

UN NUEVO PASO EN LA LUCHA CONTRA LA EXPLOTACIÓN SEXUAL INFANTIL: EL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS CONTRA LA EXPLOTACIÓN Y EL ABUSO SEXUAL *

Teresa Marcos Martín

Profesora Investigadora de Derecho Internacional Público
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Resumen

El objetivo de este trabajo es el análisis del último instrumento jurídico adoptado en el seno del Consejo de Europa en materia de explotación sexual infantil. Tras un repaso de las normas anteriores de esta Organización Internacional, hacemos una presentación y comentario de la naturaleza y contenido de este nuevo instrumento jurídico, siempre desde el punto de vista del Derecho Internacional. Recogemos asimismo referencias a cómo en España se han adoptado medidas las medidas requeridas en el Convenio.

Palabras clave: derechos del niño, abuso y explotación sexual, normas del Consejo de Europa, Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the latest legal instrument adopted by the Council of Europe on the sexual exploitation children. Having reviewed previously adopted Strasbourg law instruments on this matter, the author presents the content of this new Convention and comments on its legal nature from the point of view of international law. References are made to the implementation in the Spanish legal order of the measures provided for in the Convention.

Key words: children's rights, abuse and sexual exploitation, rules of the Council of Europe, Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse.

1. INTRODUCCIÓN

La explotación sexual y el abuso sexual de menores se encuentran entre las peores formas de violencia contra los niños. Según UNICEF, aproximadamente dos millones de niños son utilizados en la denominada "industria del sexo" anualmente. Más de un millón de imágenes de entre 10.000 y 20.000 niños víctimas de abuso sexual circulan actualmente por Internet.

En Europa, entre un 10 y un 20 por ciento de los niños son víctimas de abusos sexuales durante su infancia.

Constituye, por tanto, uno de los mayores problemas con los que actualmente han de enfrentarse los mecanismos de protección de derechos humanos, tanto a nivel universal como regional.

Tal es la magnitud de las consecuencias que estas conductas tienen en la infancia que a nivel internacional, se considera como una forma contemporánea de esclavitud (Carmona Luque, 1999: 33 y ss).

Para dar respuesta a esta importante problemática, a nivel universal se han elaborado convenios específicos entre los que destaca el *Protocolo Facultativo sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, prostitución y su utilización en la pornografía*.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Stop Hate Crimes in Europe", Programa Justicia Penal, Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Comisión Europea, con referencia JLS/2009/IPEN/AG.

En el ámbito del Consejo de Europa se han ido elaborando en los últimos años una serie de normas, procedentes en gran medida de Congresos en la materia. Sin embargo, ha sido en el año 2007 cuando, finalmente, el Consejo de Ministros ha adoptado el *Convenio para la protección de los niños frente a la explotación y abuso sexual*¹, que representa el mayor avance, hasta ahora, en este campo, tal como se dispone en el mismo preámbulo de dicha Convención.

Este Convenio ha entrado en vigor el 1 de julio de 2010 ².

Representa la plasmación de una creciente preocupación por la materia por parte del Consejo de Europa ya que para esta Organización, la violencia sexual contra menores ha sido desde hace mucho tiempo, una cuestión prioritaria. Este Convenio supone, podemos adelantar ya, un punto de inflexión en la medida en que recoge todo tipo de conductas en relación con la explotación infantil aún cuando hay que obviar el hecho de que muchas de sus nociones son deudoras de las normas anteriores y que se describen a continuación.

2. ANTECEDENTES

La Resolución 1579³ aborda el problema, general, de la prostitución en Europa, pero hace una obligada referencia a la prostitución infantil, como problema más grave dentro del general.

Parte la Resolución de la premisa de que, aun cuando la prostitución es una problemática general en Europa, particularmente lo es mucho más en el ámbito infantil, teniendo en cuenta que los niños no tienen, en ningún caso, capacidad para consentir la misma.

Teniendo esto en cuenta, la Resolución⁴ insta a los Estados miembros a que adopten una política activa en la persecución de los clientes de los menores utilizados para la prostitución y pornografía.

No es esta, sin embargo, la primera norma importante en el seno del Consejo de Europa⁵. Antes de esto, tanto la Asamblea Parlamentaria como el Comité de Ministros han adoptado diferentes disposiciones en la materia⁶.

La Recomendación nº R (91) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y la trata de menores y jóvenes mayores de edad, adopta una serie de medidas generales que posteriormente son también desarrolladas en las diferentes Resoluciones de la Asamblea General. Se promueve en esta norma, en general, la adopción por parte de los Estados miembros de políticas tendentes a sensibilizar a la opinión pública sobre la creciente preocupación internacional por este tipo de prácticas. Se dirigen una serie de orientaciones especialmente a las autoridades policiales, tales como instarles a prestar especial atención a la prevención, detección e investigación de los delitos relativos a la explotación sexual de los menores, y asignarle medios suficientes para tal fin o fomentar la cooperación entre la policía y todos los organismos públicos y privados que se ocupen de los casos de abusos en el seno de la familia y al margen de esta.

Por otro lado, y como medidas más concretas, se recoge la obligación de velar por los intereses de los menores durante los procedimientos penales y, específicamente, la de garantizar a lo largo de todos los procedimientos judiciales y administrativos algo que consideramos básico: la confidencialidad de los datos y el derecho a la intimidad de los niños evitando, en particular, la divulgación de cualquier información que pudiera llevar a su identificación. Se han de facilitar asimismo unas condiciones especiales en las vistas judiciales en las que

¹ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños frente a la explotación y abuso sexual, **CETS No.: 201, de 25 de octubre de 2007** (También denominado Convenio Lanzarote).

