



COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Bruselas, 16.11.2007
COM(2007) 716 final

INFORME DE LA COMISIÓN

**basado en el artículo 12 de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de
22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la
pornografía infantil**

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	3
1.1.	Contexto	3
2.	MÉTODO Y CRITERIOS DE EVALUACIÓN.....	3
2.1.	Las decisiones marco contempladas en el artículo 34, apartado 2, letra b), del Tratado de la Unión Europea.....	3
2.2.	Criterios de evaluación.....	4
3.	EVALUACIÓN.....	4
4.	CONCLUSIONES	9

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Contexto

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12, apartado 2, de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (en lo sucesivo, "la Decisión marco"), la Comisión debe elaborar un informe escrito sobre las medidas adoptadas por los Estados miembros para dar cumplimiento a sus disposiciones¹.

En el apartado 1 de dicho artículo se establece que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones de la Decisión marco a más tardar el 20 de enero de 2006. De acuerdo con el apartado 2, los Estados miembros transmitirán a la Secretaría general del Consejo y a la Comisión, dentro del mismo plazo, el texto de las disposiciones de adaptación de sus legislaciones nacionales en virtud de las obligaciones derivadas de la Decisión marco. Sobre la base de esta información y de un informe elaborado por la Comisión, el Consejo verificará, antes del 20 de enero de 2008, en qué medida los Estados miembros han dado cumplimiento a lo dispuesto en la Decisión marco.

Así pues, el valor de este informe depende en gran medida de la información transmitida por las autoridades nacionales a la Comisión. Ahora bien, en enero de 2006 sólo dos Estados miembros (Bélgica y Austria) habían notificado a la Comisión las medidas adoptadas para transponer la Decisión marco. Por carta enviada el 8 de junio de 2006, la Comisión recordó a los Estados miembros que debían transmitir la información solicitada. A finales de abril de 2007, la Comisión todavía no había recibido ninguna contribución de tres Estados miembros, a saber, Grecia, Portugal y Malta.

2. MÉTODO Y CRITERIOS DE EVALUACIÓN

2.1. Las decisiones marco contempladas en el artículo 34, apartado 2, letra b), del Tratado de la Unión Europea

Esta Decisión marco se basa en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y, en particular, en su artículo 29, en su artículo 31, letra b) y en su artículo 34, apartado 2, letra b).

El instrumento jurídico al que más se asemejan las decisiones marco es el de las directivas². Ambos instrumentos son vinculantes para los Estados miembros en cuanto al resultado que debe alcanzarse, pero dejan a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los métodos de aplicación. Las decisiones marco no tienen, sin embargo, ningún efecto directo, y la Comisión no puede recurrir al Tribunal de Justicia para imponer la transposición de una Decisión marco. Con todo, el Tribunal de Justicia puede pronunciarse sobre cualquier desacuerdo entre los Estados miembros sobre la interpretación o la aplicación (incluida la transposición) de la Decisión marco. El posible ejercicio de este derecho requiere unas bases factuales sólidas que el presente informe de la Comisión puede ayudar a sentar.

¹ DO L 13 de 20 de enero de 2004, p. 44.

² Artículo 249 del Tratado CE.

2.2. Criterios de evaluación

Para determinar con total objetividad si un Estado miembro ha transpuesto íntegramente una Decisión marco, se han desarrollado unos criterios generales para las directivas que, *mutatis mutandis*, deberían aplicarse a las decisiones marco:

1. La forma y los métodos de aplicación del resultado perseguido deben elegirse de forma que se garantice el efectivo funcionamiento de la directiva con respecto a sus objetivos³.
2. Cada Estado miembro debe transponer las directivas de un modo que responda plenamente a la exigencia de claridad y seguridad jurídica, transponiendo las disposiciones de la directiva en disposiciones internas de carácter vinculante⁴.
3. La transposición no requiere obligatoriamente la transcripción exacta y literal de la Directiva. Así por ejemplo, pueden bastar unas medidas nacionales preexistentes adecuadas, siempre que garanticen efectivamente la plena aplicación de la Directiva de una forma lo suficientemente clara y precisa⁵.
4. Las directivas deben transponerse en el plazo fijado al efecto⁶.

El presente informe se basa en la medida de lo posible en estos criterios.

3. EVALUACIÓN

La explotación sexual de los niños y la pornografía infantil constituyen graves violaciones de los derechos humanos. La Decisión marco en cuestión tenía por objeto completar los instrumentos ya adoptados por el Consejo para combatir estas dos plagas⁷.

