registro de delincuentes sexuales como medio para luchar contra los delitos de naturaleza sexual, ya fue abordada en el año 2003 por los ministros de Interior de los países miembros del G-8, sin que, sin embargo, se haya materializado hasta el momento en ninguna propuesta definitiva.

En el seno de la Unión Europea, en el verano del año 2006, el comisario de Justicia e Interior, Franco Frattini, expuso el contrasentido que suponía que, en la Unión Europea, la protección de los derechos de los animales contara con más instrumentos que la protección de los menores, abogando ya entonces por la creación de un fichero de delincuentes sexuales. El Parlamento Europeo ha justificado la creación de una base de datos de esta naturaleza, en la necesidad de controlar que *"las personas condenadas por abusos sexuales sean consideradas no aptas para trabajar con niños y puedan quedar excluidas para siempre en toda la Unión Europea de determinadas profesiones que impliquen el contacto con los menores"*, señalaba el informe *"Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia"*, redactado por la italiana Roberta Angelilli, del grupo Unión por la Europa de las Naciones.

Lo que el Convenio del Consejo de Europa prevé en este punto, es la elaboración de un registro en el que se recojan los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de personas condenadas por esta clase de delitos, así como la posibilidad de transmitir la información contenida en estos registros a las Autoridades de otros Estados firmantes. Aunque la



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

regulación del Convenio se remite a las disposiciones pertinentes sobre protección de datos personales y al resto de normas y garantías prescritas por la legislación nacional de cada uno de los Estados firmantes, debemos entender que se trataría de un registro de acceso restringido y no público, es decir, un registro al que tuvieran únicamente acceso las Autoridades Judiciales y del Ministerio Fiscal, así como las Autoridades Policiales y agentes autorizados, y que permitiera, como exige el Convenio, el intercambio de información con las Autoridades de otros Estados.

Lo primero que cabría plantearse en este punto, es la utilidad de un registro de esta naturaleza, y la manera en que el mismo podría contribuir a la lucha contra la delincuencia sexual sobre la infancia. En primer lugar, puede afirmarse que el servicio que este registro podría proporcionar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la investigación y resolución de numerosos delitos, sería inestimable.

Es un hecho ya aceptado por la doctrina científica y puesto de manifiesto en innumerables ocasiones, que el perfil psicológico de esta clase de delinquentes hace que tengan una propensión significativa a la repetición de comportamientos delictivos de esta índole. Por lo tanto, aunque no en todos, sí en un importante número de supuestos, los investigadores policiales podrían tener con este registro una interesante herramienta que les proporcionaría en muchos casos un punto de partida para poder iniciar sus investigaciones. Existiendo, además, en dichos registros, perfiles genéticos, ese punto de partida podría convertirse en la prueba definitiva para la resolución de muchos casos, cuando hubieran podido recogerse vestigios biológicos en el cuerpo de la víctima o en el lugar del delito. Este mismo valor y utilidad de un registro de esta naturaleza, se pone de manifiesto en la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, Reguladora de la Base de Datos Policial sobre Identificadores obtenidos a partir del ADN.

Pero la función que un registro de esa naturaleza podría proporcionar a los cuerpos policiales, no se agota en la investigación del delito, sino que también podría suponer una ayuda decisiva para su prevención, al proporcionar datos de identidad de personas que, de acuerdo con las previsiones de la ley, pudieran ser vigiladas o controladas de algún modo en los momentos inmediatamente posteriores a su excarcelación después de haber sido condenados a penas privativas de libertad, en atención a que pesara sobre ellos todavía alguna medida de seguridad, o alguna pena accesoria, como pudiera ser el alejamiento de la víctima o de lugares frecuentados por menores de edad.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

