

Debe existir una especial relación de confianza entre abogado defensor y la persona sobre la que ejerce su patronazgo jurídico, dirigiendo su estrategia, medios probatorios y línea argumental con que defender su pretensión. En esta Defensoría no creemos que deba limitarse al menor tutelado su posibilidad de opinar y, en su caso, manifestar su voluntad sobre qué profesional ha de defenderle, en ocasiones para reclamar contra la Administración, para oponerse a sus decisiones como tutor legal, o para ejercer su defensa en procedimientos de responsabilidad penal, en los que, tal como ocurre hasta ahora, la propia Ley preddefine el profesional que ha de representarlo y dirigir su defensa.

Por dicho motivo creemos que en la coyuntura en que nos encontramos, en fase de elaboración de una normativa que con rango de ley venga a actualizar las disposiciones que afectan a menores -en especial la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor- para adaptarlas a las recientes modificaciones en la legislación civil de ámbito nacional, es el momento más oportuno para avanzar en la efectividad de la autonomía personal de las personas menores de edad, permitiéndoles optar porque su defensa en juicio se efectúe por letrados del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía; por letrados incluidos en correspondiente turno de oficio, o bien por el abogado privado de su confianza, debiendo en este último caso satisfacer sus honorarios con cargo a su pecunio personal.

### 3.1.2.6.3. Protección frente al maltrato infantil

Otro de los aspectos destacados de nuestra actuación como Defensor del Menor es el relativo a las denuncias por malos tratos a menores, causante de daño físico o psíquico. Muy relevantes son las denuncias de maltrato sexual y por su peculiaridad también se han de destacar las denuncias relativas al maltrato sufrido por menores en su relación con las instituciones públicas.

En cuanto al **maltrato físico**, es frecuente -en caso de ruptura conflictiva de la pareja- que la denuncia de malos tratos a los hijos la formule un progenitor contra el otro, demandando a su vez una modificación del

régimen de visitas. Así en la queja 16/2587 la interesada solicita que se proteja a su hija ante la denuncia de abusos sexuales por parte del padre. También en la queja 16/4180 una madre relata la denuncia presentada al Juzgado relatando que el padre abusa sexualmente de su hija y pide que se actúe al respecto. Por su parte, en la queja 16/5114 la interesada nos traslada su sospecha de que la hija de su actual pareja pudiera ser víctima de abusos sexuales por la actual pareja de la madre, y por ello solicita que se actúe para modificar el régimen de guarda y custodia.

Con relación a las denuncias por presuntos **abusos sexuales a niños y niñas**-generalmente producidos en el ámbito familiar- además de verificar

*En las denuncias por presuntos abusos sexuales a niños verificamos que la actuación policial o judicial no se está demorando y asesoramos a los denunciantes sobre los servicios del SAVA.*

que en la actuación policial o judicial no se están produciendo demoras injustificadas o desproporcionadas, asesoramos a la persona denunciante sobre los servicios que presta el Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía -SAVA- Es un servicio público y gratuito, integrado por recursos, funciones y actividades, bajo la dirección y coordinación de la Consejería de Justicia e Interior, dirigido a informar, asesorar, proteger y apoyar a las víctimas de delitos y faltas.

En este ámbito destacamos la queja 16/2859 en la que la madre de una menor nos planteaba que su hija adolescente fue víctima de una agresión sexual protagonizada por otro menor. Nos decía que tras celebrarse el juicio no fue derivada al Servicio de Atención a las Víctimas en Andalucía (SAVA). Una vez que conoció de la existencia de este servicio se personó allí y tampoco obtuvo asistencia psicológica especializada para su hija, sin que tampoco fuese derivada a algún dispositivo para recibir la atención especializada que ésta requería.

La Dirección General de Justicia Juvenil y Cooperación, de la cual depende este dispositivo, nos informa que tras recibir la queja comprobaron que efectivamente se produjo cierta dilación en la atención a esta persona, y que a continuación se adoptaron medidas para evitar repetir esta

incidencia en el futuro. En cuanto a la prestación demandada, la misma no se pudo ofrecer ya que al ser preciso el consentimiento del padre para proporcionar dicha terapia psicológica a la menor, la madre decidió no solicitarlo al estimar que el conocimiento del padre de lo sucedido a su hija podría provocar dificultades en la relación entre aquel y la menor.

En otras ocasiones los problemas derivan de la inexistencia de intérprete que permita traducir las manifestaciones del menor o sus familias, de origen extranjero. Es lo que ocurrió en la queja 16/3186 relativa a un menor paquistaní que no estaba siendo atendido por el equipo de valoración de casos de abuso sexual de la entidad ADIMA por no disponer de intérprete. Al dar trámite a esta queja, la Delegación Territorial de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de Córdoba, una vez constatadas las dificultades del menor y sus progenitores con el idioma castellano y, al objeto de facilitar las labores de traducción necesarias para poder llevar a cabo la intervención profesional, facilitó la intervención de un mediador Intercultural. También facilitó los desplazamientos del menor y su familia a la sede de la entidad ADIMA en Córdoba. De ese modo el mediador-traductor acudió a las sesiones en que fue requerido, y un voluntario de la entidad Cruz Roja acompañó a la familia en sus desplazamientos hasta la sede de la citada entidad.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, ha incorporado la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. De esta forma, será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos.