² España ha ratificado este Convenio el 12 de noviembre de 2010. Actualmente está firmado por 39 Estados miembros del Consejo de Europa y ratificado por 13 de ellos.

³ Debate de la Asamblea de 4 de octubre de 2007 (35 sitting)

⁴ En su artículo 11.2.

⁵ Para una panorámica general de estas normas, *vid.* Marcos Martín (2010).

⁶ Aun cuando existen más que aquellas que presentamos, escogemos las que nos parecen más relevantes por ser las que sistematizan más claramente conceptos y normas.

participen niños y niñas que sean víctimas o testigos de explotación sexual con el fin de reducir al mínimo los efectos traumáticos de las vistas y de aumentar la credibilidad de sus declaraciones a la vez que se respeta su dignidad. También se prevé la posibilidad de embargar y confiscar los beneficios derivados de los delitos relacionados con la explotación así como prever un sistema apropiado de indemnización para las víctimas.

Asimismo, y siempre con el propósito de paliar en alguna medida el sufrimiento de las víctimas de tan crueles conductas, se apoyan encarecidamente las iniciativas, tanto públicas como privadas, en el ámbito local, que tengan como finalidad la creación de servicios telefónicos de ayuda así como de centros destinados a prestar asistencia médica, psicológica, social o jurídica a los niños en situación de riesgo.

Recoge también esta Recomendación un bloque de lo que denomina prioridades en materia de investigación, en las que hace especial hincapié en la cooperación internacional, dentro de las cuales recomienda a los gobiernos de los Estados miembros que promuevan la investigación de, entre otros que cita, los siguientes aspectos: la naturaleza y el alcance de las diferentes formas de explotación sexual de menores y jóvenes, especialmente desde un punto de vista transcultural, los vínculos entre la adopción y la explotación sexual, los vínculos entre el abuso sexual en el seno de la familia y la prostitución⁷ las características, el papel y las necesidades de los consumidores de prostitución y pornografía infantil así como la relación existente entre la industria del sexo y la delincuencia organizada y, finalmente, la epidemiología, las causas y las consecuencias de las enfermedades de transmisión sexual y el análisis de su vinculación con el abuso y la explotación sexuales.

En 1994 se adopta una propuesta de Resolución sobre abuso de niños. En esta, se parte de la premisa de que se trata de un problema que afecta a todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Aporta, además el dato de que normalmente este tipo de conductas delictivas son perpetradas en el seno de las familias de los menores y que si estas situaciones son detectadas a tiempo, se pueden evitar los enormes daños sufridos por los mismos y que tienen gravísimas consecuencias a corto, medio y largo plazo.

La Resolución 1099, de 1996, insta especialmente a los Estados miembros del Consejo de Europa a que armonicen sus legislaciones y políticas nacionales en la materia. Entre otras necesidades, insiste en la necesidad de homologar el tratamiento que ha de darse a los delincuentes, en particular, respecto a su tratamiento psicológico y social; el permitir que las ONGS protectoras de menores actúen como demandantes en los casos sobre explotación sexual de menores; también la Asamblea insta a las autoridades nacionales a que creen programas de formación específica para los profesionales que trabajan con niños, como profesores, trabajadores sociales, abogados y jueces; asimismo, es necesario que se incluya en la información curricular de los colegios una referencia a los potenciales riesgos a los que se enfrentan los niños y a las medidas para protegerse ellos mismos contra ellos. Se solicita también que los medios de comunicación ayuden a incrementar una conciencia social general y que se adopten medidas éticas apropiadas.

Finalmente, la Recomendación (2001) 16 aglutina y desarrolla el contenido de todas estas normas, de manera que la podemos considerar como el antecedente más inmediato del Convenio.

Tanto a nivel universal como regional, todas las normas parten de la premisa de que, dada la naturaleza y magnitud de la cuestión, la única opción de erradicar el problema es la cooperación internacional. Ello, independientemente de que cada Estado miembro, tanto de Naciones Unidas como del Consejo de Europa, adopte las medidas complementarias que considere oportunas, teniendo en cuenta la peculiaridad tanto de su ordenamiento jurídico como de su estructura social.

3. ANÁLISIS DEL CONVENIO

Todas estas normas cristalizan, finalmente, en el Convenio sobre la Protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual.

⁷ Este aspecto aparece de manera recurrente en los diferentes instrumentos internacionales.

3.1. Naturaleza jurídica.

En primer lugar, y antes de centrarnos en la exposición y comentario de su articulado, es necesario hacer referencia a que se trata, respecto las normas anteriormente descritas, de un salto cualitativo a nivel jurídico internacional en cuanto a su exigibilidad.

En efecto, hemos hecho referencia en el epígrafe anterior especialmente a Recomendaciones y Resoluciones. Estos actos⁸, muy frecuentes en el seno de las Organizaciones Internacionales, especialmente las de carácter político, como es el Consejo de Europa, son de naturaleza recomendatoria y contienen una invitación para que sus destinatarios adopten un comportamiento determinado, sea éste una acción o una abstención (Sobrino Heredia, 2009). Como tal invitación no llevan aparejada la obligatoriedad de su cumplimiento⁹

Por ello, insistimos en lo que supone a nivel internacional la adopción de este Convenio Internacional. Recordamos por ello la definición de Tratado Internacional, como “...un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”¹⁰

Así que el instrumento jurídico analizado encaja perfectamente en la definición clásica de Tratado Internacional. Tal como recoge el Convenio de Viena, no importa la denominación que reciban. En este caso, se ha escogido la de Convenio, aunque en algunos documentos también se habla de Convención¹¹.

Por otro lado, y atendiendo a la clasificación tradicional (Díez de Velasco Vallejo, 2009) de los tratados, se trata de un tratado de carácter multilateral, ya que participan más de dos sujetos de Derecho Internacional.

