



## **Informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual \***

Lanzarote, 25.X.2007

---

I. El Comité de Ministros del Consejo de Europa tomó nota del presente informe explicativo en su 1002ª reunión celebrada a nivel de Delegados de los Ministros, el 12 de julio de 2007. El Convenio quedó abierto a la firma en Lanzarote (España), el 25 de octubre de 2007, con motivo de la 28ª Conferencia de Ministros de Justicia europeos.

II. El texto de este informe explicativo no constituye un instrumento que proporcione una interpretación autorizada del Convenio, aunque podría ser de tal naturaleza que facilite la aplicación de las disposiciones recogidas en él.

### **I. Introducción**

#### *a. La explotación y el abuso sexual de los niños y los instrumentos internacionales autorizados*

1. La explotación y el abuso sexual son algunas de las peores formas de violencia contra los niños. Según UNICEF, aproximadamente dos millones de niños son utilizados cada año en la "industria del sexo". Existe más de un millón de imágenes de entre diez y veinte mil niños abusados sexualmente publicadas en Internet.

2. De estos diez a veinte mil niños, solamente varios cientos están identificados. El resto son anónimos, están abandonados y muy probablemente siguen sufriendo abusos.

3. No se cuenta con estadísticas sobre la cantidad total de casos de abusos sexuales a niños en Europa, pero se reconoce que existe una discrepancia considerable entre el número de casos de abuso sexual de niños denunciados a la policía y los servicios sociales y los casos reales. También se reconoce que los niños suelen experimentar extremas dificultades a la hora de contarle a alguien que han sido abusados sexualmente, porque muy a menudo son abusados por una persona de su círculo social o familiar cercano o porque son amenazados. Así pues, los datos disponibles muestran que, en los países del Consejo de Europa, la mayoría de los abusos sexuales contra niños se cometen en el ámbito familiar, por parte de personas cercanas al niño o por personas de su entorno social.

4. El principal instrumento internacional vigente en el ámbito de la protección de los derechos del niño, incluida la lucha contra la explotación sexual, es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en lo sucesivo CDN, Naciones Unidas, 1989). Protege a los niños de todas las formas de explotación y abuso sexual, secuestro, venta y trata, cualquier otra forma de explotación y de trato cruel o inhumano. Las disposiciones relevantes de la CDN, al igual que las de los artículos 1, 11, 21 y 32 a 37, están formuladas en términos generales y amplios.

---

(\*) El Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. En consecuencia, a partir de esa fecha, cualquier referencia a la Comunidad Europea se entenderá como Unión Europea.

5. El artículo 34 de la CDN exige que los Estados Partes protejan a los niños contra "todas las formas de explotación y abuso sexual", incluida la incitación o la coacción de un niño para que se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

6. En lo que respecta a la explotación sexual de niños, el único tratado universal que aborda específicamente este tema es el Protocolo facultativo de la CDN sobre la venta de niños, la pornografía infantil y la prostitución infantil (Naciones Unidas, 2000). El Protocolo penaliza ciertos actos relacionados con la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, incluidos la tentativa, la complicidad y la participación. No contempla de forma exhaustiva y detallada cuestiones como los procedimientos penales adaptados a los niños, aunque establece normas mínimas sobre la protección de los niños víctimas en los procesos penales. El Protocolo contempla el derecho de las víctimas a solicitar indemnización. Además, fomenta el fortalecimiento de la cooperación y la asistencia internacionales y la adopción de legislación extraterritorial, pero no prevé la excepción al principio de doble incriminación.

7. El cumplimiento de la CDN y sus Protocolos es supervisado por el Comité de los Derechos del Niño, que ha llegado a la conclusión de que los niños en Europa no están suficientemente protegidos contra la explotación y el abuso sexual. Concretamente, el Comité pone de relieve la ausencia de una legislación penal nacional exhaustiva en este ámbito en los Estados Partes, especialmente en lo que respecta a la trata de niños, al "turismo sexual" y a la pornografía infantil, a la falta de definición clara de una edad mínima para las relaciones sexuales consentidas y a la falta de protección de los niños contra el abuso en Internet. Por ejemplo, ha recomendado que los Estados desarrollen un sistema eficaz de denuncia e investigación, en el marco de un procedimiento judicial y de investigación que tenga en cuenta las necesidades de los niños, evitando la repetición de entrevistas a los niños víctimas, a fin de garantizar una mejor protección de los niños, así como de su derecho a la privacidad.

8. La Carta Social Europea (ETS 035, Consejo de Europa, 1961 y revisada en 1996) establece en su artículo 7 que los niños y los adolescentes tienen derecho a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que están expuestos. El artículo 17 de la Carta Social Revisada (ETS 163) recoge el derecho de los niños y los adolescentes a una protección social, jurídica y económica adecuada. El apartado 1 b del artículo 17 establece que los gobiernos adoptarán todas las medidas necesarias y adecuadas encaminadas a proteger a los niños y los adolescentes contra la negligencia, la violencia o la explotación.

9. El Comité Europeo de Derechos Sociales ha interpretado las disposiciones de la Carta como el derecho de los niños a la protección contra todas las formas de explotación sexual, en particular contra la participación en la "industria del sexo". El Comité ha establecido definiciones de prostitución infantil, pornografía infantil y tráfico de niños con fines sexuales. Todas estas formas de explotación deben tipificarse como delito si el niño es menor de 18 años. El Comité también ha solicitado, teniendo en cuenta la evolución de la tecnología, que los proveedores de servicios de Internet sean responsables de controlar el material que alojan, de garantizar el mejor sistema de seguimiento de las actividades en Internet y de los procedimientos de registro.

10. El Convenio sobre la Ciberdelincuencia (ETS 185, Consejo de Europa, 2001) recoge una disposición específica, en el artículo 9, que tipifica como delito la pornografía infantil cuando se ha hecho uso de un sistema informático. Contiene una definición de pornografía infantil e insta a las Partes a que tipifiquen como delito la producción, la oferta/la puesta a disposición, la distribución/la transmisión, la adquisición y la posesión de pornografía infantil. Las importantes medidas procesales y de cooperación internacional contempladas en este Convenio también se aplican a otros delitos cometidos mediante un sistema informático y a la recopilación de pruebas en formato electrónico de un delito (por ejemplo, en el caso de la explotación sexual o el abuso sexual de niños).

11. En mayo de 2005 se aprobó el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (CETS 197). El Convenio recoge una definición de la trata de seres humanos, en el artículo 4, que presta especial atención a las víctimas menores de 18 años. Comprende varios mecanismos de protección para las víctimas de la trata, como el derecho a un período de recuperación y reflexión y el derecho a obtener permisos de residencia. Prevé disposiciones específicas relativas a los niños víctimas de la trata, por ejemplo, el derecho a acceder a la educación. Además, durante y después de la investigación, así como durante los procedimientos judiciales, las víctimas recibirán protección especial. En lo que respecta a los niños, se tendrá en cuenta su interés superior.

12. En 2001, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Recomendación (2001) 16 sobre la protección de los niños contra la explotación sexual. En la Recomendación se insta a la tipificación como delito de los actos que constituyen explotación sexual de los niños, en particular la prostitución infantil, la pornografía infantil y la trata de niños con fines sexuales. También estipula que los Estados deben prever medidas especiales para los niños víctimas de explotación sexual durante los procedimientos judiciales y garantizar la protección de sus derechos durante todo el proceso, que las autoridades judiciales deben dar prioridad a estos casos y que el plazo de prescripción de los procesos penales debe empezar cuando el niño alcanza la mayoría de edad. Asimismo, se insta a una mayor cooperación internacional y a la adopción y aplicación de la competencia extraterritorial, sin el requisito de la doble incriminación.

13. El Consejo de la Unión Europea adoptó en 2003 la Decisión marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2004/68/JAI), en virtud de la cual los Estados miembros están obligados a tipificar como delito determinadas conductas y a establecer un nivel mínimo de penas máximas para estos delitos. Los delitos relacionados con la explotación sexual se refieren a la prostitución y al uso de la fuerza/amenazas o a una posición de confianza/autoridad con fines de relaciones sexuales. Los delitos relacionados con la pornografía infantil se tipifican como delito, independientemente de que impliquen o no el uso de un sistema informático. Asimismo, deben tipificarse como delito la incitación, la complicidad y la tentativa de los delitos mencionados. La Decisión marco contempla que se establecerá una competencia extraterritorial en virtud del principio "*aut dedere aut judicare*" y que las víctimas serán consideradas especialmente vulnerables en los procesos penales (con referencia a la Decisión marco de la UE sobre el estatuto de la víctima en los procesos penales).

14. En 2001, el Consejo de la Unión Europea adoptó una Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), en la que se prevén medidas especiales de protección para las víctimas de delitos. Cuando sea necesario proteger a una víctima de prestar declaración en audiencia pública, el tribunal podrá autorizarla a testificar de una manera que permita alcanzar este objetivo. Los Estados alentarán al personal que participe en los procesos o que trabaje con las víctimas, en particular en lo que respecta a los grupos más vulnerables, a que reciba una formación especial.

15. Además, el Consejo de la Unión Europea adoptó una Decisión marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI), que prevé en particular una armonización de los delitos penales en este ámbito.

16. El artículo 3 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999) comprende en la definición de las peores formas de trabajo infantil "la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas".

17. Cabe mencionar especialmente los dos Congresos Mundiales sobre la Explotación Sexual Comercial de los Niños, celebrados en Estocolmo en 1996 y en Yokohama en 2001, ya que el Consejo de Europa ha seguido de cerca los avances en la aplicación de sus conclusiones. En dichos congresos se adoptaron la Declaración y el Programa de Acción de Estocolmo y el Compromiso Global de Yokohama.

18. La Declaración y el Programa de Acción de Estocolmo fomenta la cooperación entre los Estados y todos los sectores de la sociedad y recoge recomendaciones para tipificar como delito la explotación sexual comercial de los niños y otras formas de explotación sexual de los niños, así como para penalizar a los autores. Los autores de esos actos no solamente deben ser objeto de sanciones penales, sino que también se les deben ofrecer posibilidades de rehabilitación. Asimismo, la Declaración y el Programa de Acción recomienda que los Estados desarrollen una legislación extraterritorial. Elabora normas para unos procedimientos judiciales adaptados a los niños y refuerza los derechos de las víctimas a la asistencia jurídica y a los recursos judiciales. Insta a que se elaboren y apliquen planes de acción y puntos de contacto nacionales. Además, prevé que las víctimas tengan acceso a personal y servicios de apoyo adaptados a los niños en todos los sectores, especialmente en los ámbitos jurídico, social y sanitario.

19. El Compromiso Global de Yokohama, adoptado en el Segundo Congreso Mundial, reafirmó la Declaración y el Programa de Acción de Estocolmo. También establece que todos los actores deben adoptar medidas adecuadas para abordar los aspectos negativos de las nuevas tecnologías, en particular la pornografía infantil en Internet.

20. Antes del Segundo Congreso Mundial, el Consejo de Europa organizó una reunión preparatoria para Europa y Asia Central en la que se aprobó el Compromiso y el Plan de Acción de Budapest. Este documento tiene por objeto fortalecer las redes de cooperación entre los organismos policiales nacionales e internacionales y promover la elaboración de órdenes de detención internacionales para los traficantes. El Consejo de Europa fue designado para supervisar los avances en la aplicación de estos compromisos y respaldar a los Estados en esta labor.

21. En 2005 se celebró en Liubliana una reunión de seguimiento de los trabajos de Yokohama. En las conclusiones de esta Conferencia de Revisión de Yokohama se destacaron las buenas prácticas en la aplicación de los compromisos asumidos en Estocolmo y Yokohama y se hizo hincapié en cuestiones nuevas y emergentes. Un grupo de trabajo se centró en los procedimientos judiciales adaptados a los niños y recomendó la elaboración de un nuevo convenio que abordara específicamente esta cuestión.

#### *b. Acción del Consejo de Europa*

22. El Consejo de Europa ha trabajado intensamente durante más de 15 años para ayudar a sus Estados miembros a luchar contra el fenómeno destructivo de la explotación y el abuso sexual de los niños. El Consejo de Europa ha elaborado una serie de textos que tratan específicamente de estas cuestiones. Además, ha participado activamente en los dos Congresos Mundiales contra la explotación sexual comercial de los niños, celebrados en Estocolmo en 1996 y en Yokohama en 2001. El 27 de septiembre de 2002, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Resolución 1307 (2002) sobre la explotación sexual de los niños: tolerancia cero. La Asamblea instó a los Estados miembros del Consejo de Europa a adoptar una política dinámica en materia de impunidad, junto con procedimientos que otorgaran prioridad a los derechos de las víctimas infantiles y a sus opiniones y que tuvieran por objeto detener a los delincuentes sin darles la más mínima oportunidad de eludir la justicia.

23. El compromiso político de los Estados miembros del Consejo de Europa de luchar contra la explotación sexual de los niños fue reafirmado en la segunda Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno (Estrasburgo, octubre de 1997). El Plan de Acción adoptado en esta Cumbre instaba a los Estados miembros a examinar su legislación nacional con el fin de garantizar normas comunes para la protección de los niños que sufren o corren el riesgo de sufrir tratos inhumanos y a ampliar su cooperación, en el marco del Consejo de Europa, en aras de prevenir todas las formas de explotación de los niños, incluida la producción, venta, comercialización y posesión de material pornográfico en el que intervengan niños.

24. Los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa reafirmaron este compromiso en su tercera Cumbre, celebrada en Varsovia en mayo de 2005. En esta Cumbre, la protección de los niños contra todas las formas de violencia se declaró una prioridad máxima en el seno de la Organización. El Plan de Acción reza lo siguiente:

*Adoptaremos medidas específicas para erradicar todas las formas de violencia contra los niños. Por ello, decidimos poner en marcha un programa de acción trienal a fin de abordar las dimensiones sociales, jurídicas, sanitarias y educativas de las distintas formas de violencia contra los niños. Asimismo, adoptaremos medidas para poner fin a la explotación sexual de los niños, así como instrumentos jurídicos, si procede, e implicaremos a la sociedad civil en este proceso. La coordinación con las Naciones Unidas en este ámbito resulta fundamental, en particular en relación con el seguimiento del Protocolo Facultativo del Convenio sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.*

25. A raíz de este Plan de Acción, el Consejo de Europa puso en marcha un programa titulado "Construir una Europa para y con los niños". Se trata de una respuesta al mandato de la Organización de garantizar un enfoque integrado del fomento de los derechos de los niños que abarque las dimensiones sociales, jurídicas, educativas y sanitarias pertinentes para proteger a los niños de las distintas formas de violencia. Comprende dos posiciones estrechamente relacionadas: el fomento de los derechos de los niños y la protección de los niños contra la violencia. El objetivo principal del programa es ayudar a todos los responsables políticos y a los actores implicados a elaborar y aplicar estrategias nacionales para la protección de los derechos de los niños y la prevención de la violencia contra los niños.

*c. Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*

26. En 2002, el Comité de Ministros del Consejo de Europa nombró un Grupo de especialistas en la protección de los niños contra la explotación sexual (PC-S-ES). El PC-S-ES redactó un mandato modelo para los puntos de contacto nacionales sobre la protección de los niños contra la explotación sexual. Además, elaboró una evaluación de la legislación de los Estados miembros en este ámbito. No obstante, debido a las dificultades para llevar a cabo una evaluación exhaustiva y satisfactoria, el PC-S-ES decidió elaborar un marco lógico que se enviaría a los Estados para que lo cumplimentaran.

27. En 2004 se redactó y envió a los Estados miembros un instrumento que permitía a los Estados aplicar los diversos compromisos que habían suscrito en materia de la lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños, "REACT sobre la explotación y el abuso sexual de los niños". Dicho documento enumeraba todos los compromisos asumidos por los Estados en los instrumentos mencionados y también brindaba la posibilidad de que los Estados presentaran información adicional.

28. A finales de 2004, 23 Estados habían proporcionado respuestas, que fueron analizadas por un experto independiente a principios de 2005. El análisis puso de manifiesto que, en numerosos aspectos, los compromisos contraídos por los Estados miembros no se habían cumplido plenamente. Así pues, a través del Comité Europeo de Problemas Penales (CDPC), se presentó a los Estados miembros un conjunto de recomendaciones.

29. Basándose en el análisis del REACT, el PC-S-ES organizó una conferencia de seguimiento del Segundo Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños. La conferencia, titulada "Examen de Yokohama de la lucha contra la explotación sexual de los niños – Europa y Asia Central", se celebró en Liubliana en julio de 2005. Algunas de las recomendaciones de los grupos de trabajo y seminarios se enviaron al Consejo de Europa para que adoptara medidas al respecto. Se destacó en particular la recomendación en virtud de la cual el Consejo de Europa debía elaborar un instrumento vinculante sobre procedimientos judiciales adaptados a los niños en casos de explotación y abuso sexual.

30. A raíz de las conclusiones de la Tercera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa, celebrada en Varsovia en mayo de 2005, en las que se insta a la elaboración de medidas para poner fin a la explotación sexual de los niños, así como de instrumentos jurídicos, en su caso, el Comité de Ministros adoptó, el 22 de marzo de 2006, el mandato específico en virtud del cual se crea el Comité de Expertos sobre la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual (PC-ES), encargado de realizar “un examen de la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes sobre la protección de los niños contra la explotación sexual y, de ser necesario, los instrumentos sobre cooperación jurídica, con el fin de evaluar la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante adicional, que contemple un mecanismo de seguimiento, o un instrumento no vinculante, o enmiendas a los instrumentos vigentes” y “si se determina la necesidad de un instrumento adicional, sujeto a la aprobación del CDPC, elaborar dicho instrumento”.

31. En mayo de 2006, el PC-ES inició su labor examinando las disposiciones y la aplicación de los compromisos e instrumentos internacionales relativos a la explotación sexual de los niños:

- La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.
- El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- El Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.
- La Carta Social Europea (revisada).
- El Convenio sobre la Ciberdelincuencia.
- El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos.
- La Decisión marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.
- La Decisión marco del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.
- La Declaración y el Programa de Acción de Estocolmo.
- El Compromiso Global de Yokohama.
- El Compromiso y Plan de Acción de Budapest.
- Recomendación Rec (2001) 16 sobre la protección de los niños contra la explotación sexual.

32. El Comité llegó a la conclusión de que era necesario elaborar un nuevo instrumento vinculante para proteger a los niños contra la explotación y el abuso sexual. El proceso de redacción del nuevo instrumento comenzó en septiembre de 2006. El Comité celebró reuniones en mayo, septiembre, octubre, diciembre de 2006, febrero y marzo de 2007 con objeto de redactar el texto.