La creación de un registro de delincuentes sexuales serviría también de manifiesta utilidad a las necesidades de los Jueces y miembros del Ministerio Fiscal, ya que, no cabe duda de que la centralización de toda la información relativa a un mismo delincuente, facilitaría la adopción y cumplimiento de medidas cautelares y penas definitivas, al facilitar información respecto de la peligrosidad criminal y riesgo de reiteración delictiva de una determinada persona en el primer caso, así como de la existencia de condenas no cumplidas en el segundo, evitando la posibilidad de que se produjeran, como ya se han producido, fatales errores judiciales que no pudieran evitar la comisión de nuevos delitos. Esta misma finalidad, aparecía también recogida en la Exposición de Motivos del Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regulaba el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, cuando señalaba que *“la efectividad de las medidas cautelares que se integran en la nueva orden de protección resulta facilitada a través de la existencia de un único registro central, en el que conste la referencia de todas aquellas penas y medidas de seguridad acordadas en sentencia, así como las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación frente a un mismo inculpado por este tipo de infracciones, ya hayan sido dictadas para la protección física de la víctima contra agresiones o para regular la situación jurídica familiar o paterno-filial que relaciona a la víctima con el presunto agresor”*.

Esta misma utilidad a la que se está haciendo referencia, es la que, en definitiva, justificaría también la posibilidad de que el contenido del registro pudiera ser intercambiado entre las Autoridades de diversos países. Dentro del catálogo de delitos de contenido sexual de los que hoy en día es víctima la infancia, destacan de una manera especial los relacionados con la pornografía infantil, sobre todo, por el grandísimo impulso que estos delitos han recibido con la aparición de internet. Hoy en día podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que existen miles, si no millones, de archivos de contenido pornográfico infantil, circulando diariamente a través de internet y, desgraciadamente, detrás de cada uno de esos archivos, hay un menor víctima de abuso o explotación sexual, porque, no olvidemos que la difusión o la simple posesión de pornografía infantil, no es más que el último eslabón de una cadena que comienza con la explotación o abuso sexual del menor, y al mismo tiempo, supone el cauce de iniciación en la pederastia para muchas personas que se introducen en este reprobable mundo a través del visionado y almacenamiento del numeroso material pornográfico infantil que circula a través de internet.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

Desde hace ya algún tiempo se ha puesto de manifiesto por parte de las investigaciones que sobre pornografía infantil se vienen desarrollando que, hoy en día, el mundo de la pornografía infantil ha supuesto la internacionalización de un fenómeno delictivo como pocas veces antes había ocurrido. La causa de esta internacionalización se debe, fundamentalmente, a dos importantes razones. La primera de ellas, hace referencia a las fuentes de producción de la pornografía infantil, localizadas en países determinados, que son, además, los que mayores problemas de prostitución infantil presentan.

Esto ha motivado el nacimiento de una cultura internacional dentro del mundo de la pederastia, que se desplaza a esos países, en lo que se ha dado en llamar el “turismo sexual”, con el fin, tanto de producir pornografía infantil, como de hacer uso de la prostitución infantil. En segundo lugar, puede afirmarse que la pornografía infantil ha supuesto hoy en día la internacionalización de un comportamiento delictivo, gracias al destacado papel que en su difusión representa internet. Como es sabido, si algo caracteriza internet, es la inexistencia de fronteras nacionales y la universalización de cualquier comportamiento que se desarrolle a través de la red. Por eso, los miles, o millones, de archivos de pornografía infantil que diariamente circulan por la red, lo son, en muchos casos, atravesando las fronteras políticas de muchos Estados.

Este problema de internacionalización del delito, requiere también soluciones internacionales para su subsanación. Desde hace ya algunos años, como antes se ponía de relieve, la comunidad internacional ha venido trabajando para establecer cauces y herramientas de persecución de esta clase de delitos. Los avances quizá más importantes y efectivos se hayan producido en el campo de la cooperación judicial penal internacional, con el nacimiento de importantes estructuras de cooperación (Eurojust o IberRed, por ejemplo), así como con la aparición de interesantes instrumentos de cooperación judicial (entre los que destaca, por lo que a este particular se refiere, el Convenio sobre el cibercrimen del Consejo de Europa), pero es preciso seguir avanzando en esta línea si se quiere ganar eficacia.