Por la materia objeto del Tratado, se trataría de un acuerdo de carácter político, y dentro de estos, es un Tratado que se incluye dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Asimismo, por su función de creación de obligaciones, es un Tratado-ley¹², ya que intenta crear una norma de carácter general, aplicable, en este caso, a una parte de la Comunidad Internacional, representada por el Consejo de Europa.

Por la naturaleza de los sujetos participantes en el mismo, es un Tratado celebrado entre Estados, acordado en el seno de una Organización Internacional¹³.

Por su duración, se trata de un Tratado de duración indeterminada¹⁴.

Finalmente, y atendiendo a su modo de conclusión, se califica como Tratado concluido en forma solemne, ya que para su perfeccionamiento ha exigido un acto de ratificación autorizada por el Parlamento¹⁵, la intervención en su proceso formativo del Jefe de Estado como órgano supremo de las relaciones internacionales, y el intercambio o depósito de los instrumentos de ratificación¹⁶

⁸ Estos actos pueden adoptar una terminología muy variada (Recomendaciones, Dictámenes, Resoluciones, Declaraciones, Estándares...)

⁹ Aun cuando estos actos no están privados de valor, a que, especialmente cuando un número elevado de miembros de la Organización Internacional da cumplimiento a los mismos, ejercen una importante presión social.

¹⁰ Artículo 2.1.a) del *Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969.

¹¹ También son comunes denominaciones como Acuerdo, Carta, Compromiso, *Modus Vivendi*, Pacto, Estatuto.

¹² Por contraposición a los Tratados-contrato, que prevén un intercambio de prestaciones

¹³ Otros Tratados pueden ser realizados entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Organizaciones Internacionales entre sí.

¹⁴ Hay otros Tratados internacionales que tienen un plazo de duración determinada, pasado el cual se extinguen.

¹⁵ *Vid.* El Instrumento de Ratificación del Convenio realizado por España donde se recoge la participación de las Cortes Generales, concediendo la Autorización previa prevista en el Artículo 94,1 de la Constitución Española.

Puede encontrarse, inter. alia, en <http://www.lexureditorial.com/boe/1011/17392.htm>

¹⁶ Pueden ser también concluidos los Tratados en forma simplificada, que obligan en virtud de un acto distinto a la ratificación, manifestándose el consentimiento mediante la autenticación del texto del Tratado, o por un acto posterior a la ratificación, como la aprobación, la notificación, la aceptación o la adhesión.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que es un Tratado que ha sido concluido en el seno de una Organización Internacional. En la actuación de las Organizaciones en su contribución a la formación de Tratados internacionales, se distinguen dos modos: así, en primer lugar, puede ser directamente a través de procedimientos institucionalizados y centralizados que conducen a la adopción en su seno de un convenio multilateral, o en segundo lugar, indirectamente, mediante la convocatoria de una conferencia internacional destinada a la elaboración de un convenio multilateral.

El primer método de participación se hace posible cuando las reglas de la Organización prevén la posibilidad de que algún órgano de la misma adopte un convenio internacional cuyo texto ha sido previamente preparado en el seno de la Organización. Este órgano suele ser aquel en el que están representados todos los Estados pudiendo, de este modo, participar en su discusión todos ellos, lo que facilita su posterior aceptación.

El instrumento internacional objeto de nuestro análisis se corresponde con el primer tipo de participación. En efecto, el texto fue preparado en el seno de la Consejo de Europa por el Comité de Expertos para la protección de los niños contra el abuso y explotación sexual¹⁷ y posteriormente adoptado por todos los Estados en el seno de la Asamblea Parlamentaria. Una vez aprobado el Tratado, queda abierto a la firma y ratificación¹⁸.

3.2. Estudio de su contenido.

3.2. a. Delimitación del ámbito de aplicación

Al objeto de clarificar las conductas perseguidas, en las primeras disposiciones de la Convención se recoge un glosario de términos (art. 3) tales como: “niño”, como persona menor de 18 años, la “víctima”, el menor sujeto a explotación y la “explotación y abuso sexual de los niños” las conductas consistentes en lo siguiente:

- mantener relaciones sexuales con personas que aún no han llegado a la edad legal para consentirlo
- mantener dichas relaciones cuando se use la coerción, la violencia y un abuso de posición de autoridad, influencia o confianza, incluyendo en el seno de la familia, así como abusar de una situación vulnerable del menor, especialmente por padecer el mismo algún tipo de discapacidad física, mental, u otro tipo de situación de dependencia¹⁹.

En cuanto a la edad legal, el Convenio deja su determinación a las legislaciones de los Estados miembros²⁰.

A tenor del Convenio, el término “prostitución infantil”, como segundo bloque de conductas contempladas, significa: la utilización de un niño para actividades sexuales en las que se promete como pago una cantidad de dinero u otra forma de remuneración²¹, independientemente de que el pago se otorgue al menor o –como suele más frecuente, pues así lo demuestran los estudios-, a una tercera persona.

Teniendo en cuenta esta noción, el Convenio insta a cada Estado miembro a introducir en sus legislaciones internas las correspondientes sanciones para las siguientes conductas: la captación de niños para la prostitución y la obligación de su participación en la prostitución.

El término “pornografía infantil” significa, a tenor del Convenio, cualquier material que represente a un niño involucrado en una conducta sexual explícita, real o simulada, o cualquier exhibición de los órganos sexuales de un niño para propósitos sexuales.

¹⁷ Establecido en 2005 como sub-Comité del Comité Europeo para los problemas criminales.