## **II. Comentario sobre las disposiciones del Convenio**

### **Preámbulo**

33. El preámbulo recoge una enumeración de los instrumentos jurídicos internacionales, programas y planes de acción más importantes que abordan directamente la explotación y el abuso sexual de los niños en el marco del Consejo de Europa, la Unión Europea, las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo. En particular, cabe destacar que, como se ha mencionado anteriormente, el Consejo de Europa ha elaborado un número considerable de instrumentos destinados a examinar y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños desde diferentes aspectos. Durante el proceso de negociación del presente Convenio se han tenido en cuenta todos estos instrumentos jurídicos internacionales.

34. El preámbulo presenta los objetivos básicos del Convenio, entre los que se incluyen, en particular, la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, sean quienes sean los autores, la prestación de asistencia a las víctimas y el fomento de la lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños, en particular debido al aumento de estos fenómenos.

35. Se recuerda que las medidas previstas en el presente Convenio no condicionan la puesta en marcha de mecanismos de prevención, medios de investigación y formas de cooperación en el marco de otros convenios internacionales, en particular el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, que recoge disposiciones destinadas a facilitar la prevención y la sanción de la pornografía infantil difundida mediante el uso de sistemas informáticos.

36. Estas medidas se entienden sin perjuicio de las obligaciones positivas de los Estados de proteger los derechos reconocidos por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo CEDH).

## **Capítulo I – Objeto, principio de no discriminación y definiciones**

### **Artículo 1 – Objeto**

37. El apartado 1 trata sobre el objeto del Convenio, siendo sus dos principales objetivos la prevención y la lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños (a), y la protección de los derechos de los niños víctimas (b).

38. El subapartado c) se refiere a la cooperación nacional e internacional. Las medidas que deben adoptarse a nivel nacional figuran en el capítulo II (Medidas preventivas), el capítulo III (Autoridades especializadas y organismos de coordinación), el capítulo IV (Medidas de protección y asistencia a las víctimas), el capítulo V (Programas o medidas de intervención), el capítulo VI (Derecho penal sustantivo), el capítulo VII (Investigación, enjuiciamiento y derecho procesal) y el capítulo VIII (Registro y almacenamiento de datos). Las medidas nacionales ponen de relieve la importancia de la cooperación y la colaboración entre los distintos órganos y servicios competentes que puedan intervenir.

39. La cooperación internacional establecida con arreglo al Convenio (capítulo IX) no se limita a los asuntos penales, sino que también abarca la prevención de la explotación y el abuso sexual y la asistencia y protección de las víctimas.

40. El apartado 2 subraya que, a fin de garantizar la aplicación efectiva de sus disposiciones por las Partes, el Convenio establece un mecanismo especial de seguimiento. Se trata de un medio para garantizar el cumplimiento del Convenio por las Partes y constituye una garantía de la eficacia a largo plazo del Convenio (véanse los comentarios sobre el capítulo X).

## **Artículo 2 – Principio de no discriminación**

41. Este artículo prohíbe la discriminación en la aplicación del Convenio por las Partes y, en particular, en el disfrute de las medidas para proteger y promover los derechos de las víctimas. El significado de discriminación en el artículo 2 es idéntico al que se le otorga en el artículo 14 del CEDH.

42. El concepto de discriminación ha sido interpretado de manera consistente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia relativa al artículo 14 del CEDH. En particular, esta jurisprudencia ha dejado claro que no toda distinción o diferencia de trato equivale a discriminación. Como ha afirmado el Tribunal, por ejemplo, en la sentencia *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, “una distinción es discriminatoria si ‘carece de justificación objetiva y razonable’, es decir, si no persigue un ‘objetivo legítimo’ o si no existe ‘relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido’”.

43. La lista de motivos de no discriminación del artículo 2 es idéntica a la del artículo 14 del CEDH y a la lista que figura en el Protocolo No. 12 del CEDH. No obstante, los negociadores deseaban incluir también los motivos de no discriminación basada en la orientación sexual, el estado de salud y la discapacidad. Tomando la definición de “niño” establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que abarca también a los adolescentes que mantienen sus primeras relaciones afectivas y descubren el sexo y su propia orientación sexual, y considerando que investigaciones recientes han puesto de relieve que existe, para los menores con orientación homosexual, un riesgo específico de violencia, abuso y explotación sexual, se decidió incluir el término “orientación sexual” entre los factores de no discriminación recogidos en este artículo. El “estado de salud” se refiere en particular al estado serológico respecto del VIH. La lista de motivos de no discriminación no es exhaustiva sino indicativa. Cabe señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado el artículo 14 a motivos de discriminación no mencionados explícitamente en esa disposición (véase, por ejemplo, en lo que respecta al motivo de orientación sexual, la sentencia de 21 de diciembre de 1999 en el caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*). La referencia a “o cualquier otra condición” podría referirse, por ejemplo, a los niños de poblaciones refugiadas o inmigrantes o a los “niños de la calle” cuyo estatuto jurídico no está claramente definido.

44. El artículo 2 menciona “la aplicación de las disposiciones del presente Convenio por las Partes”. Esta expresión pretende especificar el alcance de la prohibición de discriminación. Así pues, el artículo 2 prohíbe que una víctima sea discriminada en el disfrute de las medidas – previstas en el capítulo IV del Convenio– destinadas a proteger sus derechos.

## **Artículo 3 – Definiciones**

45. El artículo 3 establece varias definiciones que son aplicables en todo el Convenio:

### *Definición de “niño”*

46. La definición de “niño” es la misma que la del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, es decir, toda persona menor de 18 años. Cabe señalar que en determinados artículos del Convenio relativos a los delitos se especifica una edad diferente. Por ejemplo, la proposición a niños con fines sexuales constituye un delito únicamente cuando afecta a niños que no hayan alcanzado la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con ellos.

### *Definición de “explotación sexual y abuso sexual de los niños”*

47. El artículo 3 b) contiene una definición de explotación sexual y abuso sexual de niños que comprende todas las conductas a las que se refieren los artículos 18 a 23 de este Convenio.

48. Los instrumentos internacionales han tenido en cuenta principalmente los hechos cometidos con fines comerciales al establecer normas para la protección de los niños (prostitución, pornografía infantil, trata de niños). No obstante, la experiencia demuestra que este enfoque es demasiado restringido para garantizar la protección de los niños contra los abusos que cualquier adulto puede infligir a su bienestar físico y mental. Los niños pueden ser tanto víctimas en el seno de su familia como en su entorno social más cercano. Estos casos, en los que el aspecto comercial está, en la mayoría de los casos, ausente, son sin embargo los más frecuentes y las estadísticas demuestran que los autores de los abusos sexuales a los niños suelen ser personas cercanas a la víctima (padres, abuelos, vecinos, profesores, etc.).

49. Los principales instrumentos internacionales vigentes solamente se refieren a la "agresión sexual", término genérico que designa todo atentado contra el pudor a niños. Los negociadores han considerado que era preferible utilizar la expresión de abuso sexual, que resulta más apropiada en este contexto.

#### *Definición de "víctima"*

50. Existen numerosas referencias a las víctimas, en particular en el Capítulo IV (Medidas de protección y asistencia a las víctimas), en el que se enumeran varias medidas en beneficio de los niños. Por ello, los negociadores han considerado que resultaba esencial definir este término.

51. Por víctima se entenderá "todo niño que sea objeto de explotación o abuso sexual". Es importante señalar que no es necesario que se establezcan los hechos de la explotación o el abuso sexual para que un niño sea considerado víctima.

## **Capítulo II – Medidas preventivas**

52. Este capítulo recoge medidas que deben aplicarse a nivel nacional. Las políticas o estrategias para prevenir la explotación y el abuso sexual de los niños deben integrar el conocimiento de las posibles señales que pueden manifestar los niños, así como el suministro y fácil acceso a información sobre la explotación y el abuso sexual, sus efectos, sus consecuencias y la mejor manera de combatirlos.

### **Artículo 4 – Principios**

53. Este artículo refleja el objetivo principal del Convenio, que es prevenir la explotación y el abuso sexual de los niños.

### **Artículo 5 – Contratación, formación y sensibilización de las personas que trabajan en contacto con niños**

54. Los apartados 1 y 2 tienen por objeto garantizar que las personas que mantienen un contacto habitual con niños tengan suficiente conciencia de los derechos de los niños y de su protección, así como un conocimiento adecuado de la explotación y el abuso sexual de los niños. Esta disposición enumera las categorías de personas involucradas: quienes trabajan con niños en los sectores de la educación, la sanidad, la protección social, la justicia y las fuerzas del orden, así como quienes tratan con niños en los ámbitos del deporte, la cultura y el ocio. La disposición no se refiere a los contactos profesionales con niños, sino que se deja abierta para cualquier persona que trate con niños en cualquier capacidad, lo que pretende en particular abarcar a las personas que realizan actividades voluntarias con niños.

55. La referencia a los "derechos de los niños" contempla los derechos establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que comprende, por ejemplo, el derecho a la vida (artículo 6), el derecho a ser protegido contra la explotación económica (artículo 32), el derecho a ser protegido contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual (artículo 19).

56. El apartado 2 también exige que las personas que mantienen un contacto habitual con niños posean conocimientos adecuados y estén sensibilizados a fin de reconocer los casos de explotación y abuso sexual y contar con la posibilidad de comunicar a los servicios responsables de la protección infantil cualquier caso en el que tengan sospechas fundadas de que un niño está siendo víctima de explotación o abuso sexual, como se establece en el apartado 1 del artículo 12. Cabe señalar que no existe ninguna obligación de formación específica en esta disposición. El hecho de poseer “conocimientos adecuados” podría implicar la formación o el suministro de otra información a las personas que entran en contacto con niños, de modo que se pueda identificar lo antes posible a los niños que sean víctimas de explotación o abuso sexual, pero corresponde a las Partes decidir cómo lograrlo.

57. El apartado 3 establece la obligación de las Partes de garantizar que los aspirantes sean examinados antes de ejercer profesiones que conlleven el contacto habitual con niños, a fin de garantizar que no hayan sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños. En algunos Estados miembros, esta obligación puede aplicarse también a las actividades voluntarias. La adición de “de conformidad con su derecho interno” permite a los Estados aplicar la disposición de una manera que sea compatible con las normas nacionales, en particular las disposiciones sobre rehabilitación y reinserción de los delincuentes. Además, esta disposición no tiene por objeto interferir con las disposiciones jurídicas específicas de aquellos Estados que prevén la eliminación de los antecedentes penales de los delincuentes después de un determinado período de tiempo.

#### **Artículo 6 – Educación de los niños**

58. Los negociadores han considerado que es primordialmente responsabilidad de los padres educar a los niños sobre cuestiones de sexualidad en general y sobre los riesgos de explotación y abuso sexual en particular. No obstante, pueden tener lugar situaciones en las que los padres no puedan o no quieran hacerlo, como cuando uno de ellos esté implicado en el abuso del niño o cuando las tradiciones culturales de la comunidad no permitan que se traten abiertamente tales cuestiones. Además, los niños a veces prestan más atención a lo que se les explica en otros contextos que en el hogar, y en particular en la escuela, cuando profesionales (como, por ejemplo, docentes, médicos, psicólogos) proporcionan la información pertinente. Por consiguiente, el artículo 6 establece la obligación de los Estados de garantizar que los niños reciban, durante su educación primaria y secundaria, información sobre los riesgos de explotación y abuso sexual, así como sobre los medios para protegerse y solicitar ayuda.

59. El objetivo de esta información es permitir que los niños puedan protegerse mejor contra el riesgo de explotación y abuso sexual. Sin embargo, dicha información no debe tener el efecto de eximir a los adultos y a las autoridades estatales de su deber de proteger a los niños contra todas las formas de explotación y abuso sexual.

60. El artículo se refiere a que se facilite esta información “durante su educación primaria y secundaria”. No se hace referencia a las escuelas, ya que algunos niños son educados en el hogar y estos niños también están cubiertos por la disposición. La información a la que se hace referencia no tiene que formar parte necesariamente de un programa de enseñanza, sino que puede ofrecerse en un contexto de educación no formal. Es evidente que la escuela tiene un papel importante que desempeñar a este respecto, pero también se requiere la colaboración de los padres “en su caso”. Entre las situaciones en las que esto puede no resultar apropiado figuran cuando un niño es huérfano o cuando los padres están implicados en una investigación o en un procedimiento judicial por abuso sexual del niño.

61. Los negociadores han considerado que era importante que los niños reciban esta información lo más pronto posible en sus vidas, y que toda esta información se les presente de una forma “adaptada a su etapa evolutiva”, en otras palabras, a su edad y madurez.

62. Proporcionar información aislada sobre la explotación o el abuso sexual fuera del contexto general de la sexualidad normal podría resultar perturbador para los niños. Por consiguiente, la información que se proporcione sobre los riesgos de la explotación y el abuso sexual se inscribirá en el contexto de una información de carácter más general sobre la sexualidad. También se debe procurar que esta información no desacredite a los adultos a los ojos del niño. Es importante que los niños también puedan confiar en los adultos.

63. La última parte del artículo se refiere a las situaciones de riesgo, especialmente las derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, que se consideran comúnmente un medio para la transmisión de datos y su propósito es mencionar en particular el uso de Internet y de la tecnología de tercera generación (3G) que permite el acceso a Internet a través de teléfonos móviles. Son esenciales los programas de educación y sensibilización para todos los niños sobre el uso seguro de Internet.

#### **Artículo 7 – Programas o medidas de intervención preventiva**

64. Los negociadores pretendían prever la posibilidad de que las personas que temían que puedan llegar a comportarse de un modo que constituya un delito de naturaleza sexual contra los niños, así como las personas que han cometido esos delitos, pero no han sido puestos en conocimiento de las autoridades, se beneficien, si así lo desean, de un programa o medida de intervención. La disposición, que se aplica a las personas que no están siendo investigadas ni enjuiciadas o que cumplen una condena, y tiene un propósito preventivo, se explica mejor en el capítulo sobre medidas preventivas. Al igual que en el caso de los programas y medidas de intervención previstos en el capítulo V, los negociadores no pretendían imponer modelos específicos para los Estados Partes, que deben simplemente "velar" por que las personas citadas en el artículo 16 tengan acceso a programas o medidas de intervención, en caso de que deseen aprovecharlos, y evaluar, en cada caso particular, si la persona que los solicita puede beneficiarse de ellos.

#### **Artículo 8 – Medidas destinadas al público en general**

65. El artículo 8 obliga a los Estados Partes a promover o realizar campañas de sensibilización destinadas al público en general.

66. El apartado 2 tiene por objeto prevenir o prohibir toda publicidad de los delitos descritos en el Convenio. La aplicación de esta disposición corresponde a las Partes, pero deben tener en cuenta, evidentemente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, basándose en el artículo 10 del CEDH, garantiza el derecho a la libertad de expresión, cuyo ejercicio puede estar sujeto a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley y que resultan necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la integridad territorial o de la seguridad pública, para la defensa del orden público y la prevención del delito, o para la protección de la salud o de la moral.

#### **Artículo 9 – Participación de los niños, el sector privado, los medios de comunicación y la sociedad civil**

67. El apartado 1 reconoce que la elaboración de políticas y medidas, así como planes de acción, destinados a combatir la explotación y el abuso sexual de los niños debe necesariamente tener en cuenta las propias opiniones y experiencias de los niños, según su etapa evolutiva.

68. El apartado 2 exige que las Partes alienten al sector de las tecnologías de la información y la comunicación, la industria de viajes y turismo y los sectores bancario y financiero a participar en la elaboración y aplicación de políticas para la prevención de la explotación y el abuso sexual de los niños.

69. El uso del término genérico “sector de las tecnologías de la información y la comunicación”, que garantiza que también contemple cualquier evolución futura en este campo, se refiere en particular a los proveedores de servicios de Internet, pero también a los operadores de redes de telefonía móvil y a los motores de búsqueda. No cabe duda de que Internet es un medio comúnmente utilizado para la explotación y el abuso sexual de los niños. El uso de Internet en la producción y difusión de pornografía infantil y en la trata de niños con fines de explotación sexual está ampliamente documentado y suscita la atención de varios organismos nacionales e internacionales. Por esta razón, es importante que los propios proveedores de servicios de Internet participen en la adopción de medidas de sensibilización sobre la explotación sexual y que, en la medida de lo posible, se elaboren políticas que regulen el uso de Internet a través de sus sistemas.

70. La industria de viajes y turismo se incluye específicamente a fin de combatir el fenómeno del denominado “turismo sexual infantil”. En algunos Estados miembros, por ejemplo, las compañías aéreas y los aeropuertos proporcionan a los pasajeros mensajes preventivos audiovisuales que presentan los riesgos de enjuiciamiento a los que están se enfrentan los autores de delitos sexuales cometidos en el extranjero.

71. La inclusión de los sectores financiero y bancario es muy importante debido a la posibilidad de que las instituciones financieras, en cooperación con las fuerzas del orden, perturben el funcionamiento de los mecanismos financieros que respaldan páginas web de pago para visitas sobre abusos sexuales a menores y contribuyan a dismantelarlos.

72. La referencia a la aplicación de normas internas pretende abarcar los códigos de conducta o los estatutos empresariales destinados a proteger a los niños de la explotación y el abuso sexual. Un ejemplo de buenas prácticas en este ámbito es el “Código de Conducta para la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual en Viajes y Turismo”, puesto en marcha en 1998 por la ECPAT en colaboración con la Organización Mundial del Turismo (OMT), que actualmente aplican más de 45 empresas, operadores turísticos, agencias de viajes, asociaciones de turismo y cadenas hoteleras en más de 16 países de todo el mundo. Una de sus medidas consiste en difundir información a los viajeros a través de catálogos, carteles, folletos, películas proyectadas a bordo, billetes de transporte, páginas web, etc., sobre el tema de la explotación y el abuso sexual de los niños.

73. La “autorregulación” es la regulación por parte del sector privado; la “corregulación” es la regulación en el contexto de una asociación entre el sector privado y las autoridades públicas.