Pues bien, una de las medidas más demandadas en la lucha internacional contra el abuso y explotación sexual de la infancia, está siendo la necesidad de intercambio internacional de información sobre condenados por esta clase de delitos. Este intercambio de información se revela como



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

una medida esencial e indispensable para la lucha contra un fenómeno como éste, con trascendencia internacional, como también se reveló en su día, siendo legalmente regulado, el intercambio de información en materia de terrorismo y crimen organizado, y más recientemente, en materia de identificadores obtenidos a partir del ADN, previéndose este intercambio internacional en el artículo 7 de la L.O. 10/2007, de 8 de octubre.

Una vez puesto de manifiesto la necesidad de un registro de delincuentes sexuales, de uso policial y judicial, y con posibilidad de transmisión a Autoridades extranjeras, es preciso preguntarse si el ordenamiento jurídico español permitiría esa posibilidad y, en su caso, las reformas legislativas necesarias para ello. A primera vista, los mayores obstáculos que esta iniciativa podría encontrar, vendrían derivados de la protección de datos de carácter personal que, como manifestación del derecho constitucional a la intimidad (artículo 18 de la Constitución Española), aparece consagrada en nuestro derecho a través de la L.O. 15/1999, de 30 de diciembre.

En cuanto a la naturaleza y contenido de un fichero como el que aquí se propone, no encuentra obstáculo alguno en la Ley de Protección de Datos, sino que por el contrario, podría encontrar acomodo expreso en alguna de sus previsiones, como en su artículo 7.5, referido a ficheros de datos relativos a la comisión de infracciones penales, o en el artículo 22, referido a ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que habla de *“datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales”*. Mayores problemas podría suscitar, en principio, el acomodo del fichero a las exigencias de la Ley y, concretamente, en lo que se refiere al derecho de información que tiene el interesado en la recogida de sus datos, su consentimiento, y sus derechos de acceso, rectificación y cancelación, facultades todas estas, como puede comprenderse, incompatibles con la naturaleza de un registro de las características a las que aquí nos referimos. Precisamente por ello, nuestra Ley de Protección de datos prevé la posible existencia de ficheros que resulten exonerados del cumplimiento de esas exigencias, siempre que sean constituidos por una ley que así lo prevea (artículo 5.5), que los datos recogidos estén destinados al ejercicio de las funciones propias de la administración de justicia (artículo 6.2), y que se trate de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales (artículo 23.1).

La creación del registro mediante una ley, se erige como el requisito fundamental para su acomodación a las previsiones legales, no sólo por lo



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

que anteriormente se señalaba, sino por desprenderse así esta exigencia de los artículos 7.5 y 20 de la Ley de Protección de Datos, ley ésta que debería determinar, según el mencionado artículo 20, la finalidad del fichero, personas autorizadas a acceder al mismo y su estructura, entre otros extremos.

Este mismo artículo 20 exige que se haga constar en la norma de creación del fichero *“las transferencias de datos que se prevean a países terceros”*, con lo que estaríamos dando ya respuesta a la última de las dudas que podría suscitar la acomodación del registro que proponíamos, al ordenamiento jurídico español. Efectivamente, la Ley de Protección de datos permite la comunicación o cesión de datos a terceros países sin el consentimiento del interesado, siempre que ello venga previsto y autorizado por una ley (artículo 11.2.a)), y que el país al que se ceden los datos proporcione un nivel de protección equiparable al que ofrece la Ley española, salvo autorización previa del Director de la Agencia de Protección de Datos (artículo 33.1), o que la transferencia se prevea por un convenio o tratado internacional (artículo 34.a)), o tenga la finalidad de prestar o solicitar auxilio judicial internacional (artículo 34.b)), o, finalmente, cuando la transferencia tenga como destino un Estado miembro de la Unión Europea, o un Estado respecto del cual la Comisión de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias, haya declarado que garantiza un nivel de protección adecuado (artículo 34.k)).