¹⁸ Este es el método habitual de conclusión de Tratados en el seno del Consejo de Europa, especialmente para los Tratados sobre protección y promoción de derechos humanos; así se han adoptado, a título de ejemplo, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Carta Social Europea, el Convenio Europeo contra la Tortura, etc.

¹⁹ Se podría haber determinado en esta disposición qué se entiende por tales situaciones de dependencia.

²⁰ A nuestro entender, el Convenio podría haber determinado que la edad legal son los dieciocho años, en consonancia con la definición de “niño”, como menor de tal edad, en lugar de remitir esta cuestión a la legislación interna de los Estados miembros.

²¹ Debería especificarse en qué consiste esa “otra forma de remuneración”.

Cada Estado tiene, de acuerdo con el articulado del Convenio, la responsabilidad de adoptar las consiguientes medidas para asegurar la tipificación como delito de las siguientes conductas: “..la producción de pornografía infantil, b) la oferta o puesta a disposición de pornografía infantil, c) la difusión o transmisión de pornografía infantil, d) la adquisición para sí o para otro de pornografía infantil, e) la posesión de pornografía infantil, f) el acceso a la pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación...” (art. 20).

Consideramos que, con esta amplia definición, especialmente por su referencia al acceso y posesión, quedan cubiertas las posibles conductas en relación con la pornografía; además, se contemplan todas las fases: desde el momento en que se produce hasta que se adquiere, no solamente para uno mismo sino para otros, pasando por la fase de oferta o puesta a disposición, transmisión y difusión.

Sin embargo, en los párrafos finales de esta disposición, se recogen unas limitaciones que, a nuestro parecer, podrían haberse obviado por el peligro que pueda entrañar el dejar una puerta abierta a posibles conductas encubiertas y que hagan disminuir la efectividad de la norma. Se trata de lo siguiente: “...Cada Parte se reserva el derecho de no aplicar, en todo o en parte, el apartado 1 a la producción y a la posesión de material pornográfico:

Que consista exclusivamente en representaciones simuladas o imágenes realistas de un niño no existente; en el que participen niños que hayan alcanzado la edad fijada en el apartado 2 del artículo 18, cuando dichas imágenes hayan sido producidas por ellos y estén en su poder, con su consentimiento y únicamente para su uso particular.”

Asimismo, “Cada Parte podrá reservarse el derecho de no aplicar en todo o en parte, el apartado 1.f”

Nos parece, insistimos, innecesaria la introducción de estos incisos, especialmente en lo que se refiere a la posible limitación por parte de las autoridades de un Estado miembro, de la sanción del acceso a la pornografía a través de las tecnologías de la información y la comunicación. Precisamente los mayores factores de incremento de estas prácticas son las nuevas tecnologías. Consideramos que, ya que se ha tipificado en esta disposición, y lo hemos resaltado como avance, la adquisición para sí o para otro de este tipo de material, no acertamos a comprender bien el objetivo de la última matización.

No podemos olvidar que se trata de normas que han de considerarse como inderogables en el plano internacional.

Por otro lado, dentro del mismo ámbito de la pornografía, se recogen también otro bloque de conductas, que se cifran en lo siguiente: “...cada Estado adoptará las medidas...” “...para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales: a) Reclutar a un niño para que participe en espectáculos pornográficos o favorecer la participación de un niño en dichos espectáculos; b) obligar a un niño a participar en espectáculos pornográficos o beneficiarse de un niño o explotarlo de otro modo para tales fines; c) asistir, con conocimiento de causa, a espectáculos en los que participen tales niños.” (art. 21).

De nuevo aquí se recoge la siguiente limitación: “Cada Parte podrá reservarse el derecho de limitar la aplicación del apartado 1.c a los casos en que los niños hayan sido reclutados u obligados según lo dispuesto en el apartado 1 a) o b).”

Como dos últimos tipos de conductas, se contempla la corrupción de niños como “...el hecho de hacer presenciar, con fines sexuales, a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en el apartado 2 del artículo 18, aún sin que él participe, abusos sexuales o actividades sexuales...” (art. 22) y las proposiciones a niños con fines sexuales, como “..el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del artículo 18, con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al artículo 18,1 o el 20,1”.

Precisamente al hilo de esta última disposición, en lo que se refiere a las tecnologías de la información y la comunicación, hemos de hacer especial alusión a la difusión de estas prácticas en Internet.

En todos los recientes instrumentos jurídicos en la materia se recoge una especial atención a la difusión de imágenes y vídeos en Internet.

Teniendo en cuenta la creciente problemática, y con el ánimo del Consejo de Europa de estar siempre pendiente de dar respuesta a las cuestiones surgidas a raíz de la implantación de nuevas tecnologías, adopta, en 2001²², una Convención sobre la Cybercriminalidad.

Ya antes, en algunas de las citadas normas se había planteado como premisa este problema, considerando Internet como un perfecto caldo de cultivo para la proliferación de estas prácticas.

En este Convenio se acotan los delitos informáticos en cuatro grupos²³ y se definen los tipos penales que han de considerarse como delito informático, y dentro de ellos tipifica la producción, oferta, transmisión, adquisición o tenencia en sistemas o soportes informáticos, de contenidos de pornografía infantil.

Dispone que serán considerados delitos los siguientes comportamientos: la producción de pornografía, puesta a disposición, difusión o transmisión, por una vía informática, es decir, se recogen las mismas conductas que en las normas generales, pero haciendo referencia explícita a su transmisión por esta vía.

Por otro lado, también la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en todas sus Recomendaciones, ha tenido en cuenta otra faceta de la pornografía en Internet, cual es la protección de los menores frente a la posibilidad de que ellos mismos presencien pornografía en general.