74. El apartado 3 trata sobre el papel de los medios de comunicación a la hora de facilitar información apropiada acerca de todos los aspectos de la explotación y el abuso sexual de los niños. Esta función debe ejercerse dentro del respeto por el principio fundamental de la independencia de los medios de comunicación y la libertad de prensa, en particular en lo que respecta a la evaluación del carácter “apropiado” de la información facilitada. No cabe duda de que los medios de comunicación desempeñan un papel central a la hora de proporcionar información sobre los niños y las imágenes de la infancia en general que influyen significativamente en los estereotipos, las representaciones y los conocimientos sobre los niños. No obstante, también pueden desempeñar un papel muy positivo contribuyendo a sensibilizar sobre los niños que son explotados o abusados sexualmente y sobre la naturaleza misma de la explotación y el abuso sexual y la magnitud del problema. La disposición asimismo pretende cubrir la importante cuestión del respeto de la privacidad de las víctimas infantiles.

75. El apartado 4 exige que las Partes fomenten la financiación de proyectos y programas llevados a cabo por la sociedad civil destinados a prevenir y proteger a los niños de la explotación y el abuso sexual. Los negociadores han querido aquí reconocer y destacar la importante labor que realizan las ONG en este ámbito.

### Capítulo III – Autoridades especializadas y organismos de coordinación

#### Artículo 10 – Medidas nacionales de coordinación y colaboración

76. El primer apartado tiene por objeto fomentar un enfoque de coordinación pluridisciplinar exigiendo que las Partes adopten medidas que garanticen la coordinación a nivel nacional o local entre los diversos organismos responsables de prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños, en particular los sectores de la educación y la sanidad, los servicios sociales, las fuerzas del orden y las autoridades judiciales. La lista no es exhaustiva. En lo que respecta a las autoridades judiciales, la coordinación de la acción por parte de los sectores mencionados debe funcionar dentro del respeto a su independencia y al principio de separación de poderes.

77. No cabe duda de que es importante elaborar un enfoque multiinstitucional y pluridisciplinar para abordar la explotación y el abuso sexual de los niños, partiendo de la base de que ningún organismo por sí solo sería capaz de hacer frente a un problema de tal complejidad.

78. La referencia al nivel “local” se refiere a cualquier nivel inferior al nacional y es especialmente relevante en el caso de los Estados federales.

79. El apartado 2 a) exige que las Partes creen o designen instituciones nacionales o locales independientes competentes para la promoción y la protección de los derechos del niño. A fin de garantizar que se fomenten y respeten los derechos del niño, los Estados deben nombrar a una persona o un organismo independiente, encargada de sensibilizar a la población sobre la explotación y el abuso sexual de los niños y sus repercusiones negativas a largo plazo, así como de garantizar el respeto de los derechos del niño.

80. Varios países han creado puestos de este tipo, que se conocen con diferentes nombres y entrañan diferentes responsabilidades y funciones: mediador de los niños, defensor del menor, comisario para los derechos del niño, comité de los derechos del niño, etc. Existen muy pocas políticas en la vida social y pública que no afecten a los niños y una de las funciones de un mediador o comisario podría ser la de garantizar que todas las políticas y las prácticas pertinentes a nivel de gobierno central y local no perjudiquen a los niños o se hayan desarrollado teniendo en cuenta la repercusión que puedan tener en ellos.

81. Del mismo modo, es importante que se asignen recursos suficientes y se definan claramente responsabilidades para la elaboración de este enfoque.

82. También debe tenerse presente que, además del nombramiento de autoridades independientes a nivel de los Estados miembros, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sugirió que el nombramiento, a nivel europeo, de un Ombudsman de los niños constituiría una iniciativa muy útil a fin de fomentar la sensibilización sobre la situación de muchos niños en toda Europa y de coordinar políticas destinadas a mejorar sus vidas y experiencias vitales (*véase la Recomendación No. 1460 (2000) de la Asamblea Parlamentaria*).

83. El apartado 2 b) exige a las Partes que establezcan o designen mecanismos de recogida de datos o puntos de contacto, a nivel nacional o local, en cooperación con la sociedad civil, a efectos de observar y evaluar el fenómeno de la explotación y el abuso sexual de los niños. Aunque no cabe duda de que la explotación y el abuso sexual de los niños es un problema grave y cada vez mayor, carecemos de estadísticas precisas y fiables sobre la naturaleza del fenómeno y sobre el número de niños afectados. Las políticas y medidas pueden no estar elaboradas de forma óptima ni dirigidas adecuadamente si se confía en información inexacta o engañosa. La obligación prevista en el apartado 2 b) tiene por objeto adoptar medidas para subsanar la falta de información.

84. Los datos mencionados no atañen a los datos personales sobre individuos, sino únicamente a datos estadísticos sobre víctimas y agresores. No obstante, los negociadores han querido subrayar que es importante que la recogida de todo tipo de datos respete las normas en materia de protección de datos, incluyendo la frase “dentro del debido respeto a las exigencias de protección de los datos de carácter personal”.

85. En el apartado 3, en relación con la necesidad de un enfoque integral y pluridisciplinar, se insta a los Estados a que fomenten la cooperación entre los poderes públicos competentes, la sociedad civil y el sector privado a fin de mejorar la prevención y la lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños. La referencia a la sociedad civil es un término genérico que abarca a las organizaciones no gubernamentales y al sector voluntario. Este apartado, al igual que el apartado 2 b), reconoce y apoya el importante papel que desempeña la sociedad civil en la prevención de la explotación y el abuso sexual de los niños. Para muchos niños y familias, las ONG son más aceptables para ellos en su búsqueda de apoyo que las instituciones y los organismos estatales formales. Por esa razón, las Partes que son responsables de cumplir las obligaciones expuestas en el artículo 10 deben implicar a estos organismos en la aplicación de medidas preventivas.

#### **Capítulo IV – Medidas de protección y asistencia a las víctimas**

86. Si bien el propósito último de la lucha contra el abuso y la explotación sexual es prevenir que se produzcan estos actos, también es esencial garantizar que los niños que ya han sido víctimas de esos delitos reciban el apoyo, la protección y la asistencia mejores posibles, que es el objetivo de los artículos de este capítulo.

##### **Artículo 11 – Principios**

87. En el apartado 1, los negociadores han querido destacar la necesidad de un enfoque pluridisciplinar para ayudar y proteger a los niños víctimas de delitos sexuales, así como a sus parientes cercanos, familias y a cualquier persona a cuyo cargo se encuentren. Estas medidas de protección y asistencia no están destinadas a beneficiar a todos los padres y miembros de la familia en sentido amplio, sino a aquellos que, debido a su estrecha relación con el menor, puedan verse directamente afectados.

88. La cuestión del apartado 2 radica en que, si bien los niños necesitan medidas especiales de protección, a veces resulta difícil determinar si una persona es mayor o menor de 18 años. En consecuencia, el apartado 2 exige que las Partes presuman que una víctima es un niño si, en caso de incertidumbre en cuanto a su edad, hay razones para creerlo. Así pues, a la espera de que se verifique su edad, se les deben conceder las medidas especiales de protección previstas para niños.

##### **Artículo 12 – Comunicación de presunta explotación o abuso sexual**

89. En virtud del apartado 1, las Partes deben garantizar que los profesionales normalmente sujetos a normas de secreto profesional (como, por ejemplo, médicos y psiquiatras) tengan la posibilidad de comunicar a los servicios responsables de la protección de la infancia cualquier caso en el que tengan motivos fundados para creer que un niño está siendo víctima de explotación o abuso sexual. Aunque en muchos Estados miembros ya existen sistemas de denuncia obligatoria, que se consideran esenciales para detectar el abuso y prevenir más daños a los niños, el Convenio no impone a esos profesionales la obligación de denunciar la explotación o el abuso sexual de un niño. Solamente les otorga la posibilidad de hacerlo sin riesgo de infringir las normas de confidencialidad. Cabe destacar que el objetivo de esta disposición es garantizar la protección de los niños, más que iniciar una investigación penal. Por consiguiente, el apartado 1 prevé la posibilidad de comunicar cualquier caso a los servicios de protección de la infancia. Esto no obstaculiza la posibilidad prevista en ciertos Estados de comunicarlo a otros servicios competentes.

90. Cada Parte es responsable de determinar las categorías de profesionales a los que se aplica esta disposición. La frase “profesionales que, por su trabajo, están en contacto con niños” pretende abarcar a los profesionales cuyas funciones comprenden un contacto habitual con niños, así como a aquellos que se encuentran ocasionalmente en contacto con niños en su trabajo.

91. En el apartado 2, las Partes están obligadas a alentar a toda persona que tenga conocimiento o sospeche de un caso de explotación o abuso sexual de un niño a comunicarlo a los servicios competentes. Es responsabilidad de cada Parte determinar las autoridades competentes a las que pueden comunicarse dichas sospechas. Estas autoridades competentes no se limitan a los servicios de protección de la infancia o a los servicios sociales pertinentes. El requisito de la sospecha “de buena fe” tiene por objeto evitar que se pueda invocar esta disposición para autorizar la denuncia de actos meramente imaginarios o falsos citados con mala intención.

### **Artículo 13 – Servicios de ayuda**

92. Este artículo se dirige en particular a las personas que puedan enfrentarse a una situación de explotación o abuso sexual. Puede ocurrir que las personas a las que se confía el niño no sepan cómo reaccionar. Además, los niños víctimas también pueden intentar buscar apoyo o asesoramiento sin saber a quién recurrir. Esto pone de relieve la importancia de desarrollar medios mediante los cuales las personas puedan revelar con seguridad que saben que han sido víctimas de abuso o explotación sexual o simplemente hablar con una persona fuera de su entorno habitual. Por lo tanto, las Partes deben alentar y apoyar la creación de servicios de información como líneas de ayuda telefónicas o de Internet para proporcionar asesoramiento a las personas que llaman. Según el Convenio, corresponde a las Partes el seguimiento que se ofrezca a las llamadas recibidas. Estos servicios de asistencia deben estar disponibles el mayor tiempo posible. En algunos Estados, por ejemplo, estos servicios están disponibles las 24 horas del día, los 7 días de la semana.

### **Artículo 14 – Asistencia a las víctimas**

93. El artículo 14 establece las medidas de asistencia que las Partes deben proporcionar a las víctimas de explotación y abuso sexual. El objetivo de la asistencia prevista en el apartado 1 es “asistir a las víctimas, a corto y a largo plazo, en su recuperación física y psicosocial”. Por consiguiente, las autoridades deben adoptar disposiciones para esas medidas de asistencia teniendo presente la naturaleza específica de ese objetivo.

94. El apartado establece que las víctimas deben recibir asistencia “a corto y a largo plazo”. Todo daño causado por la explotación o el abuso sexual de un niño es significativo y debe ser abordado. La naturaleza del daño causado por la explotación o el abuso sexual conlleva que esta ayuda debe continuar durante el tiempo que sea necesario para la recuperación física y psicosocial completa del niño. Aunque este Convenio se refiere principalmente a los niños, las consecuencias de la explotación o el abuso sexual de los niños pueden perdurar hasta la edad adulta. Por esta razón, es importante establecer medidas que también proporcionen asistencia a los adultos que fueron explotados o abusados sexualmente. Se debe garantizar a las víctimas de abusos en la infancia la oportunidad de revelar estos hechos y de recibir el apoyo y la asistencia adecuados si aún los necesitan.

95. La asistencia a las víctimas en su “recuperación física” implica un tratamiento médico de urgencia o de otro tipo. Los negociadores han querido llamar la atención sobre el hecho de que, dada la naturaleza de los delitos tipificados con arreglo al Convenio, la obligación podría comprender todas las formas de detección médica, con especial atención a las enfermedades de transmisión sexual y la infección por VIH y su posterior tratamiento.

96. Se necesita asistencia “psicosocial” a fin de ayudar a las víctimas a superar el trauma que han sufrido y a recuperar una vida normal en la sociedad.

97. La disposición pone de relieve que las opiniones, necesidades y preocupaciones del niño deben tenerse en cuenta al adoptar las medidas previstas en este apartado.

98. Las ONG desempeñan a menudo un papel fundamental en la prestación de asistencia a las víctimas. Por esa razón, el apartado 2 especifica que cada Parte debe adoptar medidas, con arreglo a las condiciones previstas por su derecho interno, para cooperar con las organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones competentes y otros elementos de la sociedad civil que participen en la asistencia a las víctimas. En muchos Estados, las ONG colaboran con las autoridades en el marco de asociaciones y acuerdos destinados a regular su cooperación.

99. El apartado 3 prevé la posibilidad de alejar al presunto autor o a la víctima del entorno familiar cuando los padres o cuidadores de esta última estén implicados en un caso de explotación o abuso sexual. Es importante subrayar que el alejamiento debe considerarse como una medida de protección del niño y no como una sanción para el presunto autor. Alejar al padre o la madre que sea el presunto autor de abusos sexuales contra su hijo puede ser una buena solución cuando el otro padre apoya al niño víctima. La otra opción puede ser alejar al niño del entorno familiar. En tal caso, la duración del alejamiento debe determinarse en función del interés superior del niño.

100. Los negociadores han reconocido que el apartado 4 tendría una aplicación limitada, pero han considerado que en determinados casos especialmente graves estaría justificado que las personas cercanas a la víctima, incluidos, por ejemplo, los miembros de la familia, los amigos y los compañeros de clase, se beneficiaran de atención psicológica de urgencia. Estas medidas de asistencia no están destinadas a beneficiar a los presuntos autores de los hechos de explotación y abusos sexuales, quienes pueden beneficiarse en cambio de los programas y las medidas de intervención del capítulo V.

## **Capítulo V – Programas o medidas de intervención**

### **Artículo 15 – Principios generales**

101. Las disposiciones de este capítulo constituyen un elemento importante de valor añadido en el Convenio. A fin de prevenir la explotación y el abuso sexual de los niños, los negociadores han estimado necesario elaborar disposiciones destinadas a prevenir los riesgos de reincidencia en delitos contra los niños mediante programas o medidas de intervención dirigidos a los delincuentes sexuales. Han coincidido en la necesidad de un enfoque amplio y flexible que se centre en los aspectos médicos y psicosociales de los programas o medidas de intervención ofrecidos a los delincuentes sexuales, y en el carácter no obligatorio de las intervenciones o medidas ofrecidas. En cuanto al carácter no obligatorio de la atención, esto significa que estos programas no forman parte necesariamente del sistema penal de sanciones y medidas, sino de los sistemas de asistencia sanitaria y de bienestar. El sistema establecido en virtud del Capítulo V no debe interferir con los sistemas nacionales establecidos para abordar el tratamiento de las personas que padecen trastornos mentales.

102. La intervención psicológica se refiere a diversos métodos terapéuticos, por ejemplo, la terapia cognitivo-conductual o la terapia que aplica un enfoque psicodinámico. La intervención médica se refiere principalmente al tratamiento antihormonal (castración química). Por último, la intervención social comprende las medidas establecidas para regular y estabilizar el comportamiento social del delincuente (por ejemplo, la prohibición de ir a ciertos lugares o encontrarse con determinadas personas), así como a las estructuras que facilitan la reinserción (como la asistencia en cuestiones administrativas o la búsqueda de empleo).

103. Habida cuenta de la amplia gama de medidas que podrían aplicarse y de las experiencias de los Estados en este ámbito, los negociadores han intentado garantizar que esta disposición fuera muy flexible, en particular mediante una referencia frecuente al derecho interno de las Partes. Así pues, las disposiciones del capítulo V se limitan a enunciar algunos principios fundamentales, sin entrar en detalles sobre las medidas o los programas que se han de poner en marcha. Por otra parte, corresponde a los Estados Partes realizar la evaluación, de forma

más o menos regular, de la eficacia y los resultados de los programas y medidas aplicados, así como su pertinencia científica.

104. Los principios fundamentales expuestos en los tres artículos del capítulo V son los siguientes:

- las personas sometidas a programas o medidas de intervención deben dar su consentimiento previo: no se les puede imponer ningún programa o medida de intervención;
- los programas y las medidas de intervención deben estar disponibles lo antes posible a fin de aumentar las posibilidades de éxito;
- deben preverse mecanismos de evaluación de la peligrosidad de las personas afectadas y el riesgo de que vuelvan a delinquir;
- deben preverse mecanismos para evaluar los programas y las medidas de intervención;
- debe prestarse especial atención a las personas afectadas que sean niños;
- deben coordinarse los distintos servicios competentes, en particular los servicios sanitarios, los servicios sociales, las autoridades penitenciarias y, respetando su independencia, las autoridades judiciales.

#### **Artículo 16 – Destinatarios de los programas y medidas de intervención**

105. El artículo 16 identifica tres categorías de personas a las que deben ofrecerse programas o medidas de intervención:

- las personas perseguidas por alguno de los delitos tipificados con arreglo al Convenio;
- las personas condenadas por cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio;
- los niños (personas menores de 18 años) que cometan delitos sexuales.

106. Cabe recordar que el artículo 7 también prevé el acceso a los programas y las medidas de intervención para las personas a las que se hace referencia en el apartado 64 del presente informe.

107. En el caso de las personas procesadas, pero aún no condenadas, los negociadores han estimado que debe ser posible ofrecerles (pero no imponerles) el beneficio de programas o medidas de intervención en cualquier momento durante la investigación o el juicio. Teniendo en cuenta el principio de presunción de inocencia, los negociadores han considerado que no debe establecerse ningún vínculo entre la aceptación de una medida de intervención y las decisiones adoptadas durante el proceso, y que corresponde a las personas interesadas decidir libremente si deseaban o no beneficiarse de tal medida. El apartado 1 del artículo 16, se refiere a garantizar los derechos de la defensa, las exigencias de un juicio justo y la necesidad de respetar las normas relativas al principio de presunción de inocencia. Al aplicar estas disposiciones, se insta a las Partes a velar por que la perspectiva de una pena reducida no constituya una presión indebida para someterse a programas y medidas de intervención.

108. Se entenderá por “personas condenadas” aquellas que han recibido una sentencia firme de culpabilidad dictada por un juez o tribunal.

109. El apartado 3 del artículo 16 recoge una disposición específica relativa a los programas o medidas de intervención que podrían ofrecerse a los niños que han cometido delitos de carácter sexual, para responder a las necesidades de su desarrollo y hacer frente a sus problemas de comportamiento sexual. Los programas y medidas de intervención deben estar adaptados a los menores.

### **Artículo 17 – Información y consentimiento**

110. El artículo 17 hace especial hincapié en la necesidad de obtener el pleno consentimiento de las personas a las que se ofrecen programas o medidas de intervención, ya que parece que el éxito de estos depende, en la mayoría de los casos, si no en todos, de la adhesión de la persona interesada a las medidas o programas. El apartado 1 destaca que el pleno consentimiento implica un consentimiento libre e informado, lo que presupone que la persona interesada ha sido informada de las razones por las que se le ofrece un programa o medida de intervención.