Por lo tanto, podemos concluir afirmando que la creación en España de un Registro de delincuentes sexuales, para su uso policial, judicial y del Ministerio Fiscal, con posibilidad de compartir sus datos con las Autoridades de terceros países, y que cumpliera las exigencias del Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de la Infancia contra la Explotación y el Abuso Sexual, únicamente requeriría para su adaptación y encaje en nuestro ordenamiento jurídico, que fuera creado mediante una ley, en la que se cumplieran las garantías y previsiones que aparecen exigidas en la Ley de Protección de Datos de carácter personal.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

Propuestas

En atención a todo lo anterior, como medidas a adoptar en materia de creación de un registro de delincuentes sexuales, pueden sugerirse las siguientes:

1. Necesidad de la regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico de un **registro específico** en el que se recojan los datos relativos a la identidad, perfil genético (ADN), antecedentes penales, medidas cautelares o cualquier otra información que pudiera resultar relevante a los fines de la prevención y represión del delito, de personas condenadas o procesadas por delitos de naturaleza sexual, y en particular, de personas condenadas o procesadas por delitos relativos a la explotación y abuso sexual de la infancia. A este registro podrán acceder las oficinas judiciales, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, y deberá que expedir certificaciones negativas siempre que se solicite el alta de un trabajador para desempeñar profesiones o trabajos relacionadas con los menores.
2. Adopción de las medidas legislativas que resulten pertinentes para hacer posible el intercambio de información entre las Autoridades de diversos países, referida a personas condenadas o procesadas por delitos de naturaleza sexual, y en particular, los relativos a la explotación y abuso sexual de la infancia.



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

V. ESTABLECIMIENTO DE PROGRAMAS EDUCATIVOS DE REEDUCACIÓN DE DELINCUENTES SEXUALES COMO MEDIDAS DE CONTROL Y SEGUIMIENTO POSTERIOR A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

1. Análisis del problema

El artículo 15.1 del Convenio del Consejo de Europa, dentro de lo que el Capítulo V rubrica como Medidas o Programas de Intervención, establece la obligación de los Estados Parte de asegurar la eficacia en sus respectivos ordenamientos jurídicos de medidas o programas orientados a prevenir o minimizar los riesgos de reiteración delictiva de las personas procesadas por cualquiera de los delitos a que se refiere el Convenio (en general, los relacionados con la explotación y abuso sexual de la infancia). En esta materia es preciso distinguir, de un lado, la necesidad de establecer esos programas mediante protocolos estandarizados, y de otro, la necesidad de reformar nuestro ordenamiento jurídico para que sea contemplado en el mismo, el sometimiento a tales programas de los delincuentes sexuales.

Por lo que al primer aspecto se refiere, se trataría de proporcionar las herramientas necesarias para conseguir que las penas y medidas que pudieran imponerse en las sentencias, pudieran cumplir la previsión constitucional de estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social. Sería necesario, en este punto, que se elaboraran y desarrollaran programas de educación sexual específicamente diseñados para la reeducación y reinserción social de delincuentes sexuales, y a su vez, dentro de estos, programas específicos para los agresores sexuales de los menores de edad. La necesidad de estandarizar estos programas respondería a la finalidad de garantizar su máxima eficacia, al tener que seguir una serie de protocolos científicos elaborados y aprobados por quienes resultaran mejores conocedores de esta materia. Además, deberían adoptarse las medidas necesarias para que estos programas pudieran ser aplicados, tanto dentro de los centros penitenciarios, como fuera de ellos, y al mismo tiempo, en cualquier lugar del territorio nacional.

La necesidad de estos programas de educación sexual se hace patente ante la ineficacia demostrada, en algunos casos, de las simples penas privativas de libertad, como medio para la reeducación y reinserción social de esta clase de delincuentes. Una vez establecidos estos programas,



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

sería preciso diseñar los cauces legales que hicieran llegar los mismos a los delincuentes sexuales.