La Decisión marco aproxima las legislaciones de los Estados miembros en el ámbito de la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Además, introduce un marco común de disposiciones a nivel europeo que regule la incriminación, las penas y otras sanciones, las circunstancias agravantes, los conflictos de competencia, el enjuiciamiento de los culpables y la protección y asistencia a las víctimas. Los ordenamientos jurídicos nacionales pueden variar considerablemente de un Estado miembro al otro y, en numerosos casos, es difícil comparar los distintos conceptos y expresiones jurídicas.

³ Véase la jurisprudencia relativa a la aplicación de las directivas: Asunto 48/75, Royer, Recopilación 1976, páginas 497 a 518.

⁴ Véase la jurisprudencia relativa a la aplicación de las directivas: Asunto 239/85, Comisión contra Bélgica Recopilación 1986, páginas 3645 a 3659. Véase también el Asunto 300/81, Comisión contra Italia, Recopilación 1983, páginas 449 a 456.

⁵ Véase la jurisprudencia relativa a la aplicación de las directivas, como el Asunto 29/84, Comisión contra Alemania, Recopilación 1985, páginas 1661 a 1673.

⁶ Véase la jurisprudencia relativa específicamente a la aplicación de las directivas, como el Asunto 52/75, Comisión contra Italia, Recopilación 1976, páginas 277 a 284; véanse, más genéricamente, los informes anuales de la Comisión sobre la supervisión de la aplicación del Derecho comunitario [COM(2001) 309 final].

⁷ DO L 322 de 12.12.1996, p. 7; DO L 342 de 31.12.1996, p. 4; DO L 191 de 7.7.1998, p. 4; DO L 105 de 27.4.1996, p. 1; DO L 191 de 7.7.1998, p. 1; DO L 33 de 6.2.1999, p. 1; DO L 34 de 9.2.2000, p. 1.

Aunque la evaluación puede referirse, y de hecho se refiere, a cada uno de los artículos de la Decisión marco, es obviamente imposible considerarlos de forma independiente. La ausencia de transposición o la transposición incompleta de un artículo o de una parte de artículo se reflejará asimismo en las disposiciones vinculadas que, consideradas aisladamente, podrían parecer conformes a las exigencias de la Decisión marco. La evaluación tendrá en cuenta, si es necesario, el contexto jurídico nacional en materia penal.

La información recibida por la Comisión varía considerablemente, especialmente por lo que se refiere a su exhaustividad. No todos los Estados miembros han transmitido todos los textos relevantes de sus disposiciones de aplicación, y la Comisión no ha recibido ninguna información por parte de Grecia, Malta y Portugal. Gibraltar todavía no ha traspuesto las medidas de la Decisión marco, pero una legislación en vías de adopción debería permitirle hacerlo.

Artículo 1: Definición

La letra a) del artículo 1 contiene las definiciones y el significado de varios términos utilizados en la Decisión marco. Un punto esencial se refiere a la definición de "niño", que abarca a cualquier persona menor de dieciocho años. Esta edad de dieciocho años se ajusta también a las disposiciones de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. En efecto, uno de los principales objetivos de la Decisión marco es la aproximación de los niveles de protección de los niños frente a la explotación sexual y la pornografía infantil en la legislación de los Estados miembros.

No puede decirse lo mismo de edad de consentimiento sexual, que varía en la legislación de los Estados miembros y va de los trece años en España a los diecisiete años en Irlanda (16 en Alemania, 14 en Austria, 16 en Bélgica, 15 en Dinamarca, 13 en España, 14 en Estonia, 16 en Finlandia, 15 en Francia, 14 en Hungría, 17 en Irlanda, 14 en Italia, 16 en Letonia, 14 en Lituania, 16 en Luxemburgo, 16 en los Países Bajos, 15 en Polonia, 15 en la República Checa, 16 en el Reino Unido, 15 en Eslovaquia y 15 en Suecia).

La edad de consentimiento sexual es relevante por lo que se refiere a la obligación de incriminar la pornografía infantil, definida en el artículo 1, letra b).

La descripción de niños participando en comportamientos sexualmente explícitos está normalmente prohibida cuando el niño es menor de dieciocho años. No obstante, tan sólo en determinados casos, el artículo 3 permite excluir de la responsabilidad penal la pornografía infantil con niños que han alcanzado la edad del consentimiento sexual. Por consiguiente, la Decisión marco ofrece a los menores de dieciocho años una fuerte protección frente a la explotación pornográfica infantil, y sólo contempla excepciones en la edad situada entre la mayoría sexual y los dieciocho años.