111. El requisito del consentimiento implica que las personas afectadas puedan rechazar el programa o la medida propuesta, como se indica en el apartado 2. Sin embargo, en el caso de las personas condenadas, el derecho interno de los Estados puede estipular que ciertas medidas de suspensión o de alivio de la pena (por ejemplo, la suspensión de la pena o la libertad condicional) estén condicionadas a la participación en un programa de intervención. La libertad condicional se define en el Apéndice de la Recomendación Rec(2003)22 del Comité de Ministros sobre la libertad condicional (libertad vigilada) como "la liberación anticipada de los presos condenados en condiciones individualizadas posteriores a la liberación". En tales circunstancias, las personas afectadas deben ser plenamente informadas de las consecuencias que podrían vincularse a tal rechazo, como la inaplicabilidad, por ley, de la medida de alivio de la pena.

### **Capítulo VI – Derecho penal sustantivo**

112. Los artículos 18 a 23 tratan de la tipificación de determinados actos como delitos. Este tipo de armonización facilita la lucha contra la delincuencia a nivel nacional e internacional, por varias razones. En primer lugar, la armonización de las legislaciones nacionales de los Estados permite evitar la preferencia criminal para cometer delitos en una Parte que antes contaba con normas más laxas. En segundo lugar, permite fomentar el intercambio de datos y experiencias comunes útiles. Las definiciones compartidas también pueden contribuir a la investigación y promover la comparabilidad de los datos a nivel nacional y regional, lo que facilita la obtención de una visión global de la delincuencia. Por último, se facilita la cooperación internacional (en particular, la extradición y la asistencia jurídica mutua) (véase el apartado 10 anteriormente citado).

113. Los delitos a los que se refieren estos artículos representan un consenso mínimo que no excluye completarlos o establecer normas más elevadas en el derecho nacional.

114. Este capítulo recoge otras disposiciones que tratan de la complicidad y la tentativa (artículo 24), la competencia (artículo 25), la responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 26), las sanciones y medidas (artículo 27), las circunstancias agravantes (artículo 28) y las condenas anteriores (artículo 29).

115. En vista de la amplia gama de leyes y jurisprudencia internas sobre este aspecto, los negociadores no han estimado apropiado introducir en el Convenio disposiciones relativas al conocimiento o ignorancia, por parte del presunto autor del delito, de la edad de la víctima. Por lo tanto, esta cuestión es materia de la legislación y la jurisprudencia de cada Parte.

116. Además, los negociadores han reconocido que en determinadas circunstancias en las que los menores cometen delitos (como, por ejemplo, cuando producen pornografía infantil entre ellos y para su propio uso privado, pero posteriormente distribuyen esas imágenes o las ponen a disposición en Internet), puede haber métodos más adecuados para tratarlos y que el procesamiento penal debe ser el último recurso.

## Artículo 18 – Abuso sexual

117. El artículo 18 establece el delito de abuso sexual de un niño. Este delito tiene que ser cometido intencionalmente para que se incurra en responsabilidad penal. La interpretación de la palabra “intencionales” corresponde al derecho nacional, pero el requisito de una conducta intencional comprende todos los elementos del delito.

118. El artículo 18 distingue dos tipos de abuso sexual de menores.

119. En primer lugar, el apartado 1 a) tipifica como delito el hecho de que una persona realice actividades sexuales con un niño que no haya alcanzado la edad, definida por el derecho nacional, por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con él.

120. En segundo lugar, el apartado 1 b) tipifica como delito el hecho de que una persona realice actividades sexuales con un niño, independientemente de la edad de este, cuando se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, o cuando dicha persona abuse de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño, o cuando se abuse de una situación de especial vulnerabilidad del mismo.

121. Al evaluar los elementos constitutivos de delitos, las Partes deben tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; a este respecto, los negociadores han querido recordar, sin perjuicio de la interpretación que pueda hacerse de esta, la sentencia *M.C. c. Bulgaria* de 4 de diciembre de 2003, en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que “cualquier enfoque rígido para el enjuiciamiento de delitos sexuales, como exigir prueba o resistencia física en todas las circunstancias, corre el riesgo de dejar impunes ciertos tipos de violación y, por tanto, poner en peligro la protección efectiva de la autonomía sexual del individuo. De conformidad con las normas y tendencias contemporáneas en la materia, las obligaciones positivas de los Estados miembros en virtud de los artículos 3 y 8 de la Convención deben considerarse como que exigen la penalización y enjuiciamiento efectivo de cualquier acto sexual no consentido, incluso en ausencia de resistencia física por la víctima” (§ 166). El Tribunal también señaló lo siguiente: “Independientemente de la redacción específica elegida por el legislador, en varios países la condena de actos sexuales no consensuados en cualquier circunstancia se busca en la práctica por medio de la interpretación de los términos legales relevantes escritos en la ley (“coacción”, “violencia”, “coacción”, “amenaza”, “artimañas”, “sorpresa” u otros) y mediante una evaluación que tiene en cuenta el contexto de la víctima”. (§ 161).

122. En virtud del primer inciso, cuando se hace uso de coacción, fuerza o amenaza, se puede inferir la falta de consentimiento para las actividades sexuales en los casos en que el niño sea mayor de la edad mencionada en el artículo 18, apartado 2.

123. El segundo inciso hace referencia al abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño. Puede tratarse, por ejemplo, de situaciones en las que se ha establecido una relación de confianza con el niño, de relaciones que se produzcan en el contexto de una actividad profesional (cuidadores en instituciones, profesores, médicos, etc.) o de otras relaciones, como cuando las personas ocupan una posición superior en el plano físico, económico, religioso o social.

124. El segundo inciso establece que los niños que mantienen determinadas relaciones deben ser protegidos, incluso cuando ya han alcanzado la edad legal para realizar actividades sexuales y la persona implicada no utiliza coerción, fuerza o amenaza. Se trata de situaciones en las que las personas implicadas abusan de una relación de confianza con el niño que resulta de una autoridad natural, social o religiosa que les permite controlar, castigar o recompensar al niño emocional, económica o incluso físicamente. Dichas relaciones de confianza existen normalmente entre el niño y sus padres, miembros de la familia, padres de acogida o adoptivos, pero también pueden existir en relación con personas que:

- poseen funciones parentales o de cuidado; o
- educan al niño; o

- proporcionan atención emocional, religiosa, terapéutica o médica; o
- emplean al niño o ejercen un control financiero sobre él; o
- ejercen de otro modo control sobre el niño.

Los voluntarios que cuidan de niños en su tiempo libre o durante actividades voluntarias, por ejemplo, en campamentos de vacaciones o en organizaciones juveniles, también pueden considerarse como personas que ocupan posiciones de confianza. Esta lista no es exhaustiva, pero tiene por objeto describir la amplia gama de posiciones reconocidas de confianza, autoridad o influencia.

125. La referencia a “incluso en el seno de la familia” tiene claramente por objeto poner de relieve el abuso sexual cometido en el seno de la familia. Las investigaciones han demostrado que se trata de una de las formas más frecuentes y psicológicamente más dañinas de violencia sexual infantil, que entraña consecuencias duraderas para la víctima. Además, el término “familia” se refiere a la familia extensa.

126. El tercer inciso se refiere al abuso de una situación de especial vulnerabilidad del niño, en particular debido a una discapacidad psíquica o mental o a una situación de dependencia. La discapacidad comprende a niños con deficiencias físicas y sensoriales, discapacidades intelectuales y autismo, y a los niños con trastornos mentales. Una “situación de dependencia” se refiere no solamente a niños con problemas de adicción a las drogas o al alcohol, sino también a las situaciones en las que un niño se ha intoxicado con alcohol o drogas, ya sea por su propia iniciativa o por las del autor, y de cuya vulnerabilidad posterior se abusa. El término dependencia también abarca otras situaciones en las que el niño no tiene otra opción real y aceptable que someterse al abuso. Las razones de tales situaciones pueden ser físicas, emocionales, familiares, sociales o económicas, como, por ejemplo, una situación administrativa insegura o ilegal, una situación de dependencia económica o un estado de salud frágil. En tal caso, el niño puede consentir las relaciones sexuales, pero su situación de vulnerabilidad invalida la capacidad de consentir. Las nociones de situación de especial vulnerabilidad de un niño y situaciones de dependencia también podrían abarcar los actos cometidos contra niños en el marco de actividades dentro de sectas que se caracterizan por un aislamiento físico y mental del niño, que se ve separado del mundo exterior y muy a menudo sometido a diversas formas de lavado de cerebro. La situación de los menores migrantes no acompañados también se entiende como situación de especial dependencia o vulnerabilidad.

127. El Convenio no define el término “actividades sexuales”. Los negociadores han preferido que sean las Partes quienes se encarguen de la definición del significado y el alcance de este término.

128. El apartado 2 refuerza, a efectos de seguridad jurídica, la exigencia de que todas las Partes en el Convenio definan la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con un niño. Los negociadores han considerado la posibilidad de armonizar el derecho penal en esta área estableciendo en el Convenio una edad legal para las relaciones sexuales, pero como esta edad varía mucho en los Estados miembros del Consejo de Europa (de 13 a 17 años) e incluso dentro de cada Estado miembro, dependiendo de la relación que pueda existir entre el autor y la víctima infantil. Por estas razones, han preferido que cada Parte determine la edad.

129. El Convenio no tiene por objeto tipificar como delito las actividades sexuales de los adolescentes que descubren su sexualidad y viven entre ellos experiencias sexuales en el marco de su desarrollo sexual. Tampoco pretende abarcar las actividades sexuales entre personas de edades y grados de madurez similares. Por esta razón, el apartado 3 establece que el Convenio no pretende regular las actividades sexuales consentidas entre menores, incluso si no han alcanzado la edad legal para mantener actividades sexuales en virtud del derecho nacional. Corresponde a las Partes definir la noción de “menor”.

### **Artículo 19 – Delitos relativos a la prostitución infantil**

130. Este artículo tipifica como delitos penales determinadas conductas relacionadas con la prostitución infantil, entre ellas el reclutamiento o la coacción de un niño para que participe en la prostitución y el “recurso” a la prostitución infantil, es decir, el uso de los “servicios sexuales” de un niño prostituido.

131. La demanda de niños prostituidos ha aumentado notablemente y suele estar vinculada a la delincuencia organizada e implica la trata de personas. En mayor medida que la prostitución de adultos, el comercio sexual con niños depende de personas que lo alientan, organizan y se benefician de él. Por consiguiente, el artículo establece vínculos entre la demanda y la oferta de niños prostituidos al exigir sanciones penales tanto para los reclutadores como para los usuarios. Entre los niños que son reclutados para la prostitución, muchos se encuentran en circunstancias difíciles, por ejemplo, fugitivos, abandonados o sin apoyo material o moral. Los reclutadores utilizan incentivos y presiones para conducir a los niños a la prostitución, aprovechándose de su sufrimiento psicológico y emocional. Debido al grave daño que sufren los niños prostituidos, los negociadores han considerado que está justificado imponer sanciones a los clientes de estos niños.

132. En el apartado 2 se ofrece una definición de “prostitución infantil”. La utilización de un niño en la prostitución puede ser ocasional y cualquier tipo de remuneración o ventaja, no solamente el pago monetario (por ejemplo, drogas, alojamiento, ropa, comida, etc.), ya sea dado o prometido, es suficiente para cumplir con los requisitos legales del delito. Además, la remuneración o contraprestación, o la promesa de las mismas, no necesariamente se destina al niño, sino que puede ofrecerse a una tercera persona, como quienes se benefician económicamente de la prostitución infantil.

### **Artículo 20 – Delitos relativos a la pornografía infantil**

133. El artículo 20 sobre la pornografía infantil se inspira en el Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia (artículo 9 – delitos relacionados con la pornografía infantil) que tiene por objeto reforzar las medidas de protección de los niños modernizando las disposiciones del derecho penal para impedir que se utilicen sistemas informáticos para fomentar el abuso y la explotación sexuales de los niños.

134. En el presente Convenio, el delito no se limita a la pornografía infantil cometida mediante el uso de un sistema informático. Sin embargo, debido al uso cada vez mayor de Internet, se ha convertido en el principal instrumento para el comercio de ese material. Existe la opinión generalizada de que ese material y las prácticas en línea desempeñan un papel en el apoyo, el fomento o la facilitación de delitos sexuales contra los niños.

135. El apartado 1 a) tipifica como delito la producción de pornografía infantil y se considera necesario a fin de combatir en su origen los actos de abuso y explotación sexual.

136. El apartado 1 b) tipifica como delito la “oferta o puesta a disposición” de pornografía infantil. Implica que la persona que ofrece el material puede realmente proporcionarlo. La “puesta a disposición” pretende abarcar, por ejemplo, la puesta en línea de pornografía infantil para el uso de otros mediante la creación de páginas web de pornografía infantil. Este apartado también atañe la creación o compilación de hipervínculos a páginas web de pornografía infantil con el fin de facilitar el acceso a esta.

137. El apartado 1 c) tipifica como delito la distribución o transmisión de pornografía infantil. La “distribución” es la difusión activa del material. El envío de pornografía infantil a través de un sistema informático a otra persona, así como la venta o entrega de materiales pornográficos infantiles como fotografías o revistas, está comprendido en el término “transmisión”.

138. El término “adquisición para sí o para otro” del apartado 1 d) designa el hecho de adquirir activamente pornografía infantil para uso personal o para otra persona, por ejemplo, descargando datos informáticos o comprando materiales de pornografía infantil como películas o imágenes.

139. La posesión de pornografía infantil, por cualquier medio, como revistas, videocasetes, DVD o teléfonos portátiles, incluso almacenada en un sistema informático o en un soporte de datos, así como en un dispositivo de almacenamiento extraíble, un disquete o un CD-ROM, está tipificada como delito en el apartado 1 e). Una forma eficaz de reducir la producción de pornografía infantil es imponer consecuencias penales a la conducta de cada participante en la cadena que va desde la producción hasta la posesión.

140. El apartado 1 f) es un nuevo elemento introducido en este Convenio. Su finalidad es enjuiciar a quienes ven imágenes de niños en línea accediendo a sitios de pornografía infantil, pero sin descargarlas y, por consiguiente, no pueden ser procesados por el delito de posesión o adquisición en algunos sistemas jurídicos. Para ser penada, la persona debe tener la intención de entrar en una página web que oferta pornografía infantil sabiendo que esas imágenes pueden encontrarse allí. No deben aplicarse sanciones a las personas que acceden a páginas web que contienen pornografía infantil inadvertidamente. El carácter intencional del delito puede deducirse, en particular, del hecho de que sea reincidente o de que los delitos se hayan cometido mediante un servicio a cambio de una remuneración.

141. El término “de forma ilícita” permite a una Parte prever una excepción en relación con una conducta relacionada con “material pornográfico” que presente un interés artístico, médico, científico o similar. También excluye las actividades realizadas en virtud de competencias jurídicas nacionales, como la posesión legítima de pornografía infantil por parte de las autoridades, a fin de iniciar un proceso penal. Además, no prohíbe las defensas jurídicas o principios similares pertinentes que permitan eximir a una persona de responsabilidad penal en circunstancias específicas.

142. El apartado 2 se basa en el Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Define el término “pornografía infantil” como todo material que represente, de forma visual, a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño “con fines principalmente sexuales”. Tales imágenes se rigen por las normas nacionales relativas a los daños corporales o la clasificación de materiales como obscenos o incompatibles con la moral pública. Por consiguiente, el material que tenga un valor artístico, médico, científico o similar, es decir, que no tenga fines sexuales, no recae en el ámbito de aplicación de esta disposición. La representación visual comprende datos almacenados en disquetes de ordenador o en otros dispositivos electrónicos o de almacenamiento que puedan convertirse en una imagen visual.

143. Corresponde a las Partes definir la expresión “conducta sexualmente explícita”. Abarca al menos los siguientes actos reales o simulados: a) las relaciones sexuales, incluidas las relaciones genito-genitales, oro-genitales, ano-genitales u oro-anales, entre niños o entre un adulto y un niño, del mismo sexo o de sexos opuestos; b) la zoofilia; c) la masturbación; d) la violencia sádico-masoquista en un contexto sexual; o e) la exhibición lasciva de los genitales o la zona púbica de un niño. No es relevante que la conducta representada sea real o simulada.

144. El apartado 3 permite a las Partes formular reservas con respecto a los subapartados a) y e) del apartado 1, es decir, el derecho a no tipificar como delito la producción o posesión de imágenes que consistan enteramente en representaciones simuladas o imágenes realistas de un niño que no existe en la realidad, o que impliquen a niños que hayan alcanzado la edad legal para realizar actividades sexuales según lo prescrito en el derecho interno, cuando las imágenes sean producidas por ellos y estén en su poder, con su consentimiento y únicamente para su uso particular. Las dos posibilidades de reserva del apartado 3 solamente se aplican a la producción y posesión de dicho material pornográfico. No obstante, al formular esa reserva, las Partes deben ser conscientes de los rápidos avances de la tecnología, que permite producir imágenes extremadamente realistas de pornografía infantil en las que en realidad no hay ningún niño implicado, y deben evitar aplicar tales reservas a dichas producciones.

145. En relación con el apartado 4, los negociadores han incluido una posibilidad de reserva total o parcial con respecto al apartado 1 f). La posibilidad de una reserva con respecto a esta disposición se acordó en particular debido al hecho de que introduce un nuevo delito, lo cual requiere que los Estados adapten su legislación y su práctica.

### **Artículo 21 – Delitos relativos a la participación de niños en espectáculos pornográficos**

146. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en su artículo 34, exige que las Partes adopten todas las medidas apropiadas para impedir “la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”. De manera similar, la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2004/68/JHA) recoge, en el artículo 2 b), el delito de captar a un niño para que participe en espectáculos pornográficos. En estos instrumentos no se proporciona ninguna definición de lo que constituye espectáculos pornográficos que implican a niños.

147. De manera similar, los negociadores han decidido que las Partes se ocupen de definir qué se entiende por “espectáculos pornográficos”, por ejemplo, teniendo en cuenta el carácter público o privado, comercial o no comercial del espectáculo. No obstante, la disposición se refiere esencialmente a los espectáculos, organizados en directo, en los que participan niños que realizan conductas sexuales explícitas.