Nuestro Código Penal, en principio, admite la posibilidad de aplicar este tipo de programas educativos a delincuentes condenados, aunque únicamente como una medida de seguridad para los condenados declarados exentos de responsabilidad criminal por concurrir en ellos una anomalía o alteración psíquica, permanente o transitoria (artículo 96) o como condición de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración (artículo 83). Quiere esto decir, en el primer caso, que sólo serán aplicables a aquellos delincuentes a los que, por concurrir en ellos alguna circunstancia eximente, se les aplique una medida de seguridad en lugar de una pena, y en el segundo, que sólo se aplicarán a aquellos delincuentes condenados a penas privativas de libertad inferiores a dos años (o excepcionalmente, inferiores a 3 años), y cuya ejecución se suspenda condicionándola a, entre otros extremos, que cumplan un programa educativo. En el primer supuesto, el tratamiento aparece como la respuesta penal necesaria frente a quien, por algún tipo de anomalía psíquica (permanente o transitoria), necesite un tratamiento más que una pena. En el segundo, el seguimiento del tratamiento aparece incentivado para el condenado como medio de eludir su ingreso en prisión, pero no deja de ser una respuesta aplicable únicamente a los delitos menos graves.

En cuanto a los condenados a penas privativas de libertad de mayor duración, su sometimiento a esta clase de programas educativos, debe llevarse a cabo dentro de los establecimientos penitenciarios, como parte del tratamiento penitenciario al que se refiere el artículo 59 de la L.O. 1/1979, General Penitenciaria, estableciendo nuestro sistema penitenciario diversos incentivos para los condenados que sigan de forma satisfactoria dicho tratamiento penitenciario.

Por lo tanto, y según lo anterior, dejando a un lado, por la especialidad de los supuestos a los que se aplica, el sometimiento a programas formativos en materia de educación sexual a que pueden ser sometidas las personas declaradas exentas de responsabilidad criminal como medida de seguridad, las únicas posibilidades que brinda nuestro ordenamiento jurídico en este punto, vienen constituidas por los supuestos de seguimiento de un programa educativo como condición para la suspensión de una pena privativa de libertad menor de dos años (o de tres en determinados supuestos), y los programas educativos que, dentro del tratamiento penitenciario, puedan establecerse para aquellos condenados a



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

penas privativas de libertad de mayor duración. Esta regulación, a todas luces, se revela como insuficiente, en primer lugar, porque no asegura la aplicación de este tipo de programas en los supuestos aludidos, debido a que la imposición de esta medida tiene carácter discrecional para el Juez en los supuestos de suspensión de la pena, y en todos los casos citados, su asunción tiene carácter voluntario para el delincuente, y en segundo lugar, porque falta una previsión legal que haga que estos programas educativos sean aplicados a los delincuentes sexuales que, habiendo sido condenados a penas de prisión, hubieran cumplido las mismas y recobrado su libertad, reintegrándose de nuevo en la sociedad.

La necesidad de aplicar estos tratamientos a los delincuentes condenados a penas de prisión, una vez cumplidas las mismas, se revela necesaria como medio de adaptación del delincuente a su entorno social, pero sobre todo, como medio de control del mismo, para poder vigilar su reinserción social y su riesgo de reiteración delictiva. Efectivamente, si, como antes señalábamos, la necesidad de estos programas en los delitos de la naturaleza que aquí abordamos se hace necesaria, precisamente, por el alto pronóstico de reiteración delictiva que presentan estos delincuentes, parecería una temeridad no controlar de algún modo la vuelta a la sociedad de uno de estos delincuentes, y más en aquellos casos en los que ya exista un pronóstico elevado de reiteración delictiva. El sometimiento a estos programas se revelaría como el medio idóneo para llevar a cabo esta vigilancia y control post penitenciario, así como para, en definitiva, evaluar o comprobar el riesgo de reiteración delictiva en cada concreto supuesto.

El cauce más adecuado para la aplicación de estos programas a los delincuentes condenados a penas de prisión, una vez cumplidas las mismas, sería el cumplimiento de los programas de reeducación sexual, junto con las penas ya previstas, como una pena más derivada de la comisión del delito. De esta forma, el delincuente no dejaría extinguida su responsabilidad penal con el simple cumplimiento de la pena de prisión, sino que, además, debería cumplir, a continuación, el programa educativo que, como pena, le hubiera sido impuesto. Esta posibilidad, exigiría del legislador la reforma del Código Penal en dos extremos distintos. Por un lado, resultaría preciso modificar el capítulo relativo a las penas para incluir en el mismo el sometimiento a programas de reeducación sexual como una pena más, privativa de derechos, y por otro, la previsión específica de esta pena para todos los delitos de naturaleza sexual que se valorara oportuno, lo que podría hacerse, o bien modificando la tipificación concreta de cada figura delictiva, o bien incluyendo una cláusula genérica en este sentido, de



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

manera similar a como se hace en el artículo 57 para las penas de alejamiento y prohibición de comunicación recogidas en el artículo 48, ambos, del propio Código Penal.