En la práctica, el nivel de protección varía en cada Estado miembro según cuál sea la edad de consentimiento sexual. No obstante, la armonización de la edad de consentimiento sexual, que está vinculada a otras cuestiones, tales como la edad necesaria para contraer matrimonio, no constituye por el momento un objetivo.

La letra b) del artículo 1 define la pornografía infantil como cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, o a una persona real que parezca ser un niño, o imágenes realistas de un niño inexistente. El término "representación visual" debe interpretarse en el

sentido de que engloba las cintas de vídeo y las películas no reveladas, así como los datos almacenados en discos de ordenador o por medios electrónicos, que puedan convertirse en imágenes visuales. Muchos Estados miembros han adoptado una legislación ajustada a la definición de la pornografía infantil que figura en la letra b) del artículo 1 de la Decisión marco. España, Estonia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, la República Checa y Suecia no dispone de una definición detallada de la pornografía infantil.

Por lo que se refiere a la letra c) (definición de un "sistema informático"), Lituania, Polonia y la República Checa no han transmitido la documentación necesaria para evaluar correctamente su transposición.

La letra d) define a la "persona jurídica". Esta definición está tomada del segundo protocolo del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

Artículo 2: Infracciones relacionadas con la explotación sexual de los niños

Al aprobar la Decisión marco en cuestión, el Consejo era consciente de la necesidad de combatir infracciones tan graves como la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil a través de un enfoque global que combine un Derecho sustantivo penal que incluya sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias con una cooperación judicial lo más amplia posible.

En este sentido, los Estados miembros transmitieron a la Comisión toda una serie de medidas legales aplicables a los infractores. La legislación vigente en Hungría, Finlandia, la República Checa, Francia, Letonia y Eslovaquia cubre todos los puntos recogidos en el artículo 2 de la Decisión marco, pero sería conveniente recabar más detalles. Como ya se ha dicho, la Comisión trabaja principalmente con traducciones, y esto da origen a posibles malentendidos.

Además, los ordenamientos jurídicos nacionales pueden variar considerablemente de un Estado miembro a otro. Por eso no es siempre posible comparar los conceptos jurídicos.

No obstante, una visión de conjunto de las legislaciones nacionales evidencia que las disposiciones aplicables en los Estados miembros respetan en su mayoría las exigencias de la Decisión marco por lo que se refiere a la obligación de incriminar el hecho de obligar o incitar un niño a la prostitución o a la participación en espectáculos pornográficos, así como el hecho de practicar actividades sexuales con un niño a cambio de una remuneración, mediante coacción o abusando de una posición reconocida de autoridad o influencia sobre un niño.

Artículo 3: Infracciones relacionadas con la pornografía infantil

Este artículo garantiza una aproximación de las infracciones vinculadas a la pornografía infantil, que incluyen la producción, distribución, difusión o transmisión, adquisición o posesión, ofrecimiento o suministro de pornografía infantil.

El apartado 2 del artículo 3 establece unas determinadas excepciones con respecto a la obligación de incriminación cuando la persona que parezca ser un niño tenga de hecho al menos dieciocho años, cuando la pornografía infantil implique imágenes realistas de un niño inexistente y su producción y posesión sean para uso privado. En estos casos, la exención de la responsabilidad penal se basa en el hecho de que no se ha involucrado a ningún niño en la producción de material pornográfico.

Otra excepción, ya anteriormente mencionada, se refiere a la producción y posesión de imágenes de niños que han alcanzado la edad del consentimiento sexual, cuando las imágenes pornográficas se produzcan y posean con el consentimiento del niño y exclusivamente para su uso privado. En este caso, no obstante, el consentimiento no se considerará válido si, por ejemplo, el autor de la infracción pudo obtenerlo valiéndose de una mayor edad, madurez, posición, estatus, experiencia o relación de dependencia de la víctima con el autor. Esta disposición implica una restricción de la incriminación de la pornografía infantil entre la edad del consentimiento sexual y la edad de dieciocho años cuando el niño está realmente de acuerdo en la producción y el uso privado del material pornográfico.