148. El artículo 21 tipifica como delito determinadas conductas relacionadas con la participación de niños en espectáculos pornográficos. Los apartados 1 a) y 1 b) definen elementos relacionados con la organización de espectáculos pornográficos en los que participan niños, mientras que el apartado c) se refiere al espectador. Al igual que en el caso de la prostitución infantil y la pornografía infantil, la disposición establece vínculos entre la oferta y la demanda al atribuir la responsabilidad penal al organizador de dichos espectáculos pornográficos, así como al cliente. Según los Estados, esta disposición también puede abarcar la situación de las personas que asisten a espectáculos pornográficos en los que participan niños a través de medios de comunicación como cámaras web.

149. Todos los actos deben cometerse intencionalmente para que se derive responsabilidad penal. La expresión “con conocimiento de causa” se introdujo a fin de enfatizar la naturaleza intencional del delito, lo que significa que una persona no solo debe tener la intención de asistir a un espectáculo pornográfico, sino que también debe saber que en el espectáculo pornográfico participarán niños.

150. El apartado 2 autoriza a las Partes a reservarse el derecho de limitar la aplicación del apartado 1 c) a los casos en que los niños que participan en los espectáculos pornográficos hayan sido reclutados u obligados para participar en dichos espectáculos.

### **Artículo 22 – Corrupción de niños**

151. El artículo 22 prevé un nuevo delito que tiene por objeto abordar el acto de obligar a un niño a presenciar actos sexuales, o realizar dichos actos en presencia de niños, que pueda resultar perjudicial para la salud psicológica de la víctima, con el riesgo de causar un daño grave a su personalidad, y provocar una visión distorsionada de la sexualidad y de las relaciones personales.

152. Este artículo tipifica como delito el hecho de obligar intencionalmente a un niño que no ha alcanzado la edad legal para realizar actividades sexuales a presenciar abusos sexuales de otros niños o adultos o actividades sexuales. No es necesario que el niño participe de ninguna manera en las actividades sexuales.

153. El delito debe cometerse intencionalmente y “con fines sexuales”.

154. El Convenio deja a las Partes la interpretación del término “hacer presenciar” pero esto podría incluir cualquier forma en que se obligue al niño a presenciar tales actos, como por ejemplo recurriendo a la fuerza, la coacción, la persuasión, la promesa, etc.

### **Artículo 23 – Propositiones a niños con fines sexuales**

155. El artículo 23 introduce un nuevo delito en el Convenio que no figura en otros instrumentos internacionales existentes en la materia. La proposición a menores con fines sexuales se conoce más comúnmente como “grooming”. Los negociadores han considerado que resulta esencial que el Convenio tome en consideración el fenómeno reciente, pero cada vez más preocupante, de niños que sufren abusos sexuales en encuentros con adultos que han conocido inicialmente en el ciberespacio, concretamente en salas de chat en Internet o páginas web de juegos en línea.

156. El término “grooming” designa la preparación de un niño para el abuso sexual, motivada por el deseo de utilizarlo para la gratificación sexual. Puede implicar la amistad de un niño, a menudo fingiendo ser otro joven, incitando al niño a hablar de asuntos íntimos y exponiéndolo gradualmente a materiales sexualmente explícitos para reducir la resistencia o las inhibiciones con respecto al sexo. El niño también puede ser inducido a producir pornografía infantil mediante el envío de fotos personales comprometedoras utilizando una cámara digital, una cámara web o una cámara de teléfono, lo que proporciona al acosador un medio de controlar al niño mediante amenazas. Cuando se organiza un encuentro físico, el niño puede ser objeto de abuso sexual o de otro tipo de maltrato.

157. Los negociadores han considerado que el simple hecho de conversar con un niño sobre cuestiones sexuales, aunque fuera como parte de la preparación del niño para el abuso sexual, no resultaba suficiente en sí mismo para incurrir en responsabilidad penal. Era necesario añadir un elemento adicional. Por consiguiente, el artículo 23 exige que las Partes tipifiquen como delito “el hecho de que un adulto proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18” con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1 a) del artículo 18 o al apartado 1 a) del artículo 20. Por tanto, los contactos destinados a establecer un vínculo deben ir seguidos de una propuesta de encuentro con el niño.

158. Todos los elementos del delito deben cometerse intencionalmente. Además, es necesario establecer el “propósito” de la proposición de reunirse con el niño para cometer cualquiera de los delitos especificados para que pueda existir responsabilidad penal.

159. El delito solamente puede cometerse “mediante las tecnologías de la información y la comunicación”. Las demás formas de “proposiciones a niños con fines sexuales” mediante contactos reales o comunicaciones no electrónicas quedan fuera del ámbito de aplicación de la disposición. En vista del peligro particular inherente al uso de dichas tecnologías debido a la dificultad de controlarlas, los negociadores han querido que la disposición se centre exclusivamente en el método más peligroso de proposición a menores, que es a través de Internet y el uso de teléfonos móviles, a los que cada vez tienen más acceso incluso los niños muy pequeños.

160. Además de los elementos especificados anteriormente, el delito solo es completo si la proposición de encuentro “ha sido seguida de actos materiales conducentes a dicho encuentro”. Esto requiere acciones concretas, como, por ejemplo, el hecho de que el autor llegue al lugar del encuentro.

### **Artículo 24 – Complicidad y tentativa**

161. El propósito de este artículo es establecer delitos adicionales relacionados con la complicidad en la comisión de los delitos definidos en el Convenio y la tentativa de comisión de algunos de ellos.

162. El apartado 1 exige que las Partes tipifiquen como delito penal la complicidad en la comisión de cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio. Se incurre en responsabilidad en caso de complicidad cuando la persona que comete un delito es ayudada por otra persona que también tiene la intención de cometer el delito.

163. Con respecto al apartado 2, sobre la tentativa, los negociadores han considerado que tratar ciertos delitos, o elementos de delitos, como tentativa daba lugar a dificultades conceptuales. Además, algunos sistemas jurídicos limitan los delitos por los que se sanciona la tentativa. Por estas razones, el apartado 3 permite a las Partes reservarse el derecho de no penalizar la tentativa de cometer los siguientes delitos: la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil, la adquisición de pornografía infantil para sí o para otro, la posesión de pornografía infantil y el acceso, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, a pornografía infantil (artículo 20, apartado 1 b), d), e) y f); la asistencia con conocimiento de causa a espectáculos pornográficos en los que participen niños (artículo 21, apartado 1 c); la corrupción de niños (artículo 22) y la proposición a niños con fines sexuales (artículo 23). Esto significa que cualquier Parte que formule una reserva con respecto a esta disposición no tendrá obligación de penalizar en absoluto la tentativa, o podrá seleccionar los delitos o partes de los delitos para los que penalizará la tentativa. La reserva tiene por objeto permitir la ratificación más amplia posible del Convenio, permitiendo al mismo tiempo que las Partes preserven algunos de los principios jurídicos fundamentales.

164. Como ocurre con todos los delitos tipificados con arreglo al Convenio, la complicidad y la tentativa deben ser intencionales.

#### **Artículo 25 – Competencia**

165. Este artículo establece diversos requisitos en virtud de los cuales las Partes deben establecer su competencia respecto de cualquier delito tipificado con arreglo al presente Convenio.

166. El apartado 1 a) se basa en el principio de territorialidad. Cada Parte está obligada a penalizar los delitos tipificados con arreglo al Convenio cuando se cometan en su territorio.

167. Las letras b) y c) del apartado 1 se basan en una variante del principio de territorialidad. Estos subapartados exigen que cada Parte establezca su competencia respecto de los delitos cometidos a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada según las leyes de esa Parte. Esta obligación ya está en vigor en el derecho de muchos países, ya que los buques y aeronaves se encuentran frecuentemente bajo la competencia del Estado en el que están matriculados. Este tipo de competencia es sumamente útil cuando el buque o la aeronave no se encuentran en el territorio de la Parte en el momento de la comisión del delito, por lo que el apartado 1 a) no se aplica para establecer la competencia. En el caso de un delito cometido a bordo de un buque o una aeronave fuera del territorio del Estado del pabellón o de matrícula, podría ocurrir que, de no existir esta regla, no hubiera ningún país capaz de ejercer competencia. Además, si un delito se comete a bordo de un buque o una aeronave que simplemente está de paso por las aguas o el espacio aéreo de otro Estado, puede haber impedimentos prácticos importantes para que este último Estado ejerza su competencia y, por lo tanto, resulta útil que el Estado de matrícula también tenga competencia.

168. El apartado 1 d) se basa en el principio de nacionalidad. La teoría de la nacionalidad es la que se aplica con mayor frecuencia en los países con una tradición de derecho civil. En virtud de ella, los nacionales de un país están obligados a cumplir su legislación incluso cuando se encuentran fuera de su territorio. En virtud del subapartado d,) si uno de sus nacionales comete un delito en el extranjero, una Parte está obligada a poder enjuiciarlo. Los negociadores han considerado que se trataba de una disposición especialmente importante en el contexto de la lucha contra el turismo sexual. En efecto, algunos Estados en los que se abusa o explota a niños no cuentan con la voluntad o los recursos necesarios para llevar a cabo con éxito las investigaciones o carecen del marco jurídico adecuado. El apartado 4 permite juzgar esos casos incluso cuando no están tipificados como delito en el Estado en el que se cometió el delito.

169. El apartado 1 e) se aplica a las personas que tengan su residencia habitual en el territorio de la Parte. Establece que las Partes deben establecer su competencia para investigar actos cometidos en el extranjero por personas que tengan su residencia habitual en su territorio y contribuyan así a la sanción del turismo sexual. No obstante, como los criterios de vinculación al Estado de la persona en cuestión son menos estrictos que los criterios de nacionalidad, el apartado 3 permite a las Partes no aplicar las reglas de competencia o hacerlo solamente en casos o condiciones específicos.

170. El apartado 2 está vinculado a la nacionalidad de la víctima e identifica los intereses particulares de las víctimas nacionales con los intereses generales del Estado. Así pues, en virtud del apartado 2, si un nacional o una persona que tenga residencia habitual es víctima de un delito en el extranjero, la Parte procurará establecer su competencia para iniciar el proceso. Sin embargo, no se impone ninguna obligación a las Partes, como lo demuestra el uso de la expresión “se esforzará”.

171. El apartado 4 representa un importante elemento de valor añadido en este Convenio y un gran paso adelante en la protección de los niños contra determinados actos de explotación y abuso sexual. La disposición elimina, en relación con los delitos más graves contemplados en el Convenio, la regla habitual de la doble incriminación, según la cual los actos deben ser delictivos en el lugar en que se cometen. Su objetivo es combatir el fenómeno del turismo sexual, que permite que las personas pueden viajar al extranjero para cometer actos que están tipificados como delitos en su país de nacionalidad. El apartado 4 permite que estos casos sean juzgados incluso cuando no estén tipificados como delito en el Estado en el que se cometió. Este apartado se aplica exclusivamente a los delitos definidos en los artículos 18 (abuso sexual), artículo 19 (delitos relativos a la prostitución infantil), artículo 20 apartado 1 a) (producción de pornografía infantil) y artículo 21 apartados 1 a) y b) (delitos relativos a la participación de niños en espectáculos pornográficos) y cometidos por nacionales del Estado Parte de que se trate.

172. En el apartado 5, los negociadores han querido introducir la posibilidad de que las Partes se reserven el derecho de limitar la aplicación del apartado 4 por lo que respecta a los delitos tipificados con arreglo al apartado 1 b), segundo y tercer incisos del artículo 18. Por consiguiente, la reserva solamente puede aplicarse en relación con situaciones en las que se abuse de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño, incluso dentro de su familia, o cuando se abuse de una situación de especial vulnerabilidad del niño. Se consideró que este tipo de delitos no suelen ser cometidos por “turistas sexuales”. Así pues, las Partes deben disponer de la posibilidad de limitar la aplicación del apartado 4 a los casos en que una persona tenga efectivamente su residencia habitual en el Estado de nacionalidad y haya viajado al país en el que se ha cometido el delito. Dichas reservas no deben aplicarse a los casos de personas que trabajan en el extranjero durante períodos de tiempo limitados, como las que participan en misiones humanitarias, maniobras militares u otras misiones similares.

173. El apartado 6 prohíbe que la iniciación de un proceso en el Estado de la nacionalidad o de la residencia habitual se supedite a las condiciones que se exigen habitualmente de una denuncia de la víctima o de una denuncia de las autoridades del Estado en el que se cometió el delito. En efecto, algunos Estados en los que se abusa o explota sexualmente a los niños no siempre disponen de la voluntad o de los recursos necesarios para llevar a cabo investigaciones. En esas condiciones, la exigencia de una denuncia oficial o de una denuncia de la víctima constituye a menudo un impedimento para la persecución penal. Este apartado atañe exclusivamente a los delitos expuestos en los artículos 18 (abuso sexual), 19 (delitos relativos a la prostitución infantil), 20, apartado 1 a) (producción de pornografía infantil) y 21 (delitos relativos a la participación de niños en espectáculos pornográficos).

174. El apartado 7 se refiere al principio *aut dedere aut judicare* (extraditar o juzgar). La competencia establecida sobre la base del apartado 6 es necesaria para garantizar que las Partes que se nieguen a extraditar a un nacional tengan la capacidad legal de emprender investigaciones y procedimientos en su país, si así lo pide la Parte que solicitó la extradición en virtud de las disposiciones de los instrumentos internacionales aplicables.

175. En ciertos casos de explotación o abuso sexual de niños, puede suceder que más de una Parte tenga competencia sobre algunos o todos los participantes en un delito. Por ejemplo, un niño puede ser reclutado para la prostitución en un país y después transportado y explotado en otro. A fin de evitar la duplicación de procedimientos y los inconvenientes innecesarios para los testigos o para facilitar de otro modo la eficiencia o la equidad de los procedimientos, las Partes afectadas deben consultarse a fin de determinar el lugar adecuado para el enjuiciamiento. En algunos casos será más eficaz que elijan un único lugar; en otros puede ser mejor que un país procese a algunos presuntos autores, mientras que uno o más países procesan a otros. Cualquiera de los dos métodos está permitido en virtud de este apartado. Por último, la obligación de consultar no es absoluta; la consulta debe tener lugar “en su caso”. Así pues, por ejemplo, si una de las Partes sabe que no es necesaria la consulta (por ejemplo, si ha recibido confirmación de que la otra Parte no tiene previsto adoptar medidas), o si una Parte considera que la consulta puede perjudicar su investigación o procedimiento, puede retrasar o rechazar dicha consulta.

176. Las bases de competencia establecidas en el apartado 1 no son excluyentes. El apartado 9 de este artículo permite a las Partes establecer otros tipos de competencia penal de conformidad con su derecho interno. Así pues, en materia de explotación y abuso sexual de niños, algunos Estados ejercen la competencia penal independientemente del lugar del delito o de la nacionalidad del autor.

### **Artículo 26 – Responsabilidad de las personas jurídicas**

177. El artículo 26 es coherente con la tendencia jurídica actual hacia el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas. La intención es hacer que las empresas comerciales, asociaciones y entidades jurídicas similares (“personas jurídicas”) sean responsables de las acciones delictivas cometidas en su nombre por cualquier persona que ocupe una posición de liderazgo en ellas. El artículo 26 también contempla la responsabilidad cuando alguien que ocupe un puesto directivo no supervisa ni controla a un empleado o agente de la persona jurídica, lo que le permite cometer cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio.

178. En virtud del apartado 1, para que se genere responsabilidad deben cumplirse cuatro condiciones: en primer lugar, debe haberse cometido uno de los delitos descritos en el Convenio; en segundo lugar, el delito debe haberse cometido en beneficio de la persona jurídica; en tercer lugar, debe haber sido cometido por una persona que ocupe un puesto directivo (incluida la complicidad y tentativa). El término “persona que ocupe un puesto directivo” se refiere a alguien que ocupa un puesto directivo en una organización, como un director; en cuarto lugar, la persona que ocupe un puesto directivo debe haber actuado en virtud de una de sus competencias (un poder de representación, o la facultad de tomar decisiones o de ejercer un control), lo que demuestra que actuó bajo su autoridad para incurrir en responsabilidad de la persona jurídica. En resumen, el apartado 1 exige que las Partes puedan imponer responsabilidad a las personas jurídicas únicamente por los delitos cometidos por personas que ocupen puestos directivos.

179. Además, el apartado 2 exige que las Partes puedan imponer responsabilidad a una persona jurídica cuando el delito no sea cometido por la persona principal descrita en el apartado 1, sino por otra persona que actúe bajo la autoridad de la persona jurídica, es decir, uno de sus empleados o agentes que actúen en el marco de sus competencias. Las condiciones que deben cumplirse para que pueda generarse responsabilidad son: 1) que el delito haya sido cometido por un empleado o agente de la persona jurídica; 2) que el delito haya sido cometido en beneficio de la persona jurídica; y 3) que la comisión del delito haya sido posible gracias a que la persona que ejerce un puesto directivo no supervisó al empleado o agente. En este contexto, la falta de supervisión debe interpretarse como que incluye el hecho de no adoptar medidas apropiadas y razonables para impedir que los empleados o agentes participen en actividades delictivas en nombre de la entidad. Tales medidas apropiadas y razonables podrían determinarse en función de diversos factores, como el tipo de empresa, su tamaño y las normas y buenas prácticas vigentes.

180. La responsabilidad en virtud de este artículo puede ser penal, civil o administrativa. Corresponderá a cada Parte establecer, de conformidad con sus principios jurídicos, cualquiera o todas estas formas de responsabilidad, siempre que se cumplan los requisitos del apartado 2 del artículo 27, a saber, que las sanciones o medidas sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias” e incluya sanciones pecuniarias.

181. El apartado 4 deja claro que la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la responsabilidad de las personas físicas. En un caso particular la responsabilidad puede establecer al mismo tiempo en varios niveles, por ejemplo, la responsabilidad de uno de los órganos de la persona jurídica, la responsabilidad de la persona jurídica en su conjunto y la responsabilidad individual en relación con una u otra.

### **Artículo 27 – Sanciones y medidas**

182. Este artículo está estrechamente vinculado con los artículos 18 a 23, que establecen los distintos delitos que deben ser sancionados penalmente. Con arreglo a las obligaciones impuestas por esos artículos, el artículo 27 exige a las Partes que adapten sus medidas a la gravedad de los delitos y establezcan sanciones penales que sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. En el caso de que una persona física cometa el delito, las Partes deben prever penas privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición. Cabe destacar que, en virtud del artículo 2 del Convenio Europeo de Extradición (ETS No. 24), darán lugar a la extradición aquellos hechos que las Leyes de la Parte requirente y de la Parte requerida castiguen bien con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de un año por lo menos, bien con pena más severa.