En consecuencia, dos son los principales problemas que se encuentran en nuestra legislación por lo que a este punto se refiere: la inexistencia de programas estandarizados de educación sexual así como de protocolos eficaces para su aplicación, y la inexistencia de previsión legal que imponga la aplicación de estos programas a los delincuentes sexuales como una pena más derivada del delito.

La exigua regulación en nuestro ordenamiento jurídico de una medida de la trascendencia de ésta, se revela ya desde un principio como insuficiente, y más aún, si analizamos las exigencias que el Convenio del Consejo de Europa impone a los Estados firmantes, las cuales pueden ser sintetizadas en dos principales conclusiones: que las medidas y programas sean eficaces y que se faciliten a los sujetos responsables en cualquier estado del procedimiento, tanto antes como después de su enjuiciamiento.

Por lo que a la primera exigencia se refiere, que las medidas o programas sean eficaces, se pone en relación (artículo 15.2 del Convenio) con la exigencia de que se promueva el establecimiento de relaciones u otras formas de cooperación entre las Autoridades competentes, en particular, entre los servicios de salud, los servicios sociales, las Autoridades Judiciales y otros órganos responsables. Esta circunstancia, unida a la necesidad, antes apuntada de estandarizar los programas, se traduce en la exigencia de elaborar, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, protocolos formales de actuación para la elaboración y aplicación de estos programas, de tal modo que todos los operadores implicados —Juzgados y Tribunales, servicios asistenciales, servicios penitenciarios y servicios de salud— tengan perfectamente definido un programa formativo y un cauce para su aplicación, para que así, puedan recurrir a él sin dificultad ante cualquier situación de necesidad.

En cuanto a la exigencia de facilitar estos programas o medidas a los inculcados en cualquier estado del procedimiento, tanto antes como después de su enjuiciamiento, la previsión como pena, principal o accesoria, del sometimiento a este tipo de programas educativos que antes se postulaba, debería venir acompañada con el establecimiento de los medios y cauces adecuados para hacer posible su ejecución, estableciendo, además, la posibilidad de que los inculcados pudieran



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

someterse voluntariamente a estos programas con carácter previo a su enjuiciamiento.

2. Propuestas

En atención a todo lo anterior, como medidas a adoptar en materia de establecimiento de programas educativos de reeducación para delincuentes sexuales pueden sugerirse las siguientes:

1. Elaboración y desarrollo de programas estandarizados de educación sexual específicamente diseñados para la reeducación y reinserción social de delincuentes sexuales, y a su vez, dentro de estos, programas específicos para los agresores sexuales de los menores de edad.
2. Elaboración de protocolos formales de actuación para la aplicación de estos programas, de tal modo que, todos los operadores implicados —Juzgados y Tribunales, servicios asistenciales, servicios penitenciarios y servicios de salud— tengan perfectamente definido un programa formativo y un cauce para su aplicación, pudiendo recurrir a él sin dificultad ante cualquier situación de necesidad.
3. Inclusión en tales protocolos de actuación de la posibilidad de proporcionar estos programas educativos a personas inculpadas y todavía no enjuiciadas, a los condenados a penas no privativas de libertad y a los condenados a penas privativas de libertad, durante y después de su ejecución.
4. Modificación del régimen de penas del Código Penal para incluir en el mismo el sometimiento a programas de reeducación sexual como pena privativa de derechos, en todos los casos de delitos de naturaleza sexual, debiendo establecerse las previsiones necesarias para que las mismas sean cumplidas a continuación, o una vez extinguidas las correspondientes penas privativas de libertad. Junto con el registro de pederastas propuesto de sería, además, una eficaz herramienta de control para evitar la reincidencia de este tipo de delincuentes, al estar sometidos a continuos controles médicos y psicológicos.