

Conferencia del Consejo de Europa sobre prevención de abuso sexual infantil

Resumen de las reformas legislativas puestas en marcha por el Gobierno de España en esta materia.

INTRODUCCIÓN GENERAL

La Constitución Española de 1978 al enumerar los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar a la obligación de todos Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

Esta preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección emana también de diversos Tratados Internacionales ratificados por España y, muy especialmente, de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.

Esta necesidad ha sido compartida por otras instancias internacionales, como el Parlamento Europeo que, a través de la Resolución A 3-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño plasmándose en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la que se exige que *“En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.”*

Consecuente con el mandato constitucional y con la tendencia general internacional apuntada, el Gobierno de España y dentro de él el Ministerio de Justicia, en los ámbitos en que resulta competente, está llevando a cabo en España un importante proceso de renovación de nuestro ordenamiento jurídico en materia de menores.

CONVENIO DE LANZAROTE Y ACTIVIDAD LEGISLATIVA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA

Como reconoce el propio Convenio de Lanzarote, la explotación y el abuso sexual de los niños han adquirido dimensiones preocupantes tanto a nivel nacional como internacional.

El **Gobierno de España y dentro de él el Ministerio de Justicia**, considerando el interés superior de los niños como valor fundamental que debe promoverse sin ningún tipo de discriminación, ha identificado como objetivo prioritario la lucha contra estas situaciones, **impulsando una serie de reformas legales para prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños, entre las que deben destacarse las siguientes:**

- El **Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero**, que modifica el sistema de asistencia jurídica gratuita, y **reconoce a todos los menores de edad que sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato, con independencia de la existencia de recursos para litigar, el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato.**

Este **Real Decreto-Ley, en vigor desde el mes de febrero de 2013**, pretende además, de forma específica, reforzar la protección de los menores víctimas de todo tipo de situaciones de abuso o maltrato, otorgando al Juez o Tribunal la facultad de acordar que la **asistencia pericial especializada gratuita se lleve a cabo por profesionales técnicos privados** cuando entiendan que ello es necesario, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y al interés superior del menor, asistencia pericial especializada gratuita que **podrá prestarse de forma inmediata.**

- El **Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas de delito**, que
 - o no sólo responde a la exigencia de mínimos que fija el legislador europeo – en la **Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, cuya transposición al ordenamiento español ha sido abordada por el Gobierno de España mucho antes de la finalización del plazo fijado al efecto en la propia Directiva-** sino que trata de ser un texto más ambicioso y tiene vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de

delito, prestando además especial atención a las víctimas menores de edad.

- **Se introduce regulación muy importante de cara a la protección de los menores de edad víctimas de abuso, explotación o pornografía infantil:**

Derecho a la protección, con mención específica a la **necesidad de evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada y derecho a evitar el contacto entre víctima e infractor.**

- Protección de la víctima durante la investigación penal en todos los ámbitos y en particular de su **intimidación**, estableciendo la **obligación** de los Jueces y Tribunales, Fiscales y demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal así como de todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, de adoptar las medidas necesarias para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad.
 - La adopción, previa evaluación individual de las circunstancias de la víctima y del caso concreto, de medidas de protección específica para víctimas menores de edad, incluyendo la necesidad de grabación por medios audiovisuales de las declaraciones de los menores y su posibilidad de reproducción en el juicio, la toma de declaración por medio de expertos o la obligación del Ministerio Fiscal de solicitar al Juez de Instrucción la designación de un defensor judicial de la víctima menor de edad.
- **En colaboración con el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia**, que a su vez modifica otras normas como el Código Civil y la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Desde el año 2012 **el Ministerio de Justicia junto con el de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad vienen trabajando conjuntamente en la redacción de dos anteproyectos de ley, una orgánica y otra ordinaria, que permitan actualizar la legislación de protección del menor desde la perspectiva del ámbito civil y administrativo. Estos dos anteproyectos de ley se encuentran en un estado bastante**

avanzado y recogen innovaciones realmente relevantes entre las que pueden destacarse las siguientes:

- La primera novedad a destacar es el **desarrollo del contenido del “interés superior del menor”**, principio esencial en esta materia, concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto de diferentes interpretaciones. Es por ello que en este anteproyecto de ley se aborda el desarrollo de su contenido incorporando tanto las aportaciones efectuadas por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo como las observaciones del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. El resultado es que **el concepto de “interés superior del menor” pasa a definirse en tres aspectos:**
 - Como principio general de carácter interpretativo, de manera que si una norma jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del niño.
 - Como derecho sustantivo del que el menor es titular. Ello significa que es un derecho que ostenta el menor y que debe prevalecer o primar sobre cualquier otro derecho o interés legítimo concurrente.
 - Como norma de procedimiento que lleva implícita el respeto a las debidas garantías del proceso, como el derecho del menor a ser informado y a participar en el proceso o el derecho a la participación del representante legal del menor.
- La segunda novedad destacable de este anteproyecto de Ley es que **se refuerzan como principios rectores que han de guiar la actuación de todos los poderes públicos tanto “la supremacía del interés del menor” como “la protección de los menores contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico, el maltrato psicológico, el descuido o trato negligente, la explotación, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género, cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, la trata de seres humanos y cualquier otra forma de abuso”**.

- **Se impone a los poderes públicos el desarrollo de actuaciones encaminadas a la sensibilización, prevención, detección, notificación, asistencia y protección de cualquier forma de maltrato infantil**, y ello mediante procedimientos que aseguren la coordinación y la colaboración entre las distintas administraciones, instituciones y servicios competentes para garantizar una actuación integral.
- Se introduce una **protección reforzada por parte de los poderes públicos cuando los menores estén al cargo de personas que hayan sido víctima de violencia de género**.
- Se aborda una nueva regulación estatal más completa de las situaciones de riesgo y de desamparo, ambos conceptos jurídicos indeterminada que por vez primera se definen en una normativa de rango estatal incorporando lo que la jurisprudencia y determinada legislación autonómica ha venido estableciendo.
- Se contemplan como **situación de desamparo** determinadas circunstancias como:
 - El abandono voluntario del menor,
 - El riesgo para la salud psíquica del menor,
 - El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor, y en particular **cuando se produzcan** malos tratos físicos o psíquicos, negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud, **abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas**, o cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos,
 - La existencia de un entorno familiar gravemente deteriorado cuando perjudique seriamente el desarrollo del menor,
 - O el riesgo para la formación del menor por la ausencia de escolarización habitual o inasistencia reiterada y no justificada al centro escolar, la inducción a la mendicidad, delincuencia o

explotación sexual o cualquier otra explotación del menor de análoga naturaleza.

- También supone una novedad la **declaración de riesgo “prenatal”**, de manera que el órgano competente para la declaración de riesgo, en colaboración con los servicios de salud, realice actuaciones de prevención, seguimiento y apoyo de las situaciones de **madres embarazadas en que no adopten los cuidados imprescindibles durante su embarazo, exista un consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo**, así como cualquier otra acción de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades físicas o psíquicas al recién nacido.
 - Se aborda la regulación de los casos de urgencia, entendiéndose por tal aquella situación que se produce cuando la entidad pública de protección asume la guarda de un menor en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata sin que previamente se haya declarado el desamparo.
 - Se prevé la posibilidad de asumir la guarda provisional de un menor sin declaración previa de desamparo ni solicitud expresa de los padres, mientras tienen lugar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo.
 - Se refuerzan los medios con los que va a contar el Ministerio Fiscal para desempeñar sus funciones de superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores permitiéndose que puedan recabar el auxilio de otros peritos ajenos a la entidad pública en supuestos en los que puedan existir discrepancias o cuando sus solicitudes no sean atendidas.
 - En general se mejora la regulación de los mecanismos que permiten a los órganos encargados de la protección del menor actuar a la mayor brevedad posible.
- El **Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal**, parte de cuyo contenido incide directamente en el ámbito tratado por el Convenio de Lanzarote.

- En el Proyecto de reforma del Código Penal se introducen **importantes modificaciones en los delitos contra la libertad sexual cometidos contra menores de edad**, tanto en el marco de lo previsto en el Convenio de Lanzarote como para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.