183. Las personas jurídicas cuya responsabilidad se determina en virtud del artículo 26 también estarán sujetas a sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, que podrán ser de carácter penal, administrativo o civil. El apartado 2 exige que las Partes prevean la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias a las personas jurídicas.

184. Además, el apartado 2 prevé otras medidas que pueden adoptarse respecto de las personas jurídicas, y se dan ejemplos concretos: exclusión del derecho a ventajas o ayudas de carácter público; inhabilitación temporal o definitiva para ejercer actividades comerciales; sujeción a supervisión judicial; liquidación judicial. La lista de medidas no es obligatoria ni exhaustiva y las Partes tienen libertad para prever otras medidas.

185. El apartado 3 exige que las Partes garanticen que puedan adoptarse medidas relativas al embargo y decomiso de determinados documentos, bienes y productos derivados de delitos. Este apartado debe interpretarse a la luz del Convenio sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito (ETS No. 141), que se basa en la idea de que el decomiso de los productos del delito constituye un arma eficaz contra el delito. Dado que algunos de los delitos relacionados con la explotación sexual de los niños, en particular la prostitución infantil, se llevan a cabo a menudo con fines lucrativos, es evidente que también en este ámbito se necesitan medidas que priven a los autores de los bienes vinculados con el delito o resultantes de él.

186. El Convenio no recoge definiciones de los términos “decomiso”, “instrumentos”, “producto” y “bienes”. No obstante, el artículo 1 del Convenio sobre el blanqueo de dinero ofrece definiciones de estos términos que pueden utilizarse a los efectos del presente Convenio. Por “decomiso” se entiende una pena o medida ordenada por un tribunal tras un proceso en relación con uno o varios delitos penales, que tiene como resultado la privación definitiva de bienes. El término “instrumentos” abarca toda la gama de cosas que pueden utilizarse, o que se pretende utilizar, de cualquier manera, total o parcialmente, para cometer delitos penales. Por “producto” se entiende cualquier ventaja económica o ahorro financiero obtenido a partir de un delito penal. Puede consistir en cualquier “bien” (véase la interpretación de ese término más adelante). La redacción del apartado tiene en cuenta que puede haber diferencias en las leyes nacionales en cuanto al tipo de bienes que pueden confiscarse después de un delito. Puede ser posible decomisar artículos que sean productos (directos) del delito u otros bienes del delincuente que, aunque no hayan sido adquiridos directamente a

través del delito, tengan un valor equivalente al de sus productos directos (“activos sustitutos”). Por consiguiente, en este contexto, el término “bienes” debe interpretarse como cualquier bien, material o inmaterial, mueble o inmueble, y los documentos o instrumentos legales que acrediten el título o el interés en dichos bienes. Cabe señalar que las Partes no están obligadas a prever el decomiso penal de los bienes sustitutos, ya que las palabras “o para denegar al autor” permiten el decomiso “civil”.

187. El apartado 3 b) del artículo 27 prevé el cierre de cualquier establecimiento utilizado para cometer uno de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio. Esta medida es idéntica al artículo 23, apartado 4, del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Alternativamente, la disposición también permite denegar al autor, con carácter temporal o definitivo, el ejercicio de la actividad profesional o benéfica que conlleve el contacto con niños y con ocasión de la cual se haya cometido el delito.

188. El Convenio recoge medidas de este tipo a fin de combatir los establecimientos que puedan utilizarse como tapadera para la explotación o el abuso sexual de los niños, como las agencias matrimoniales, las agencias de colocación, las agencias de viajes, los hoteles o los servicios de acompañantes. Las medidas también tienen por objeto reducir el riesgo de que haya más víctimas cerrando los locales en los que se sabe que se ha reclutado o explotado a las víctimas (como cabarets, bares, hoteles o restaurantes) y prohibiendo a las personas que realicen actividades de las que han podido servirse para cometer actos de explotación o abuso sexual de los niños.

189. Esta disposición no obliga a las Partes a prever como sanción penal el cierre de establecimientos o la prohibición de actividades que conlleven contactos con niños. Las Partes pueden, por ejemplo, emplear medidas de cierre administrativo o la prohibición de actividades que conlleven contactos con niños. Por “establecimiento” se entiende el lugar en el que se produzca cualquier aspecto de la explotación o el abuso sexual de los niños. La disposición se aplica a quien tenga la titularidad del establecimiento, ya sea una persona jurídica o una persona física.

190. A fin de evitar penalizar a las personas que no están implicadas en la explotación o el abuso sexual de los niños (por ejemplo, el propietario de un establecimiento en el que se han llevado a cabo actos de explotación o abuso sexual sin su conocimiento), la disposición específica que el cierre de establecimientos se hará “sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”.

191. El Convenio prevé también la posibilidad de que las Partes adopten otras medidas en relación con los autores, como la retirada de la patria potestad. Esta medida podría adoptarse, por ejemplo, en relación con una persona que haya sido alejada del entorno familiar como medida de asistencia a la víctima en virtud del apartado 3 del artículo 14.

192. Podrían analizarse otras medidas destinadas a hacer posible el seguimiento y la supervisión de los autores de delitos condenados, por ejemplo, a fin de facilitar la evaluación del riesgo de reincidencia o de garantizar la eficacia de los programas y medidas de intervención. Entre esas medidas podrían figurar la supervisión de las personas condenadas, las personas sujetas a penas condicionales o a libertad condicional, así como las personas que hayan cumplido sus condenas.

193. El apartado 5 sugiere que las Partes podrían destinar el producto del delito o los bienes decomisados a un fondo especial destinado a financiar programas de prevención y asistencia a las víctimas de cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio. Esta disposición podría vincularse con la del apartado 4 del artículo 9, que alienta la financiación de proyectos y programas llevados a cabo por la sociedad civil destinados a prevenir y proteger a los niños de la explotación y el abuso sexual.

## Artículo 28 – Circunstancias agravantes

194. El artículo 28 exige que las Partes garanticen que determinadas circunstancias (mencionadas en los subapartados a) a g) puedan ser tenidas en cuenta como circunstancias agravantes en la determinación de las penas relativas a los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio. Esas circunstancias no deben ser ya elementos constitutivos del delito. Este principio se aplica a los casos en que las circunstancias agravantes ya son elementos constitutivos del delito en la legislación nacional del Estado Parte. Por ejemplo, la circunstancia agravante mencionada en el apartado c) no puede invocarse en relación con el delito de abuso sexual de un niño cuando se cometa contra una víctima especialmente vulnerable, de conformidad con el apartado 1 b) del artículo 18, ya que abusar de una situación de especial vulnerabilidad del niño es un elemento constitutivo del propio delito.

195. Mediante el uso de la frase “puedan ser tenidas en cuenta”, los negociadores destacan que el Convenio impone a las Partes la obligación de garantizar que los jueces tengan en cuenta estas circunstancias agravantes al dictar sentencia, aunque no existe obligación de que los jueces las apliquen. La expresión “de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho interno” pretende reflejar el hecho de que los diversos sistemas jurídicos de Europa disponen de diferentes enfoques sobre las circunstancias agravantes y permite a las Partes ceñirse a algunos de sus conceptos jurídicos fundamentales.

196. La primera de las circunstancias agravantes es que el delito haya lesionado gravemente la salud física o mental de la víctima. Algunos de los delitos contemplados en el presente Convenio pueden no entrañar daño “físico” alguno para un niño, como la corrupción de un niño con fines sexuales o la proposición a un niño con fines sexuales, pero el impacto psicológico puede tener consecuencias profundas y duraderas. Además, por ejemplo, la infección por VIH como resultado del delito debe considerarse como un daño grave a la salud física o mental de la víctima.

197. La segunda circunstancia agravante es cuando el delito haya estado precedido o acompañado de actos de tortura o violencia grave. El artículo 3 del CEDH consagra el derecho de todas las personas a no ser sometidas a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. En el caso de *Irlanda c. Reino Unido* (1978), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos definió la tortura como “trato inhumano deliberado que causa sufrimientos muy graves y crueles”. El trato o pena inhumanos se describe como “la imposición de intensos sufrimientos físicos y mentales”. Por tanto, en este apartado se entiende por tortura tanto la angustia física como mental sufrida por la víctima antes o durante la comisión del delito. En un niño muy pequeño, por ejemplo, ciertos actos que implican raptos y secuestro pueden causar un sufrimiento físico y mental intenso.

198. La tercera circunstancia agravante se produce cuando el delito se comete contra una víctima especialmente vulnerable. Entre los ejemplos de vulnerabilidad se incluyen los casos en que el niño tiene una discapacidad física o mental o una discapacidad social; los niños sin cuidado parental, como los niños de la calle o los menores extranjeros no acompañados; los niños de muy corta edad; los niños en estado de intoxicación debido a la influencia de drogas o alcohol.

199. La cuarta circunstancia agravante se prevé en los casos en que el delito ha sido cometido por un miembro de la familia, una persona que convive con el niño o una persona que haya abusado de su autoridad. Esto abarcaría diversas situaciones en las que el delito ha sido cometido por un padre u otro miembro de la familia del niño, incluida la familia extensa, o cualquier persona *in loco parentis*, como una niñera u otro proveedor de cuidados. Por persona que convive con el niño se entiende a la pareja del padre o madre del niño u otras personas que viven en el mismo hogar que el niño. Una persona que abuse de su autoridad se refiere a cualquier persona que esté en una posición de superioridad sobre el niño, incluyendo, por ejemplo, un maestro, un empleador, un hermano, una hermana u otro niño mayor.

200. La quinta circunstancia agravante es cuando el delito es cometido por varias personas que actúan juntas. Esto indica un acto colectivo cometido por más de una persona.

201. La sexta circunstancia agravante es cuando el delito se ha cometido en el marco de una organización delictiva. El Convenio no define “organización delictiva”. No obstante, al aplicar esta disposición, las Partes pueden basarse en otros instrumentos internacionales que definen el concepto. Por ejemplo, en virtud del artículo 2(a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional por “grupo delictivo organizado” se entenderá “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. La Recomendación Rec(2001)11 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios rectores de la lucha contra la delincuencia organizada y la Acción Común del 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo de la Unión Europea sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la tipificación como delito la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, ofrecen definiciones muy similares de “grupo delictivo organizado” y “organización delictiva”.

202. La séptima circunstancia agravante es que el autor haya sido condenado anteriormente por delitos de la misma naturaleza. Al incluir esta circunstancia, los negociadores llaman la atención sobre el riesgo particular de reincidencia que corren quienes cometen delitos sexuales contra niños.

#### **Artículo 29 – Condenas anteriores**

203. La explotación o el abuso sexual de niños se llevan a cabo a veces a nivel transnacional por organizaciones delictivas o por personas individuales que han sido juzgadas y condenadas en más de un país. A nivel nacional, muchos sistemas jurídicos prevén una pena diferente, a menudo más severa, para quienes cuentan con condenas anteriores. En general, solamente la condena por un tribunal nacional cuenta como condena anterior. Tradicionalmente, las condenas anteriores por tribunales extranjeros no se tenían en cuenta debido a que el derecho penal es una cuestión nacional y puede haber diferencias entre las leyes nacionales, y debido a un cierto grado de desconfianza respecto de las decisiones de tribunales extranjeros.

204. Estos argumentos poseen menos fuerza hoy en día, ya que la internacionalización de las normas penales –como consecuencia de la internacionalización de la criminalidad– tiende a armonizar las diferentes legislaciones. Además, en varias décadas, los países se han dotado de instrumentos como el CEDH, cuya aplicación ha contribuido a generar una base sólida de garantías comunes que inspiran una mayor confianza en los sistemas de justicia de todos los Estados participantes.

205. El principio de reincidencia internacional está establecido en varios instrumentos jurídicos internacionales. Por ejemplo, en virtud del artículo 36(2)(iii) de la Convención de Nueva York de 30 de marzo de 1961 sobre Estupefacientes, las condenas pronunciadas en el extranjero deben tenerse en cuenta a los efectos de determinar la reincidencia, con sujeción a las disposiciones constitucionales, el sistema jurídico y la legislación nacional de cada Parte. En virtud del artículo 1 de la Decisión marco del Consejo, de 6 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Decisión marco 2000/383/JAI, destinada a reforzar la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, los Estados miembros de la Unión Europea deben reconocer como generadoras de reincidencia las condenas firmes dictadas en otro Estado miembro por falsificación de moneda.

206. No obstante, a nivel internacional no existe un concepto estándar de reincidencia y la legislación de algunos países ni siquiera lo recoge. El hecho de que las condenas extranjeras no siempre se pongan en conocimiento de los tribunales a efectos de la imposición de la pena constituye una dificultad práctica adicional. Sin embargo, el artículo 3 del proyecto de Decisión marco del Consejo sobre la consideración de las condenas dictadas en los Estados miembros de la Unión Europea en el marco de nuevos procesos penales, que se acordó políticamente el 4 de diciembre de 2006, estableció en primer lugar de forma general –sin limitarse a delitos concretos– la obligación de tener en cuenta una condena previa dictada en otro Estado (miembro).

207. Por consiguiente, el artículo 29 prevé la posibilidad de tener en cuenta las condenas firmes dictadas por otra Parte al determinar una sentencia. Para cumplir con esta disposición, las Partes pueden estipular en su derecho interno que las condenas anteriores dictadas por tribunales extranjeros den lugar a una pena más severa. Asimismo, pueden disponer que, en virtud de sus poderes generales para evaluar las circunstancias de la persona al determinar la sentencia, los tribunales tengan en cuenta dichas condenas. Esta posibilidad también debe incluir el principio de que el delincuente no debe ser tratado de una manera menos favorable que en el caso de que la condena anterior hubiera sido dictada por una jurisdicción nacional.

208. Esta disposición no impone ninguna obligación positiva a los tribunales o a los servicios de la fiscalía de adoptar medidas para averiguar si las personas procesadas han recibido sentencias firmes dictadas por tribunales de otra Parte. No obstante, cabe señalar que, en virtud del artículo 13 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (ETS No. 30), las autoridades judiciales de una Parte podrán solicitar a otra Parte los extractos o información relativa a antecedentes penales que sean necesarios en una causa penal.

## **Capítulo VII – Investigación, enjuiciamiento y derecho procesal**

209. En este capítulo, dedicado a los aspectos relativos a las fases de investigación y enjuiciamiento de los actos de explotación y abuso sexual de niños, los negociadores han querido subrayar la importancia vital de garantizar que los procedimientos tengan debidamente en cuenta la particular vulnerabilidad de los niños que se enfrentan a dichos procedimientos como víctimas o testigos (véase el apartado 10 mencionado anteriormente).

210. Se han identificado varias cuestiones que aportan un valor añadido en relación con:

- a. la adopción de medidas específicas de investigación y de actuaciones penales que garanticen que se tengan en cuenta las necesidades del niño (por ejemplo, en el ámbito de la protección de la vida privada y de las audiencias con niños);
- b. los plazos de prescripción de determinados delitos tipificados con arreglo al presente Convenio (confirmación del principio según el cual el plazo de prescripción debe prolongarse más allá de la mayoría de edad del niño);
- c. la formación del personal encargado de los procedimientos judiciales (especialización de los servicios o personas encargadas de las investigaciones y de los procedimientos en materia de explotación y abuso sexual de niños);
- d. la protección de los niños, asegurándose de que estén protegidos del riesgo de represalia o nueva victimización.

## **Artículo 30 – Principios**

211. Los instrumentos jurídicos internacionales existentes en materia de protección de los niños solamente ofrecen una indicación de la necesidad de un procedimiento judicial especial adaptado a los niños víctimas. La Recomendación Rec (2001) 16, que es sin duda el instrumento más detallado de este tipo, recuerda en particular la necesidad de salvaguardar los derechos de los niños víctimas sin violar los derechos de los sospechosos, la necesidad de respetar su vida privada y de prever condiciones especiales para las audiencias con los niños. El Protocolo Facultativo del Convenio sobre los Derechos del Niño, que trata exclusivamente de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, prevé en su artículo 8 el reconocimiento de la vulnerabilidad de los niños víctimas, la adaptación de los procedimientos a sus necesidades especiales, su derecho a ser informados de la evolución de los procedimientos y a estar representados cuando sus intereses estén en juego, la protección de su vida privada y, por último, la protección contra la intimidación y las represalias. En la Resolución 1307 (2002), la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa pide a los Estados miembros que presten una atención prioritaria a los derechos de los niños víctimas que no puedan expresar sus opiniones.

212. Más allá de estos objetivos, la definición y aplicación de normas de procedimiento adaptadas a los niños víctimas se deja al criterio y a la iniciativa de cada Estado. Análisis recientes, incluido REACT, ponen de relieve las diferencias y discrepancias en la materia.

213. Los negociadores han considerado que se deben adoptar una serie de disposiciones para aplicar un procedimiento adaptado a los niños y que proteja a los niños víctimas en los procesos penales. No obstante, el apartado 4 subraya que estas medidas no deben menoscabar los derechos de defensa ni los principios de un proceso justo recogidos en el artículo 6 del CEDH.

214. La cuestión central tiene que ver con el testimonio del niño, que constituye un importante reto en los procedimientos de numerosos Estados, como lo atestiguan una serie de casos que han recibido una intensa cobertura mediática y los cambios que han experimentado los sistemas de procedimiento penal en las últimas décadas. En este contexto, ha adquirido una importancia urgente que los Estados adopten normas procesales que garanticen y salvaguarden el testimonio de los niños.

215. Por ello, los apartados 1 y 2 establecen dos principios generales en el sentido de que las investigaciones y actuaciones penales relativas a actos de explotación y abuso sexual de niños se lleven a cabo en el interés superior del niño y dentro del respeto de sus derechos y deben tener como objetivo evitar que se agrave el trauma que ya ha sufrido.

216. El apartado 3 reconoce el principio en virtud del cual las investigaciones y los procedimientos deben tratarse de manera prioritaria y sin demoras injustificadas, ya que la duración excesiva de los procedimientos puede ser entendida por el niño víctima como una negación de su testimonio o una negativa a ser escuchado y podría agravar el trauma que ya ha sufrido. Los negociadores han querido destacar que esta disposición refleja el principio establecido en el artículo 6 del CEDH, que establece que “toda persona tiene derecho a una vista pública (...) dentro de un plazo razonable” y que en los procedimientos que involucran a niños este principio debe aplicarse con especial cuidado. Esto es especialmente cierto cuando se han tomado medidas que implican el alejamiento del presunto autor o de la víctima de su familia.