Aunque las legislaciones nacionales parecen respetar las exigencias mínimas de la incriminación de la pornografía infantil, hay una ausencia general de información sobre las excepciones citadas en el apartado 2 del artículo 3. La Comisión sólo ha recibido información completa de Hungría, Lituania, Italia, Dinamarca, Alemania y Chipre. Así pues, no es posible evaluar el nivel real de protección de los niños que han alcanzado la edad del consentimiento sexual, cuestión ésta bastante delicada, sobre todo en los países en que dicha edad se sitúa por debajo de los dieciséis años.

Artículo 4: Inducción, complicidad y tentativa

Según la información recibida por la Comisión, la mayoría de los Estados miembros se refieren a las normas generales de su ordenamiento penal relativas a la complicidad y la inducción. Estas normas generales se aplicarían también a las infracciones graves cometidas con menores, es decir, la explotación sexual y las infracciones vinculadas a la pornografía infantil.

Artículo 5: Sanciones y circunstancias agravantes

Este artículo es una de las disposiciones clave de la Decisión marco. En virtud del apartado 1, las infracciones contempladas en los artículos 2, 3 y 4 de la Decisión marco deberían en todo caso castigarse con sanciones penales privativas de libertad de una duración máxima de al menos entre uno y tres años. Esta disposición tiene por objeto garantizar una armonización mínima de las sanciones aplicables a los autores de las infracciones. Todos los Estados miembros parecen ajustarse a las exigencias de la Decisión marco. Los documentos transmitidos por España, Eslovenia, Estonia y Luxemburgo no han permitido a la Comisión identificar claramente los ordenamientos jurídicos que transponen las disposiciones del apartado 3 del artículo 5 de la Decisión marco.

Artículos 6 y 7: Responsabilidad de las personas jurídicas y sanciones aplicables

La Decisión marco introduce el concepto de responsabilidad de las personas jurídicas, en paralelo a la de las personas físicas. Considera a las personas jurídicas como responsables de las infracciones cometidas en su provecho por cualquier persona que actúe a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, u ocupe, por ejemplo, una posición de mando. No es necesario que la responsabilidad de las personas jurídicas sea exclusivamente penal. Las sanciones en su contra deben ser "*efectivas, proporcionadas y disuasorias*". En cualquier caso, de la información relativa a los ordenamientos nacionales recibida por la Comisión se desprende que la legislación de la mayoría de los Estados miembros contempla la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas, al menos a través de medidas administrativas. El apartado 1 del artículo 7 de la Decisión marco prevé como sanción mínima contra las personas jurídicas la imposición de multas de carácter penal o administrativo. En lo

tocante a las medidas administrativas o penales, los artículos 6 y 7 parecen haber sido ampliamente transpuestos.

Artículo 8: Competencia y enjuiciamiento

El artículo 8 de la Decisión marco enumera los casos en los que los Estados miembros deben establecer su competencia respecto de las infracciones contempladas en los artículos 2, 3 y 4. La principal norma es el principio de territorialidad, según el cual cada Estado miembro debe establecer su competencia respecto de las infracciones cometidas total o parcialmente en su territorio. El apartado 3 del artículo 8, sustituido por la decisión relativa a la orden de detención europea⁸. Los Estados miembros se han atendido a las condiciones del artículo 8, apartado 1, letra a), de la Decisión marco por lo que se refiere al principio de territorialidad.

La letra b) del apartado 1 del artículo 8 establece la norma de la competencia extraterritorial cuando el autor de la infracción tiene la nacionalidad del Estado miembro en cuestión. Esta disposición reviste una importancia particular ya que permite el enjuiciamiento eficaz del denominado turismo sexual, que cubre cualquier acto de explotación sexual de niños cometido en el extranjero. En principio, los Estados miembros deberían garantizar el mismo nivel de protección de los niños al margen de cuál sea su país de residencia. Teniendo en cuenta las diferentes exigencias de los ordenamientos jurídicos, la letra b) del apartado 1 del artículo 8 autoriza a los Estados miembros a no aplicar, o a aplicar sólo en determinados casos o circunstancias específicas, las normas de competencia cuando la infracción se ha cometido fuera del territorio. Tratándose no obstante de la competencia extraterritorial, la información transmitida por los Estados miembros no ha sido suficiente para permitir evaluar hasta dónde han llegado en la aplicación de esta norma.