Aunque el Convenio no haga referencia específica a estas normas, hemos hecho alusión a las mismas, porque en su aplicación será deudora de ellas.

3.2.b. Medidas generales contempladas en el Convenio

Se contemplan tres bloques de medidas: preventivas, de protección y asistencia a las víctimas y de intervención²⁴. Las analizamos siguiendo esta misma sistemática.

3.2.b.1. Medidas preventivas

Las primeras medidas van dirigidas a las personas que forman parte del entorno de los niños y las segundas, al público en general.

Dentro de estas primeras medidas, se contempla la promoción de la sensibilización por parte de las personas que mantienen contacto habitual con ellos en los sectores de la educación, la sanidad, la protección social, la justicia y las fuerzas del orden, el deporte, la cultura y el ocio. Para conseguir este objetivo, los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para que no solamente se tengan los conocimientos necesarios y los medios para su detección, sino que también hayan de controlar que en las condiciones de acceso a las profesiones referidas figuren modos de controlar que estas personas no hayan sido condenadas por abuso sexual.

²² Se trata de la Convención sobre la Cybercriminalidad, adoptada en Budapest, el 23 de Noviembre de 2001 (STE Nº 185).

²³ **Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos.**

Acceso ilícito a sistemas informáticos.
Interceptación ilícita de datos informáticos.
Interferencia en el funcionamiento de un sistema informático.
Abuso de dispositivos que faciliten la comisión de los anteriores delitos.

Delitos informáticos.

Falsificación informática mediante la introducción, borrado o supresión de datos informáticos.
Fraude informático mediante la introducción, alteración o borrado de datos informáticos, o la interferencia en sistemas informáticos.

Delitos relacionados con el contenido.

Producción, oferta, transmisión, adquisición o tenencia en sistemas o soportes informáticos, de contenidos de pornografía infantil.

Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y derechos afines.

²⁴ Es este el mismo esquema de medidas que habitualmente aparecen los instrumentos jurídico internacionales de Derechos Humanos, que aquí adquiere tintes particulares debido a las peculiaridades de las víctimas.

En España se ha aprobado un Plan de Acción, el III Plan de Acción contra la Explotación Sexual de la Infancia y la Adolescencia 2010-2013, de 20 de diciembre de 2010, en el que uno de los objetivos fundamentales es precisamente dar a conocer²⁵ la existencia y problemática, como primer paso para poder luchar contra la misma, siguiendo la misma estructura de las medidas previstas en el Convenio. A partir de las conclusiones de las diferentes investigaciones, se pueden diseñar campañas de sensibilización y prevención dirigidas a diferentes sectores (familias, sistema educativo, sanitario, turístico, judicial, medios de comunicación...). Se insiste también en este Plan en promover la formación de profesionales (dándose así cumplimiento a las medidas requeridas en el artículo 5.3 del Convenio) que intervienen con niños en todos los ámbitos, en temas no solamente de explotación sexual, sino de infancia en general, y también en temas de género.

Ya más en concreto, dentro de las personas del entorno de los niños, se recogen medidas relativas a la educación de los mismos. En el Plan de Acción de España se recoge lo siguiente: "...la educación afectivo-sexual para a infancia y la adolescencia es central para prevenir situaciones de explotación sexual y fomentar una sociedad igualitaria de tolerancia cero. Se considera prioritario apoyar la formación dirigida a niños, niñas y adultos sobre acceso seguro a información destinada a infancia en Internet. Además de promover la adopción de códigos de conducta a las empresas operadoras en Internet²⁶".

En cuanto a las medidas destinadas al público en general, se contempla, por un lado, un llamamiento a los Estados para que realicen especialmente campañas de sensibilización sobre este fenómeno, y por otro, se prevé la adopción de medidas para prevenir la difusión de materiales que hagan publicidad de las conductas prohibidas.

En España se han realizado importantes campañas de sensibilización para prevenir la explotación sexual con ONGs como UNICEF, Save the Children y Fapmi (Ecpat), a través de subvenciones con cargo al IRPF, para distintos programas dirigidos a prevenir el turismo sexual infantil, así como el desarrollo de programas de formación a las empresas turísticas hoteleras a través de la firma de Códigos de Conducta del Sector Turístico.

Por otro lado, se prevé la participación de los niños, según su etapa evolutiva, en la elaboración y aplicación de las políticas, programas u otras iniciativas públicas relacionadas con la lucha contra la explotación.

Para Villagrasa Alcaide (2009), precisamente la participación de los niños y adolescentes es una constante en todos los Congresos sobre Derechos de la Niñez y Adolescencia. En este sentido, este autor recoge como uno de los resultados fundamentales del I Congreso Mundial sobre los Derechos de la Niñez y la Adolescencia de Isla Margarita, de noviembre de 2003, "...los dos compromisos claves que, como representantes de los niños y niñas adolescentes asumieron, de acuerdo con sus intereses, que son: la participación de los niños, niñas y adolescentes en la elaboración de los informes sobre la situación de derechos de la infancia la adolescencia que cada país debe entregar al Comité de Derechos del Niño su participación en los ámbitos públicos...".

En nuestro país, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad ha subvencionado un estudio realizado por Save the Children acerca de los usos y riesgos que perciben los niños, niñas y adolescentes en relación al uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs). Para ello se desarrolló una consulta, con metodología participativa para su posterior análisis cualitativo, en la que participaron grupos de preadolescentes y adolescentes de 11 a 19 años.

Hay otras medidas encaminadas a la participación del sector privado, más en concreto a la industria en la que puedan surgir conductas de este tipo, como la de la tecnología de la información, viajes...