217. El primer inciso del apartado 5 establece que las Partes deben adoptar las medidas legislativas o de otra índole necesarias para garantizar la investigación y enjuiciamiento efectivos de los delitos tipificados con arreglo al Convenio. Se trata de una obligación general que se aplica a todos los delitos establecidos en el Convenio. Corresponde a las Partes decidir los métodos de investigación que se han de utilizar. No obstante, los Estados deben permitir, en su caso y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho nacional, la posibilidad de investigaciones secretas. Corresponde a las Partes decidir cuándo y en qué circunstancias se permitirán esos métodos de investigación, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el principio de proporcionalidad de las normas de prueba en relación con la naturaleza y gravedad de los delitos objeto de investigación.

218. El segundo inciso insta a las Partes a desarrollar técnicas para examinar el material que contenga imágenes pornográficas a fin de facilitar la identificación de las víctimas. Es esencial que se utilicen todos los medios posibles para facilitar su identificación, en particular en el contexto de la cooperación entre Estados, como se prevé adicionalmente en el apartado 1 del artículo 38.

### **Artículo 31 – Medidas generales de protección**

219. Este artículo recoge una lista no exhaustiva de procedimientos adaptados a los niños concebidos para protegerlos durante los procedimientos.

220. Estas medidas generales de protección se aplican en todas las fases del procedimiento, tanto durante las investigaciones (ya sean llevadas a cabo por un cuerpo policial o una autoridad judicial) como durante las actuaciones penales.

221. En primer lugar, el artículo establece el derecho de los niños (y de sus familias o representantes legales) a ser informados del desarrollo de la investigación o del procedimiento en el que participan como víctimas. A este respecto, la disposición establece que las víctimas deben ser informadas de sus derechos y de los servicios a su disposición y, a menos que no deseen recibir dicha información, del seguimiento dado a su denuncia, de los cargos de acusación, del desarrollo general de la investigación o del procedimiento y de su papel en el mismo, así como de la resolución dictada. Los negociadores han destacado la importancia de la obligación de informar a los niños y a sus familias cuando una persona procesada o condenada por delitos sexuales cometidos contra el niño en cuestión es puesta en libertad, al menos cuando ello parezca necesario (por ejemplo, en los casos en que exista riesgo de represalias o intimidación o cuando, debido a que la víctima y el agresor viven cerca, puedan encontrarse accidentalmente cara a cara). Esta información debe facilitarse “de una manera adaptada” a la edad del niño.

222. La disposición enumera a continuación una serie de normas de procedimiento destinadas a aplicar los principios generales enunciados en el artículo 31: la posibilidad de que las víctimas sean oídas, de aportar elementos de prueba, de que se proteja su vida privada, en particular su identidad y su imagen, y de que se las proteja contra todo riesgo de represalias o nueva victimización. Los negociadores han querido subrayar que la protección de la identidad, la imagen y la vida privada de la víctima se extiende al riesgo de divulgación “pública” y que estas exigencias no deben impedir que esta información se revele en el marco del propio procedimiento, con el fin de respetar los principios de audiencia y los derechos inherentes a la defensa durante un proceso penal.

223. El subapartado g) del apartado 1, tiene por objeto proteger a los niños víctimas de explotación o abuso sexual, en particular evitando que sufran un nuevo trauma a causa del contacto, en las dependencias judiciales o de las fuerzas del orden, con el presunto autor del delito. Esta disposición se aplica a todas las fases del proceso penal (incluida la investigación), con algunas excepciones: los servicios de investigación y la autoridad judicial deben poder dispensar de esta exigencia en beneficio del interés superior del niño (por ejemplo, cuando desee participar en la audiencia) o cuando el contacto entre el niño y el presunto autor sea necesario o útil para garantizar el desarrollo satisfactorio del proceso (por ejemplo, cuando resulte necesario un careo).

224. El apartado 2 se refiere también a los procedimientos administrativos, puesto que en algunos Estados los procedimientos de indemnización de las víctimas son de este tipo. De manera más general, también hay situaciones en las que las medidas de protección, incluso en el marco de un proceso penal, pueden delegarse en las autoridades administrativas.

225. El apartado 3 prevé el acceso, gratuito y cuando esté justificado, a la asistencia letrada para las víctimas de explotación y abuso sexual. Los negociadores han querido tener en cuenta las condiciones a las que está sujeta la concesión de asistencia letrada en el derecho nacional de las Partes, ya que estas varían considerablemente de un país a otro. Los procedimientos judiciales y administrativos suelen resultar muy complejos y, por consiguiente, las víctimas necesitan la asistencia de un abogado para poder hacer valer sus derechos de manera satisfactoria. Esta disposición no otorga a las víctimas un derecho automático a la asistencia jurídica gratuita. Las condiciones en las que se concede dicha asistencia deben ser determinadas por cada Parte en el Convenio cuando la víctima tiene derecho a ser parte en el proceso penal.

226. Además del apartado 3 del artículo 31 las Partes deben tener en cuenta el artículo 6 del CEDH. Si bien el apartado 3 c) del artículo 6 del CEDH prevé la asistencia gratuita de un abogado de oficio únicamente en el caso de personas acusadas de delitos penales, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia *Airey c. Irlanda*, 9 de octubre de 1979) reconoce también, en determinadas circunstancias, el derecho a la asistencia gratuita de un abogado de oficio en los procedimientos civiles, de conformidad con el apartado 1 del artículo 6 del CEDH, que se interpreta en el sentido de que consagra el derecho de acceso a un tribunal a efectos de obtener una decisión sobre derechos y obligaciones civiles (sentencia *Golder c. Reino Unido*, 21 de febrero de 1975). El Tribunal consideró que el acceso efectivo a un tribunal podía requerir la asistencia gratuita de un abogado. Por ejemplo, el

Tribunal consideró que resultaba necesario comprobar si sería eficaz para la persona en cuestión comparecer ante el tribunal sin la asistencia de un abogado, es decir, si podría defender su caso de manera adecuada y satisfactoria. Para ello, el Tribunal tuvo en cuenta la complejidad del proceso y el carácter pasional de una situación –lo que puede ser poco compatible con el grado de objetividad necesario para defenderse ante un tribunal–, a fin de determinar si la persona en cuestión estaba en condiciones de defender su causa de manera eficaz y consideró que, en caso contrario, debía poder obtener asistencia gratuita de un abogado designado de oficio. Así pues, incluso en ausencia de una legislación que permita el acceso a un abogado designado de oficio en los procesos civiles, corresponde al tribunal apreciar si, en interés de la justicia, debe proporcionarse asistencia jurídica a una persona sin recursos que no puede pagar los honorarios de un abogado.

227. El apartado 4 prevé la situación de los casos de abuso sexual en el seno de la familia en los que los titulares de la responsabilidad parental, aunque sean responsables de la defensa de los intereses del niño, estén implicados de algún modo en el proceso del que este sea víctima (“conflicto de intereses”). En tales casos, esta disposición permite que el niño esté representado en el proceso judicial por un representante especial, designado por las autoridades judiciales. Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando los titulares de la responsabilidad parental sean los autores o coautores del delito, o cuando la naturaleza de su relación con el autor sea tal que no se pueda esperar que defiendan los intereses del niño víctima con imparcialidad.

228. El apartado 5 prevé la posibilidad de que diversas organizaciones apoyen a las víctimas. La referencia a las condiciones establecidas por el derecho interno pone de relieve que corresponde a los Estados prever la asistencia o el apoyo, pero que son libres de hacerlo de conformidad con las normas establecidas en sus sistemas nacionales, por ejemplo, exigiendo la certificación o la aprobación de las organizaciones, fundaciones, asociaciones y otros organismos interesados.

229. El apartado 6 de este artículo se refiere a los documentos escritos o de otra índole que deben estar disponibles en las lenguas más utilizadas en el país.

### **Artículo 32 – Iniciación del procedimiento**

230. El artículo 32 tiene por objeto permitir a las autoridades públicas enjuiciar los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio sin que la víctima tenga que presentar una denuncia. El propósito de esta disposición es facilitar el enjuiciamiento penal, en particular garantizando que las víctimas se retracten de su denuncia debido a presiones o amenazas de los autores de los delitos.

### **Artículo 33 – Prescripción**

231. Esta disposición se considera un elemento esencial de valor añadido en el Convenio. Establece que el plazo de prescripción se prolongará durante un período de tiempo suficiente a fin de permitir que se inicien efectivamente las actuaciones judiciales una vez que el niño haya alcanzado la mayoría de edad. En efecto, se reconoce que muchos niños víctimas de abusos sexuales no pueden, por diversas razones, denunciar los delitos cometidos contra ellos antes de alcanzar la mayoría de edad. La expresión "duración suficiente para permitir el inicio efectivo de dichas actuaciones después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad" significa, en primer lugar, que el niño debe tener tiempo suficiente para presentar una denuncia y, en segundo lugar, que las autoridades judiciales deben estar en condiciones de iniciar acciones penales por los delitos en cuestión.

232. No obstante, a fin de cumplir con los requisitos de proporcionalidad que se aplican a los procedimientos penales, los negociadores han limitado la aplicación de este principio a los delitos tipificados con arreglo a los artículos 18, 19, apartados 1 a) y b), y 21, apartados 1 a) y b), respecto de los cuales está justificado ampliar el plazo de prescripción.

### **Artículo 34 – Investigaciones**

233. El artículo 34 establece el principio de que los profesionales encargados de los procedimientos penales relativos a la explotación o el abuso sexual de los niños deben recibir formación en esta materia.

234. Teniendo en cuenta las funciones de los distintos organismos encargados de investigar la explotación y el abuso sexual de los niños (policía, fiscalía, protección de la infancia y servicios de salud), las Partes podrían crear servicios interdisciplinarios para llevar a cabo investigaciones, con el objetivo de mejorar la competencia profesional y evitar la revictimización de la víctima por procedimientos repetitivos. Por ejemplo, podrían crearse servicios globales y multiinstitucionales adaptados a los niños y destinados a las víctimas bajo un mismo techo (a menudo denominados “Casas de los niños”).

235. A fin de tener en cuenta la diversidad de los Estados, los recursos disponibles y los sistemas de organización de los servicios responsables de las investigaciones, los negociadores han querido que esta disposición fuera muy flexible, con el objetivo de que fuera posible movilizar personal o servicios especializados para las investigaciones sobre la explotación y el abuso sexual de los niños. Así pues, el artículo 34 prevé unidades, servicios o, simplemente, personas especializadas, por ejemplo, cuando el tamaño del Estado en cuestión es tal que no es necesario crear un servicio especial.

### **Artículo 35 – Entrevistas al niño**

236. Esta disposición se refiere a las entrevistas al niño tanto durante las investigaciones como durante las actuaciones judiciales. Durante las investigaciones, se aplica independientemente del tipo de autoridad (policía o autoridad judicial) que realice la entrevista. El objetivo principal de la disposición es el mismo que el descrito de forma más general en relación con el artículo 30: salvaguardar los intereses del niño y garantizar que las entrevistas no le causen más traumas. A tal efecto, como se prevé en el apartado 3, debe ser posible aplicar las medidas en cuestión cuando existan dudas en cuanto a la edad de la víctima y no pueda establecerse con certeza que es menor de edad.

237. A fin de alcanzar estos objetivos, el artículo 35 establece un conjunto de normas destinadas a limitar el número de entrevistas sucesivas al niño, que le obligan a revivir los acontecimientos que ha sufrido, y permitir que sea entrevistado por las mismas personas, formadas a tal efecto, en lugares adaptados y un contexto tranquilizador, en particular acompañado por su representante legal o, en su caso, por un adulto de su elección.

238. El apartado 2 prevé que las entrevistas a la víctima o, en su caso, a un niño testigo de los hechos, puedan ser grabadas en vídeo como medio de prueba durante el procedimiento penal. El objetivo principal de esta disposición es proteger a los niños contra el riesgo de sufrir nuevos traumas. La entrevista grabada en vídeo puede tener múltiples finalidades, entre ellas el reconocimiento médico y los servicios terapéuticos, lo que facilita el objetivo de limitar el número de entrevistas en la medida de lo posible. Refleja prácticas desarrolladas con éxito en los últimos años en numerosos países.

239. Los negociadores han convenido, no obstante, en que la aplicación de las disposiciones de este artículo requería un cierto grado de flexibilidad para tener en cuenta la edad del niño, la disponibilidad de personal especializado, las exigencias relativas a los procedimientos penales y todo tipo de necesidades relacionadas con la eficacia de la investigación. Esta flexibilidad se refleja en el uso de expresiones como “en su caso”, “en la medida de lo posible”, “siempre que sea apropiado” y “en su caso”. Al mismo tiempo, los negociadores han acordado que las autoridades competentes deben poder negarse a permitir la presencia del representante legal o un adulto de la elección del niño cuando las circunstancias del caso sean tales que haya motivos para creer que la presencia de la persona en cuestión es indeseable, por ejemplo, porque esa persona ha estado involucrada en el delito o existe un conflicto entre sus intereses y los del niño.

### **Artículo 36 – Procedimiento penal**

240. Este artículo contempla disposiciones específicas para los procedimientos judiciales penales.

241. El apartado 1, que evoca el apartado 1 del artículo 34, establece el principio según el cual las personas que intervienen en el procedimiento judicial (en particular, jueces, fiscales y abogados) deben poder recibir la formación apropiada en materia de los derechos del niño y explotación y el abuso sexual de los niños. Las obligaciones de las Partes a este respecto deben tener en cuenta, naturalmente, las exigencias derivadas de la independencia de las profesiones judiciales y de la autonomía de que gozan en lo que respecta a la organización de la formación de sus miembros. Por ello, el apartado 1 no exige que se imparta formación, sino que establece que debe estar a disposición de los profesionales que deseen recibirla.

242. El apartado 2 recoge disposiciones que adaptan determinados principios que rigen el procedimiento penal con el fin de proteger a los niños y facilitar su entrevista. Estos principios se refieren a la presencia del público y a las modalidades de representación de ambas partes. Así pues, el subapartado a) permite al juez ordenar que la audiencia se celebre a puerta cerrada, y el subapartado b) permite escuchar al niño sin estar necesariamente confrontado a la presencia física del presunto autor, en particular mediante el uso de videoconferencia.

### **Capítulo VIII – Registro y almacenamiento de datos**

#### **Artículo 37 – Registro y almacenamiento de datos nacionales sobre los delincuentes sexuales convictos**

243. El objetivo de los negociadores era garantizar que determinados datos sobre los autores de los delitos recogidos en el Convenio se registraran y almacenaran con fines de prevención y enjuiciamiento de esos delitos. Esta obligación se aplica únicamente a los datos relativos a la identidad y al perfil genético (código numérico del ADN) de las personas condenadas y no a la muestra en sí, que ha demostrado ser extremadamente útil en las investigaciones penales para la identificación de los autores reincidentes de delitos. Los datos que revelan la preferencia sexual, los datos médicos y los datos relativos a condenas anteriores se consideran, en virtud del artículo 6 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (ETS No. 108), datos de carácter sensible que requieren una protección especial.

244. Los negociadores han convenido que el Convenio debe dejar a las Partes la mayor flexibilidad posible para decidir las modalidades de aplicación de esta obligación.

245. El artículo 37 no impone el establecimiento de una “base de datos”, y menos aún de una base de datos única. Por consiguiente, los datos de que se trate y el historial de las personas afectadas pueden perfectamente incluirse en bases de datos separadas. Esto significa que también es posible que exista información sobre delincuentes sexuales en bases de datos que no contengan necesariamente solo información sobre dichos delincuentes.

246. El apartado 1 de esta disposición establece que los datos sobre las personas condenadas por los delitos previstos en el Convenio deben registrarse y almacenarse “de conformidad con las disposiciones aplicables sobre protección de datos de carácter personal y otras normas y garantías apropiadas que el derecho interno prevea” en cada Estado. En lo que respecta al primer aspecto, debe hacerse referencia al Convenio ETS No. 108.

247. El artículo 5 estipula específicamente que “los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado: a) se obtendrán y tratarán leal y legítimamente; b) se registrarán para finalidades determinadas y legítimas, y no se utilizarán de una forma incompatible con dichas finalidades; c) serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado; d) serán exactos y si fuera necesario puestos al día; e) se conservarán bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un periodo de tiempo que no exceda del necesario para las

finalidades para las cuales se hayan registrado”. El informe explicativo señala que “las diferentes disposiciones de este artículo tienen por objeto el cumplimiento de dos normas jurídicas fundamentales. Por una parte, la información debe ser correcta, pertinente y no excesiva en relación con su finalidad. Por otra parte, su uso (recogida, almacenamiento, difusión) debe ser igualmente correcto”. Además, “la referencia a los “fines” en los subapartados b) y c) indica que no debe permitirse el almacenamiento de datos con fines no determinados. La forma en que se especifica el fin legítimo puede variar de acuerdo con la legislación nacional”. Por último, “la exigencia recogida en el subapartado e) relativa a los plazos de almacenamiento de los datos en su forma nominativa no significa que los datos deban separarse irrevocablemente, después de un tiempo, del nombre de la persona a la que se refieren, sino únicamente que no debe ser posible vincular fácilmente los datos con los identificadores”.

248. En materia de seguridad de los datos, el informe explicativo del Convenio ETS No. 108 especifica que “deberán tomar medidas de seguridad específicas, tanto de naturaleza técnica como organizacional, para cada tratamiento, tomando en cuenta el grado de vulnerabilidad de la arquitectura técnica utilizada para el tratamiento, la necesidad de restringir el acceso a los datos, los requisitos relacionados con el almacenamiento a largo plazo, etc. Las medidas de seguridad deben ser apropiadas, es decir, adaptadas a la función específica del fichero y a los riesgos que entraña. Las medidas de seguridad deberán tomar en cuenta el estado actual de la técnica en los métodos y las técnicas de seguridad de datos en el campo del tratamiento de datos”.

249. La referencia a “normas y garantías apropiadas que el derecho interno prevea” de cada Estado tiene en cuenta las diferentes reglamentaciones nacionales sobre recogida y conservación de datos de carácter personal. Contemplan, por ejemplo, criterios precisos para la identificación de “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sea competente, de conformidad con el derecho nacional, para decidir cuál debe ser el fin del fichero automatizado de datos, qué categorías de datos personales deben conservarse y qué operaciones deben aplicarse a ellos” (artículo 2 del Convenio ETS 108).