- Como novedad destacable **se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años**, como edad por debajo de la cual está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.

En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los 15 o 16 años- y una de las más bajas del mundo.

Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código Penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la explotación sexual de menores.

Esta elevación supone que **la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada como un hecho delictivo**.

No obstante, **se prevé una excepción**: el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal **cuando se trate de relaciones consentidas con otra persona próxima a la menor por edad y grado de desarrollo o madurez**.

- En el caso de los menores de edad –de menos de dieciocho años - pero mayores de dieciséis años, los abusos sexuales constituirán delito cuando se cometan interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.
- Como **nuevo delito, se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual o abusos sexuales** sobre otras personas, aunque el autor no hubiera participado en ellos, (se prevé la imposición, en estos casos, de penas de hasta tres años de prisión).
- Se mejora el tratamiento penal de los **delitos contra la explotación sexual**:
 - se establece una separación más nítida entre los comportamientos cuya víctima es una persona adulta, de aquellos otros que afectan a menores de edad.

– en el caso de explotación sexual de menores, se elevan las penas previstas con el fin de armonizar las legislaciones europeas, y se introducen nuevas agravantes para combatir los supuestos más lesivos.

- Se presta especial atención al castigo de la **pornografía infantil**:
 - se ofrece una definición legal de pornografía infantil tomada del Convenio de Lanzarote y de la Directiva 2011/93/UE, abarcando no sólo el material que representa a un menor participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida.
 - se castigan los actos de producción y difusión, e incluso la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad.
 - también se castiga el mero uso o la adquisición para uso propio de pornografía infantil, y se incluye un nuevo apartado para sancionar a quien acceda a sabiendas a este tipo de pornografía por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, atendiendo a la realidad de que las nuevas tecnologías constituyen una vía principal de acceso a los soportes de la pornografía.
 - Por esta misma razón, **se faculta expresamente a los Jueces y Tribunales para que puedan ordenar la adopción de medidas necesarias para la retirada de las páginas Web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil o, en su caso, para bloquear el acceso a dichas páginas.**
 - Se refuerza la protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de Internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y al anonimato que proporcionan, se introduce un nuevo tipo delictivo destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas.
 - **Se penaliza la omisión de quien tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin.**

De forma paralela, se prevé que en estos supuestos, el Ministerio Fiscal promueva las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar a la persona que incurra en alguna de las conductas omisivas descritas.

Además, el anteproyecto de reforma del Código Penal contempla **otras modificaciones para la protección penal de los menores de edad** entre las que cabe destacar:

- **La modificación del delito de trata de seres humanos**, incluyendo referencias a menores de edad:
 - dentro de las formas de comisión del delito se incluye la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas;
 - también se tipifica la explotación con la finalidad de que las víctimas cometan actos delictivos para los explotadores;
 - se delimita el concepto de “vulnerabilidad”,
 - y se agrava la pena para los supuestos de creación de peligro de causación de lesiones graves.

- En el delito de **detención ilegal o secuestro** se contempla como **supuesto agravado que la víctima sea menor de edad**.

- Se ofrece una mayor protección penal de los menores y personas discapacitadas, con la reforma del art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de permitir que **en los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada, cuando ésta sea menor de edad, también pueda denunciar el Ministerio Fiscal**.
De igual forma, en estos casos, **la ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias**.

- **En determinados casos se prevé que el Juez o Tribunal ordene el comiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por delitos** de trata de seres humanos, delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos **de abusos y agresiones sexuales a menores de quince años**.

- **Cuando la víctima sea menor de edad, se modifica el cómputo de los plazos de prescripción de ciertos delitos**, (en la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, **la libertad e indemnidad sexuales**, la intimidad, el derecho a la

propia imagen y la inviolabilidad del domicilio) **de forma que los plazos de prescripción no se inicien hasta el día en que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad**, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

- **El asesinato de un menor de dieciséis años de edad** pasa a ser castigado con pena de **prisión permanente revisable**.

Madrid, diciembre de 2013.