De especial relevancia, pero también ciertamente conflictivas, se nos antojan las medidas relativas a los medios de comunicación, ya que se les pide que faciliten información apropiada acerca de todos los aspectos de la explotación, pero ello en ocasiones chocará con el respeto a la independencia de los medios y a la libertad de prensa.

²⁵ Vid. Objetivo 2: Prevención y sensibilización social.

²⁶ Vid. Objetivo 2, *cit.*

3.2.b.2. Medidas de protección y asistencia a las víctimas

Se parte de lo más general a lo más particular y así, se recoge desde la creación de programas sociales eficaces que presten apoyo necesario a las víctimas y sus familiares, hasta medidas más concretas como la adopción de medidas legislativas internas para que las normas de confidencialidad que corresponden a los profesionales del entorno de los niños no sean un obstáculo para que éstos puedan comunicar sus sospechas de malos tratos; la adopción de medidas que insten a la comunicación se hace extensiva a toda persona que tenga sospechas fundadas.

De especial relevancia resultan las medidas destinadas a la asistencia a las víctimas²⁷, tal como lo demuestra el hecho de que ya se había hecho gran hincapié en los instrumentos anteriores del Consejo de Europa, siendo ésta una preocupación constante²⁸. Se insiste en la creación de servicios para la recuperación física y psicosocial de las víctimas. En el *III Plan de Acción* se destaca el trabajo del Ministerio del Interior a través de la Secretaría de Estado de Seguridad, en el ámbito de Internet y las nuevas tecnologías, en relación con la detección y persecución de redes internacionales y asimismo, desde el movimiento asociativo, la realización de programas para la intervención y tratamiento a las víctimas con el objeto de controlar el uso ilegal de contenidos en la red y dar pautas a familias y educadores, a través de manuales de buenas prácticas en el buen uso de las nuevas tecnologías de información, destacando la importante labor que realizan organizaciones como Protégeles, que mantienen línea directa de denuncia con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, además de desarrollar otros programas de rehabilitación psicosocial para las víctimas.

Surge una última cuestión, y es que, como se ha recordado²⁹, en gran número de ocasiones, la explotación proviene del propio ámbito familiar, de manera que resulta necesario dar respuesta a los supuestos en los que los familiares son precisamente quienes están involucrados en la conducta abusiva; en estos casos, prevé el Convenio³⁰ que existe la posibilidad de alejar al supuesto autor de los hechos y la posibilidad de alejar a la víctima de su entorno familiar. Siempre estas medidas tendrán en cuenta el interés superior del niño.

De este último aspecto se parte en el *III Plan de Acción*, en el que se recoge lo siguiente: “Los menores víctimas de la explotación sexual se encuentran en situación de riesgo o desamparo y por lo tanto, deben de ser sujetos de protección por parte de las Administraciones Públicas competentes. Las medidas de protección que se adopten deben tener en cuenta el interés superior del niño y la evaluación de sus necesidades. Es necesario generar mecanismos de acción específicos que garanticen la protección, seguridad y reparación de las víctimas³¹”, como concreción de esas exigencias generales, está previsto el que “puedan acceder fácilmente a los recursos de protección, incluida la asesoría y representación jurídica gratuita...” y también como medida concreta se prevé: “... programas de atención de calidad, que cubran las especificidades de la explotación sexual más allá de los centros de atención para víctimas de abuso sexual o los centros de acogida para niños en situación de desamparo”³²

3.2.b.3. Programas o medidas de intervención

Si las medidas anteriormente analizadas tenían como destinatarios fundamentalmente a las víctimas, su entorno y sociedad civil, estas últimas van dirigidas a las personas sujetas a procedimiento penal por cualquiera de los delitos tipificados en el Convenio³³; tienden a minimizar los riesgos de reincidencia por parte de esas personas, y

²⁷ Se hace referencia en esta parte del Convenio a la asistencia a las víctimas en los aspectos más generales, psicológicos y de apoyo; en la parte final (medidas de carácter procesal) se presentan medidas más concretas y relacionadas especialmente con su atención en los procedimientos.

²⁸ *Vid., inter alia*, la Recomendación nº R (91) 11 del Comité de Ministros

²⁹ *Vid.* Carmona Luque. Recoge esta autora la idea de que : “...conscientes de las situaciones de desprotección que el niño puede sufrir en el ámbito de su propia familia y reconociendo el papel subsidiario del Estado respecto a ella, los redactores de la Convención (se refiere a la Convención de los Derechos del Niño aunque el mismo razonamiento sirve a efectos del Convenio analizado) acordaron regular expresamente en ésta la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas pertinentes en caso de perjuicio, abuso, malos tratos o explotación del niño mientras se encuentre bajo la tutela de sus padres...”

³⁰ En el artículo 14.

³¹ *III Plan de Acción, cit.* Objetivo 3: Protección.

³² *Vid. III Plan de Acción, cit.*

³³ Por ello, consideramos que, sistemáticamente, su natural ubicación podría haber sido dentro del conjunto de normas penales y procesales.

éstas habrán de tener acceso a las mismas en condiciones que no sean perjudiciales ni contrarias a los derechos de defensa ni a las exigencias de un juicio justo e imparcial.

3.2.b.4. Medidas de carácter penal y procesal³⁴

Con carácter general, todos los Estados Parte en el Convenio deberán adoptar las medidas legislativas internas para tipificar como delito las conductas contenidas dentro del ámbito de aplicación del mismo, así como medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que esos delitos tipificados sean punibles con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, habida cuenta de su gravedad.

Se recogen asimismo normas relativas a la complicidad y tentativa, así como disposiciones relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas.