250. Dado que los delincuentes sexuales pueden ser en ocasiones itinerantes y haber cometido delitos en varios Estados, parece esencial que los Estados puedan intercambiar datos sobre su identidad y perfil genético. El apartado 3 establece el requisito de que las Partes adopten mecanismos que permitan transmitir datos pertinentes a otras Partes de conformidad con las normas aplicables a la transferencia internacional de datos personales a los efectos de la prevención y el enjuiciamiento de los delitos.

## **Capítulo IX – Cooperación internacional**

251. El capítulo IX establece las disposiciones sobre cooperación internacional entre las Partes en el Convenio. Las disposiciones no se limitan a la cooperación judicial en materia penal, sino que también contemplan la cooperación destinada a prevenir la explotación y el abuso sexual de los niños y a proteger y ayudar a las víctimas (véase el apartado 10 mencionado anteriormente).

252. En lo que respecta a la cooperación judicial en materia penal, el Consejo de Europa ya cuenta con un importante conjunto de instrumentos normativos. Cabe mencionar en este sentido el Convenio Europeo de Extradición (ETS No. 24), el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (ETS No. 30), sus Protocolos Adicionales (ETS No. 86, 98, 99 y 182) y el Convenio relativo al blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso de los productos del delito (ETS No. 141). Estos tratados son instrumentos intersectoriales que se aplican a un gran número de delitos y pueden ponerse en marcha a fin de permitir la cooperación judicial en materia penal en el marco de los procedimientos relativos a los delitos tipificados con arreglo al Convenio.

253. Por este motivo, los negociadores han optado por no reproducir en el presente Convenio disposiciones similares a las incluidas en instrumentos intersectoriales como los mencionados anteriormente. Por ejemplo, no querían introducir mecanismos separados de asistencia mutua que sustituyeran a los demás instrumentos y mecanismos aplicables, al considerar que

resultaría más eficaz basarse, como regla general, en los mecanismos introducidos por los tratados de asistencia mutua y de extradición en vigor, con los que los profesionales estaban plenamente familiarizados. Por consiguiente, el presente Capítulo únicamente recoge disposiciones que añaden algo más a los convenios existentes.

254. Además, las Partes pueden acordar cooperar sobre la base de los instrumentos internacionales existentes, en particular los convenios del Consejo de Europa anteriormente citados y, en el caso de los Estados miembros de la Unión Europea, los instrumentos adoptados a este respecto, en particular la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. También pueden acordar cooperar mediante mecanismos basados en una legislación uniforme o recíproca. Este principio existe en otros convenios del Consejo de Europa, en particular el Convenio Europeo de Extradición (ETS No. 24), con el fin de permitir que las Partes que disponen de un sistema de extradición basado en una legislación uniforme, a saber, los países escandinavos, o las Partes con un sistema basado en la aplicación recíproca de sus legislaciones, a saber, Irlanda y el Reino Unido, basen sus relaciones mutuas únicamente en este sistema.

### **Artículo 38 – Principios generales y medidas de cooperación internacional**

255. El artículo 38 establece los principios generales que deben regir la cooperación internacional.

256. En primer lugar, obliga a las Partes a cooperar entre sí, en la medida más amplia posible y, en particular, a reducir, tanto como puedan, los obstáculos a la rápida circulación de la información y las pruebas. El mecanismo de seguimiento previsto en el Convenio (capítulo X) puede abarcar, entre otras cosas, la aplicación de este principio y la forma en que se aplican los instrumentos de cooperación existentes para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual.

257. El artículo 38 deja claro que la obligación de cooperar tiene un alcance general: prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños (primer inciso), proteger y asistir a las víctimas (segundo inciso) y llevar a cabo investigaciones y actuaciones en relación con los delitos tipificados con arreglo al Convenio (tercer inciso).

258. El apartado 2 se basa en el artículo 11, apartados 2 y 3, de la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. El apartado 3 del artículo 3 del Convenio tiene por objeto facilitar a las víctimas la formulación de denuncias, permitiéndoles presentarlas ante las autoridades competentes de su Estado de residencia.

259. Estas autoridades podrán entonces iniciar el procedimiento si su legislación lo permite, o transmitir la denuncia a las autoridades del Estado en el que se haya cometido el delito, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los instrumentos de cooperación aplicables a los Estados de que se trate.

260. El apartado 3 autoriza a una Parte que supedite la asistencia judicial mutua en materia penal o la extradición a la existencia de un tratado a considerar el Convenio como la base jurídica de la cooperación judicial con una Parte con la que no haya celebrado tal tratado. Esta disposición, que no tiene ninguna utilidad entre los Estados miembros del Consejo de Europa debido a la existencia de los convenios europeos de extradición y de asistencia judicial mutua en materia penal, de 1957 y 1959 respectivamente, y de sus protocolos adicionales, resulta interesante por la posibilidad que ofrece a terceros Estados de adherirse al Convenio (véase el artículo 46).

261. Por último, en virtud del apartado 4, las Partes se esforzarán por integrar, en su caso, la prevención y la lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños en los programas de ayuda al desarrollo llevados a cabo en beneficio de terceros Estados. Muchos Estados miembros del Consejo de Europa llevan a cabo programas de este tipo, que abarcan ámbitos

tan diversos como el restablecimiento o la consolidación del Estado de derecho, el desarrollo de las instituciones judiciales, la lucha contra la delincuencia y la asistencia técnica para la aplicación de los convenios internacionales. Algunos de estos programas pueden llevarse a cabo en países que se enfrentan a importantes fenómenos de explotación y abuso sexual de los niños. Parece apropiado, en este contexto, que los programas de acción tengan en cuenta e integren debidamente las cuestiones relativas a la prevención y la sanción de esta forma de delincuencia.

## **Capítulo X – Mecanismo de seguimiento**

262. El capítulo X del Convenio prevé disposiciones destinadas a garantizar la aplicación efectiva del Convenio por las Partes. El sistema de seguimiento contemplado por el Convenio se basa esencialmente en un órgano, el Comité de las Partes, integrado por representantes de las Partes en el Convenio, incluidos los representantes de las Partes que puedan adherirse al Convenio en virtud de los artículos 45 y 46.

### **Artículo 39 – Comité de las Partes**

263. Este artículo prevé la creación de un comité en el marco del Convenio, el Comité de las Partes, que es un órgano compuesto como se ha descrito anteriormente, encargado de una serie de tareas de seguimiento basadas en el Convenio.

264. El Comité de las Partes será convocado por primera vez por el secretario general del Consejo de Europa, dentro del plazo de un año a partir de la entrada en vigor del Convenio para el décimo signatario que lo ratifique. Posteriormente, se reunirá cada vez que lo solicite al menos un tercio de las Partes o el secretario general del Consejo de Europa.

265. Cabe destacar que los negociadores han intentado permitir que el Convenio entrara en vigor rápidamente y aplazar la introducción del mecanismo de vigilancia hasta que el Convenio fuera ratificado por un número suficiente de Estados para que pudiera funcionar en condiciones satisfactorias, con un número suficiente de Estados Partes representativos que garanticen su credibilidad.

266. La creación de dicho órgano garantizará la participación equitativa de todas las Partes en el proceso de adopción de decisiones y en el procedimiento de seguimiento del Convenio y fortalecerá también la cooperación entre las Partes a fin de garantizar una aplicación adecuada y eficaz del Convenio.

267. El Comité de las Partes debe adoptar un reglamento que establezca la forma en que funcionará el sistema de seguimiento del Convenio, en el entendimiento de que su reglamento debe redactarse de tal manera que las Partes en el Convenio, incluida la Comunidad Europea, sean objeto de un seguimiento eficaz.

### **Artículo 40 – Otros representantes**

268. Al redactar este artículo, los negociadores han querido transmitir un mensaje importante sobre la participación de órganos distintos de las propias Partes en el mecanismo de seguimiento del Convenio. En este sentido, se han referido, en primer lugar, a tres instituciones del Consejo de Europa –la Asamblea Parlamentaria, el Comisario para los Derechos Humanos y el Comité Europeo de Problemas Penales (CDPC)– que se enuncian en el artículo y, en segundo lugar, a una serie de comités que, en virtud de sus responsabilidades, sin duda aportarían una valiosa contribución participando en los trabajos de seguimiento de la aplicación del Convenio. Se trata del Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ), el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), el Consejo Consultivo de la Juventud (CCJ) y el Comité Europeo de Cohesión Social (CDCS), con especial énfasis en el Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH).

269. La importancia concedida a la participación de los representantes de la sociedad civil en la labor del Comité de las Partes es, sin duda, uno de los puntos fuertes del sistema de seguimiento previsto por los negociadores. La posibilidad de admitir a representantes de organizaciones no gubernamentales y a otros organismos que participan activamente en la prevención y la lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños ha recibido un importante apoyo y se considera esencial para que el seguimiento de la aplicación del Convenio resulte realmente eficaz.

#### **Artículo 41 – Funciones del Comité de las Partes**

270. Al redactar esta disposición, los negociadores han pretendido concebir un mecanismo lo más simple y flexible posible, en el que el Comité de las Partes se encargue de una misión más amplia en la labor jurídica del Consejo de Europa sobre la lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños. Así pues, el Comité de las Partes tiene por objeto facilitar la recogida, análisis e intercambio de información, experiencias y buenas prácticas entre los Estados con vistas a mejorar sus políticas de prevención y lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños.

271. En lo que respecta al Convenio, el Comité de las Partes dispone de las competencias de seguimiento tradicionales y:

- a. desempeña un papel en la aplicación efectiva del Convenio, formulando propuestas para facilitar o mejorar el uso y la aplicación efectivos del Convenio, incluida la identificación de posibles problemas y los efectos de cualquier declaración o reserva formulada con arreglo al presente Convenio;
- b. desempeña un papel consultivo general con respecto al Convenio, emitiendo un dictamen sobre cualquier cuestión relativa a la aplicación del presente Convenio;
- c. actúa como centro de intercambio y facilita el intercambio de información sobre los cambios jurídicos, políticos o técnicos importantes en relación con la aplicación de las disposiciones del Convenio.

272. El apartado 5 establece que el Comité Europeo de Problemas Penales (CDPC) recibirá información periódica sobre las actividades mencionadas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 41.

### **Capítulo XI – Relación con otros instrumentos internacionales**

#### **Artículo 42 – Relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía**

273. El artículo 42 tiene por objeto aclarar la relación entre el Convenio y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

274. El artículo 42 posee dos objetivos principales: i) garantizar que el Convenio no afecte a los derechos y obligaciones derivados de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo y ii) destacar que el Convenio refuerza la protección proporcionada por dichos instrumentos de las Naciones Unidas y desarrolla los principios en ellos contenidos.

#### **Artículo 43 – Relación con otros instrumentos internacionales**

275. El artículo 43 trata de la relación entre el Convenio y otros instrumentos internacionales.

276. De conformidad con el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el artículo 43 pretende garantizar que el Convenio coexista armoniosamente con otros tratados –ya sean multilaterales o bilaterales– o instrumentos que se ocupen de materias que también abarca el Convenio. Esto es particularmente importante en el caso de los instrumentos internacionales que garantizan una mayor protección y asistencia a los niños víctimas de explotación y abuso sexual. En efecto, este Convenio tiene por objeto fortalecer la protección de los niños contra todas las formas de explotación y abuso sexual. También pretende garantizar la asistencia necesaria a las víctimas de explotación y abuso sexual. Por esta razón, el apartado 1 del artículo 43 tiene por objeto garantizar que el presente Convenio no afecte a los derechos y obligaciones derivados de las disposiciones de otros instrumentos internacionales en los que las Partes en el presente Convenio sean o lleguen a ser Partes, que contengan disposiciones relativas a las materias reguladas por este Convenio. Esta disposición muestra claramente, una vez más, el objetivo general de este Convenio, que es proteger los derechos de los niños víctimas de explotación y abuso sexual y asegurarles el más alto nivel de protección.

277. El apartado 2 del artículo 43 menciona de manera positiva la posibilidad de que las Partes celebren acuerdos bilaterales o multilaterales –o cualquier otro instrumento jurídico– relativos a las materias que rige el Convenio. No obstante, el texto deja claro que las Partes no podrán celebrar ningún acuerdo que derogue el presente Convenio.

278. Tras la firma de un Memorándum de Entendimiento entre el Consejo de Europa y la Unión Europea el 23 de mayo de 2007, el CDPC tomó nota de que “debería desarrollarse más la cooperación jurídica entre el Consejo de Europa y la Unión Europea con vistas a garantizar la coherencia entre el derecho comunitario y de la Unión Europea y las normas de los convenios del Consejo de Europa. Esto no impide que el derecho comunitario y de la Unión Europea adopten normas de mayor alcance”.

279. En relación con el apartado 3 del artículo 43, al adoptarse el Convenio, la Comunidad Europea y los Estados miembros de la Unión Europea realizaron la siguiente declaración:

“La Comunidad Europea/la Unión Europea y sus Estados miembros reafirman que su objetivo al solicitar la inclusión de una “cláusula de desconexión” es tener en cuenta la estructura institucional de la Unión al adherirse a convenios internacionales, en particular en caso de transferencia de poderes soberanos de los Estados miembros a la Comunidad.

Esta cláusula no tiene por objeto reducir los derechos ni aumentar las obligaciones de una parte no perteneciente a la Unión Europea con respecto a la Comunidad Europea/Unión Europea y sus Estados miembros, en la medida en que estos últimos también son partes en el presente Convenio.

La cláusula de desconexión resulta necesaria para aquellas partes del Convenio que son competencia de la Comunidad/Unión, con el fin de indicar que los Estados miembros de la Unión Europea no pueden invocar y aplicar los derechos y obligaciones derivados del Convenio directamente entre ellos (o entre ellos y la Comunidad Europea/Unión). Esto no desdice el hecho de que el Convenio se aplica plenamente entre la Comunidad Europea/Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y las demás Partes en el Convenio, por otra; la Comunidad y los Estados miembros de la Unión Europea estarán vinculados por el Convenio y lo aplicarán como cualquier parte en el Convenio, en su caso, a través de la legislación comunitaria/de la Unión. De este modo, garantizarán el pleno respeto de las disposiciones del Convenio con respecto a las partes no miembros de la Unión Europea.”

Como instrumento elaborado en relación con la celebración de un tratado, en el sentido del artículo 31, apartado 2 b), del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la declaración forma parte del “contexto” del presente Convenio.

280. La Comunidad Europea estaría en condiciones de proporcionar, con el único fin de lograr la transparencia, la información necesaria sobre la división de competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros en el ámbito contemplado por el presente Convenio, siempre que ello no dé lugar a obligaciones adicionales de supervisión impuestas a la Comunidad.

## **Capítulo XII – Enmiendas al Convenio**

### **Artículo 44 – Enmiendas**

281. Las Partes podrán proponer enmiendas a las disposiciones del Convenio. Dichas enmiendas deberán ser comunicadas a todos los Estados miembros del Consejo de Europa, a cualquier signatario, a cualquier Parte, a la Comunidad Europea y a cualquier Estado invitado a firmar o adherirse al Convenio.

282. El Comité de las Partes, compuesto de conformidad con el artículo 39, elaborará un dictamen sobre la enmienda propuesta, que será presentado ante el Comité de Ministros. Tras examinar la enmienda propuesta y el dictamen presentados por el Comité de las Partes, el Comité de Ministros podrá adoptar la enmienda. Antes de decidir sobre la enmienda, el Comité de Ministros consultará y obtendrá el consentimiento unánime de todas las Partes. Este requisito reconoce que todas las Partes en el Convenio deben poder participar en el proceso de toma de decisiones sobre las enmiendas y que se encuentran en condiciones de igualdad.

## **Capítulo XIII – Cláusulas finales**

283. Salvo algunas excepciones, los artículos 45 a 50 se inspiran esencialmente en las “Cláusulas finales tipo para los convenios y acuerdos celebrados en el seno del Consejo de Europa”, que el Comité de Ministros aprobó en la 315ª reunión de los Diputados, en febrero de 1980.

### **Artículo 45 – Firma y entrada en vigor**

284. El Convenio quedará abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, la Comunidad Europea y los Estados no miembros del Consejo de Europa que hayan participado en su elaboración (Canadá, la Santa Sede, Japón, México y los Estados Unidos). Una vez que el Convenio entre en vigor, de conformidad con el apartado 3, otros Estados no miembros podrán ser invitados a adherirse al Convenio de conformidad con el apartado 1 del artículo 46.

285. El apartado 3 del artículo 45 fija en cinco el número de ratificaciones, aceptaciones o aprobaciones necesarias para la entrada en vigor del Convenio. Este número no es muy elevado para no retrasar inútilmente la entrada en vigor del Convenio, pero traduce, no obstante, la convicción de que se necesita un grupo mínimo de Estados para afrontar con éxito el importante reto que plantea la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. De los cinco Estados que harán entrar en vigor el Convenio, al menos tres deben ser miembros del Consejo de Europa.

### **Artículo 46 – Adhesión al Convenio**

286. Tras consultar a las Partes y obtener su consentimiento unánime, el Comité de Ministros podrá invitar a cualquier Estado no miembro del Consejo de Europa que no haya participado en la elaboración del Convenio a adherirse al mismo. Esta decisión requiere la mayoría de dos tercios prevista en el artículo 20.d del Estatuto del Consejo de Europa y el voto unánime de las Partes en el Convenio que tengan derecho a formar parte del Comité de Ministros.

#### **Artículo 47 – Aplicación territorial**

287. El apartado 1 del artículo 47 especifica los territorios a los que se aplica el Convenio. En este aspecto, cabe destacar que sería incompatible con el objeto y la finalidad del presente Convenio que los Estados Partes excluyeran partes de su territorio de la aplicación del Convenio sin una razón válida (como la existencia de diferentes sistemas jurídicos aplicables a las cuestiones tratadas en el Convenio).

288. El artículo 47, apartado 2, se refiere a la extensión de la aplicación del Convenio a los territorios de cuyas relaciones internacionales son responsables las Partes o en cuyo nombre están autorizadas a asumir compromisos.

#### **Artículo 48 – Reservas**

289. El artículo 48 especifica que las Partes pueden hacer uso de las reservas expresamente autorizadas por el Convenio. No puede formularse ninguna otra reserva. Los negociadores desean subrayar el hecho de que las reservas pueden retirarse en cualquier momento.

#### **Artículo 49 – Denuncia**

290. El artículo 49 permite que cualquier Parte denuncie el Convenio.

#### **Artículo 50 – Notificación**

291. El artículo 50 enumera las notificaciones que, en su calidad de depositario del Convenio, el secretario general del Consejo de Europa está obligado a efectuar, y designa a los destinatarios de dichas notificaciones (los Estados y la Comunidad Europea).