Artículo 9: Protección y asistencia a las víctimas

El artículo 9 regula tres cuestiones diferentes. El apartado 1 dispone que las investigaciones o el enjuiciamiento de las infracciones a que se refiere la Decisión marco no están supeditadas a la denuncia o acusación formulada por la persona que haya sido víctima de tales infracciones cuando sea aplicable la norma de la competencia territorial. Generalmente, la legislación de los Estados miembros respeta esta obligación.

El apartado 2 del artículo 9 se refiere a los niños víctimas de explotación sexual, considerados como víctimas especialmente vulnerables en el sentido de la Decisión marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal⁹. La información comunicada por los Estados miembros a la Comisión es fragmentaria e incompleta, lo que no facilita un análisis global. Suecia, Dinamarca, los Países Bajos, Italia, Alemania, Eslovaquia y el Reino Unido han respondido de manera satisfactoria a las obligaciones emanantes de la Decisión marco. Una nueva legislación adoptada en Chipre en 2007 prevé un marco global para el reconocimiento de las víctimas, su orientación hacia los servicios adecuados y su protección, que cumple plenamente las exigencias del artículo 13 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, por lo que se refiere a los niños explotados sexualmente.

⁸ Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (Diario Oficial L 190 de 18.7.2002).

⁹ Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO L 82 de 22.3.2001).

Según el apartado 3 del artículo 9, los Estados miembros deben garantizar una protección y una asistencia específicas a la familia de la víctima, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 4 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Alemania, Letonia, Suecia, el Reino Unido, Austria y Estonia han facilitado a la Comisión la información necesaria para constatar el cumplimiento de la Decisión marco. Los otros Estados miembros no han transmitido ninguna información al respecto.

4. CONCLUSIONES

No todos los Estados miembros han transmitido a la Comisión, a su debido tiempo, la totalidad de los textos pertinentes de sus disposiciones de transposición. Por consiguiente, la evaluación y las conclusiones del informe se basan a veces en información incompleta.

Según la información transmitida, casi todos los Estados miembros han cumplido las obligaciones impuestas por la Decisión marco del Consejo, tanto por lo que se refiere a la aplicación de leyes nacionales ya existentes como por lo que se refiere a la aplicación de nuevas medidas legislativas específicas. En términos generales, las legislaciones de los Estados miembros garantizan un alto nivel de protección de los niños frente a la explotación sexual y los abusos, y contemplan sanciones de un nivel adecuado. Por lo que respecta a la pornografía infantil se respeta en general la obligación de incriminar la producción de material pornográfico que involucre a niños, aunque no es posible evaluar con precisión el alcance de las exenciones de la responsabilidad penal con relación a la pornografía infantil que involucra a niños cuya edad se sitúa entre la del consentimiento sexual y los dieciocho años.

En los casos en que la Decisión marco del Consejo no ha sido traspuesta en la legislación nacional, la Comisión invita a los Estados miembros en cuestión a corregir esta situación cuanto antes, introduciendo las oportunas medidas de transposición. No obstante, gracias a la Decisión marco del Consejo, los Estados miembros cuentan actualmente, por lo general, con disposiciones penales específicas que incriminan la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil y aplican sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Como ya se indicaba en el informe sobre la transposición de la Decisión marco 2002/629 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, adoptada por la Comisión el 2 de mayo de 2006, es difícil ofrecer una evaluación exhaustiva de la legislación relativa a las víctimas especialmente vulnerables, debido a lo incompleto de la información facilitada por los Estados miembros. Un enfoque que respete a la víctima en el proceso penal y un nivel adecuado de ayuda psicosocial a las víctimas tanto durante como después del proceso resultan esenciales para evitar una victimización secundaria y garantizar una persecución eficaz de las infracciones. Así pues, la Comisión invita a los Estados miembros a reexaminar con cuidado su propia legislación con el fin de reforzar la protección social de los niños objeto de abusos y garantizar el pleno respeto de sus derechos.

Como consecuencia de los recientes avances, especialmente en el ámbito de las tecnologías de la comunicación electrónica, han surgido nuevos problemas, como la utilización de Internet para atraer fraudulentamente a niños con fines ilícitos ("grooming"). Paralelamente, se han puesto a punto nuevos métodos que permiten la detección de estos delitos y la identificación, por parte de unidades de policía especializadas, de los niños que son víctimas de estas maniobras. A la luz del resultado de estos debates, la Comisión podría estimar necesario actualizar y reforzar la Decisión marco en cuestión por lo que se refiere a la explotación de los niños y los delitos conexos, y, en particular, a las infracciones cometidas a través de las redes de comunicación electrónica y los sistemas de información.