Como principios generales referidos a los procedimientos, comunes a todas las conductas, el Convenio establece que todos los Estados partes en la misma habrán de tomar todas las necesarias medidas, legislativas o de otro tipo, para asegurar que tanto las investigaciones como los procesos penales se lleven a cabo teniendo como prioridad fundamental los intereses del niño, que en ningún modo agraven el trauma sufrido por el mismo, que dichas investigaciones y procesos se lleven a cabo con prioridad y sin dilación, y en todo caso respetando todos los derechos de la defensa.

Dentro de este mismo bloque de normas procesales (arts.30 a 36), también se establecen derechos como la información, a víctimas y familiares, del estado en que se encuentra el procesamiento del acusado, o el acceso a asistencia legal en cada momento en que lo necesiten. Se hace referencia a la posibilidad de que asociaciones, fundaciones, ONGs, etc., apoyen a las víctimas.

3.2.b.5. Cooperación internacional, relación con otras normas convencionales y seguimiento

La única manera, tanto de prevenir como de sancionar estas conductas es llevando a cabo una labor de cooperación internacional. Esta idea se plasma en el artículo 38 del Convenio. Además, habrán de tener en cuenta siempre, cuando hayan concluido diferentes convenios sobre estas materias, el atender al más favorecedor al interés del sujeto objeto de protección. Es esta una idea presente siempre en la aplicación de los Convenios tanto universales como regionales en materia de Derechos Humanos. Esto se plasma en este Convenio en la disposición que estipula que las Partes cooperarán entre sí, en la medida más amplia posible, "...de conformidad con las disposiciones del Presente Convenio y en aplicación de los instrumentos internacionales y regionales pertinentes³⁵ aplicables, los acuerdos basados en legislaciones uniformes o recíprocas y su derecho interno..." (art. 38).

Con ello enlazamos con la idea de la relación con las otras normas convencionales en la materia³⁶ y lo que se establece es lo siguiente: "El presente Protocolo no afectará a los derechos y obligaciones derivados de las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo; su objeto es reforzar la protección proporcionada por dichos instrumentos y desarrollar y completar los principios en ellos contenidos". Es decir, siempre será de aplicación lo más favorable en interés del menor

Finalmente, hacemos referencia a los mecanismos de seguimiento. Normalmente en los Convenios como el analizado, que han sido adoptados en el seno de una Organización que dispone de órganos con competencia para su elaboración y adopción, es frecuente que la actuación de la Organización no se limite a la adopción del texto

³⁴ Nos limitamos en este estudio, que pretende dar una panorámica general del Convenio, especialmente desde el punto de vista del Derecho Internacional, a mencionar y extraer los principios que resultan de este conjunto de normas. Su estudio requeriría un trabajo independiente y llevado a cabo por especialistas en ambas disciplinas, de modo que simplemente dejamos constancia de la importancia de estas normas (uno de los logros mayores del Convenio), de su necesaria implementación y del necesario análisis por parte de expertos en Derecho Penal y Derecho Procesal.

³⁵ Distingue entre los instrumentos "internacionales y regionales". En Derecho Internacional, la distinción es entre instrumentos universales (los procedentes, por ejemplo, de Naciones Unidas) y regionales (como los procedentes del Consejo de Europa o de otras organizaciones internacionales de carácter regional, como la OEA, etc.) ya que internacionales son todos. Interpretamos que se ha querido hacer referencia a esa distinción.

³⁶ Para un estudio pormenorizado del ámbito de aplicación de esta clase de Convenios (en concreto, de la Convención sobre Derechos del Niño) y de la relación entre los Convenios de Derechos Humanos suscritos por un mismo Estado, *vid.* Alcaide Fernández (2002: 72 y ss).

sino que se prolongue en el tiempo con el objetivo fundamental de que éste sea ratificado por el mayor número posible de sus Estados y que se implemente por los Estados Parte (Sobrino Heredia, 2009).

Reflejo de ello es que en este Convenio se contempla que el Comité de las Partes se encargue de la supervisión en su aplicación, mediante un procedimiento adoptado por el mismo; se encargará asimismo de facilitar la recogida, análisis e intercambio de información con vistas a mejorar su capacidad para prevenir y combatir la explotación sexual de menores.

4. CONCLUSIONES: LOGROS Y DESAFÍOS

Con carácter general y como primera idea de esta recapitulación, podemos afirmar que la adopción en el seno del Consejo de Europa de este Convenio omnicomprendivo es reflejo de la intención, a nivel regional europeo, de afrontar y de establecer medidas muy concretas de solución de esta creciente problemática de la Comunidad Internacional contemporánea. Aun cuando ya existían normas en la materia y de ello hemos partido, dispersas y de diferente naturaleza, al cristalizar en una única norma, obligatoria para todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Se ha producido así lo que en Derecho Internacional clásico se denomina el fenómeno codificación (inclusión y sobre todo sistematización de normas anteriores) y desarrollo progresivo (aparición de normas *ex novo*) ya que en este instrumento jurídico se perciben ambas facetas de las relaciones entre fuentes del Derecho Internacional.

Destacamos, entre los méritos tanto de esta norma como de todas las europeas en la materia, la insistencia en la no discriminación por ninguna razón de sexo, raza, color, lengua, religión, origen nacional o social, pertenencia a algún tipo de minoría nacional. Este principio se refiere tanto a las víctimas protegidas como a los responsables de las conductas prohibidas.

Como datos recurrentes de todo lo analizado, extraemos el hecho de que los abusos se producen, en múltiples casos, en el ámbito familiar, lo que, nos parece, es un factor agravante para las víctimas, especialmente a nivel psicológico. Toda la normativa en la materia está impregnada de esa preocupación. También aparece la idea de que se impone la colaboración con instituciones sanitarias, pues una de las consecuencias es la posibilidad de que los menores contraigan algún tipo de enfermedad, y por ello las normas internacionales recogen una necesaria cooperación con la OMS. Es necesaria, además, una estricta colaboración entre las instituciones jurídicas que elaboran las normas a todos los niveles, y los expertos psicológicos de los Estados miembros.

Detectamos que existe una aparente menor atención al fenómeno de la prostitución que al de la pornografía; efectivamente hoy en día es más frecuente la pornografía, y especialmente su difusión en Internet, pero no debería olvidarse que la prostitución es la conducta previa a su difusión, tanto en la red como en otros medios.

En otro orden de cosas, no podemos dejar pasar por alto la referencia a la jurisdicción de los Estados, en el sentido de que se comienza, en la Convención, a exigir de los Estados, la extra-territorialidad, puesto que se solicita que extiendan su jurisdicción a los actos cometidos en barcos que enarbolen su pabellón o aviones registrados en dichos Estados. Esta referencia constituiría, sin embargo, un estudio independiente del aquí abordado.

En definitiva, nos sumamos a la idea del Secretario General de esta organización, en el sentido de que esta norma plasma el sentir general de que no debería haber ninguna duda ni complacencia en la lucha contra la explotación sexual y el abuso a menores y la Subsecretaria General de la organización la califica de un verdadero valor añadido para que los Estados miembros refuercen su acción para prevenir y combatir la intolerable violación de los derechos más fundamentales de los niños. Seguiremos atentos, en todo caso, a cómo se adapta nuestro ordenamiento jurídico a este nuevo instrumento, y también a cómo se irán aplicando y desarrollando aquellas medidas para las que se puede prever un choque con otros intereses, como la difusión en medios de comunicación que puede chocar con la libertad de prensa, o la información por parte de profesionales con su deber de confidencialidad.

Finalmente, todas las normas del Consejo de Europa, por otro lado, complementan las elaboradas en el seno de Naciones Unidas, de las que, en muchos aspectos, son reflejo y adaptación de las mismas a nivel regional. Nos

referimos especialmente al Protocolo Facultativo a la Convención de Derechos del Niño sobre venta de niños, prostitución y pornografía, el Protocolo sobre tráfico de personas, especialmente mujeres y niños, así como la Convención de la OIT sobre la prohibición y la acción inmediata sobre la eliminación de las peores formas de trabajo infantil.

En todo caso, y en relación a esta última reflexión, no hay que olvidar que si bien, en efecto, unas y otras normas se complementan y son deudoras unas de otras, es bien diferente la adopción y, especialmente, la observancia posterior, de un Convenio en el seno de una Organización Internacional de carácter universal que uno de carácter regional. En efecto, en una Organización de ámbito regional los sistemas de protección están llamados a operar entre un conjunto de Estados que, perteneciendo a una misma área geográfica, presentan similitudes en sus sistemas políticos, económicos y sociales y sobre todo, jurídicos, lo que facilita tanto la definición de derechos como el establecimiento de mecanismos de control generalmente aceptados por los Estados miembros. Esperemos que la relativa debilidad que se detecta en los instrumentos de promoción y especialmente a los mecanismos de protección de los Derechos Humanos a nivel universal se vea superada en este Convenio, tanto por su ámbito de aplicación como por la intensidad de las conductas prohibidas.

Bibliografía

- Alcaide Fernández, J. (2002). La Convención sobre los Derechos del Niño: análisis desde la perspectiva del derecho de los tratados. En *Los Derechos del Niño: estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los Derechos del Niño* (pp. 72 y ss). Sevilla: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Carmona Luque, M.R. (2002). La protección del niño contra todas las formas de abuso y explotación sexual. En *Los Derechos del Niño: estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los Derechos del Niño* (pp. 333 y ss). Sevilla: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Carmona Luque, M.R. (1999). La Explotación sexual del niño: forma contemporánea de esclavitud. En Carmona Luque, M.R. (Coord.), *50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: su influencia de la evolución de los derechos del niño* (pp. 33 y ss.). Cádiz: UNICEF-Universidad de Cádiz.
- Díez de Velasco Vallejo, M. (2009). Los Tratados Internacionales (I): El proceso de celebración de los Tratados Internacionales según el Derecho Internacional. En Díez de Velasco Vallejo, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público* (pp. 160 y ss.). Madrid: Tecnos, Madrid.
- Gori, M. y Peris, I. (2006). Explotación sexual comercial infantil: Contextualización y marco normativo en España. En Villagrasa Alcaide, C. y Ravetllat, I (Coords.), *Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia. Congresos mundiales y temas de actualidad* (289 y ss.). Barcelona: Aierl.
- Marcos Martín, T. (2010). Las normas del Consejo de Europa sobre explotación sexual infantil. En *Los Derechos Humanos en la sociedad internacional del siglo XXI* (93 y ss.), Colección Escuela Diplomática, vol. 16. Madrid: AEPDIRI-Ministerio de Asuntos Exteriores.
- SAVE THE CHILDREN (2010). *La tecnología en la preadolescencia y adolescencia: usos, riesgos y propuestas desde los y las protagonistas*. Recuperado el 20 de junio de 2011, de http://www.savethechildren.es/cen_doc.php
- Sobrino Heredia, J. M. (2009). La formación del Derecho Internacional de las Organizaciones Internacionales. En Díez de Velasco Vallejo, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público* (231 y ss.). Madrid: Tecnos.
- Villagrasa Alcaide, C. (2009). Las reivindicaciones de los movimientos internacionales de infancia y adolescencia en el vigésimo aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño. En Aldecoa Luzárraga, F. y Forner Delagua, J.J. (Dirs.), *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales* (pp. 416 y ss.). Barcelona: Col-legi de Notaris de Catalunya.