Es por ello que **quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación**

de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales.

Como decimos, la meritada Ley modifica el artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996, añadiendo un nuevo apartado que textualmente dice lo siguiente:

*«5. Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales».*

La Disposición transitoria cuarta de la Ley 26/2015 determinó que mientras no entrase en funcionamiento el Registro Central de Delincuentes Sexuales, la certificación sería emitida por el Registro Central de Antecedentes Penales.

Por tanto, mientras que no resulte plenamente operativo este singular Registro, sus funciones deben ser desempeñadas por el habitual registro de antecedentes penales. Asimismo, para facilitar el cumplimiento de la prohibición contenida en el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, durante el ejercicio de las profesiones, oficios y actividades, la Disposición adicional segunda del Real Decreto 1110/2015, relativa a la colaboración entre las administraciones públicas y otras instituciones, dispone que el Ministerio de Justicia colaborará con las administraciones y otras instituciones con el objeto de favorecer la aplicación del Real Decreto estableciendo los convenios que resulten necesarios en aquellos ámbitos en los que la actividad se desarrolle con menores de edad. De este modo, en el plazo de 6 meses, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas necesarias, en colaboración con los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte, de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y de Ocupación y Seguridad Social y, en su caso, promoverá las adaptaciones reglamentarias necesarias

para facilitar el cumplimiento del ejercicio de la aprobación establecida durante el ejercicio de las profesiones, oficios y actividades que impliquen un contacto habitual con menores.

Esta previsión de elaborar medidas de coordinación con las Administraciones Públicas, para el cumplimiento de estos requisitos en numerosos ámbitos de afección a las competencias de la Junta de Andalucía (educación, asistenciales, sanitarios, deportivos, etc.) aconseja realizar una labor de seguimiento sobre la aplicación práctica de estas previsiones.

Por su parte, el Registro Central de Delincuentes Sexuales está regulado en el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre (BOE 30-12-2015). La Disposición final quinta fija la entrada en vigor del Real Decreto a los dos meses de su publicación en el BOE, es decir, el día 1 de marzo de 2016. En relación con la certificación de los datos contenidos en el Registro, el artículo 9 del Real Decreto dispone que:

*«El encargado del Registro, siempre que no se trate de información reservada a Jueces y Tribunales, y previo consentimiento del interesado o de su representante, informará de los datos contenidos en el Registro a instancia de cualquier órgano de las administraciones públicas ante el cual se tramite un procedimiento para acceder a profesiones, oficios o actividades que impliquen un contacto habitual con menores, así como para su ejercicio. En ausencia del consentimiento, el certificado se expedirá a instancia del interesado».*

Habíamos comprobado que la página web del Ministerio de Justicia en relación a los trámites y gestiones para el certificado de antecedentes penales, informa del procedimiento singular para la expedición del certificado para las personas que trabajen en contacto habitual con menores y de los procedimientos que se han habilitado para agilizar la obtención de los certificados de antecedentes penales en función de la relación existente entre la entidad que solicita el certificado y el ciudadano, distinguiendo entre las personas que trabajen con menores en el ámbito de una relación laboral con una Administración Pública, en cuyo caso no es necesario que soliciten la certificación de forma personal e individualizada, ya que será suficiente con autorizar a la Administración

para la cual trabajen con objeto de que ésta acceda a su información penal a través de la Plataforma de Intermediación de Datos que gestiona el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

En los casos de que se trate de personas que actualmente tengan vigente un contrato con una empresa u organismo que trabaje con menores deberán autorizar a un representante de su organización para tramitar de forma agrupada todos los certificados del personal de esta empresa. Este procedimiento de tramitación consiste en la presentación de una solicitud única dirigida a la Oficina Central de Atención al Ciudadano o a la Gerencia Territorial de Justicia más cercana a la cual se hará llegar la documentación preceptiva.

Por último, los ciudadanos que trabajen con menores o que necesiten el certificado para firmar un contrato de trabajo con una empresa que trabaje con menores también lo podrán solicitar de forma personal, mediante cualquiera de los sistemas habilitados para ello, presencial, por correo o por internet, indicando en la finalidad de la solicitud contrato nuevo para trabajo con menores.

En suma, el cumplimiento de esta peculiar exigencia en los profesionales relacionados con menores parece implicar una carga sobrevenida de trabajo en las dependencias del ordinario Registro de Antecedentes Penales y, en un futuro, en la nuevo registro creado de delitos sexuales.

Fue todo ello lo que impulsó a esta Defensoría a iniciar actuación de oficio, solicitando informe a la Consejería de Justicia e Interior y de Hacienda y Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, en relación con los programas o actuaciones que se hayan preparado en apoyo o coordinación con las Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia, gestoras de estos Registros; las instrucciones o disposiciones en el ámbito de la gestión del empleo público para aplicar estos requisitos de certificación de antecedentes penales; las previsiones que, en su caso, se pretendan elaborar para el cumplimiento y seguimiento de estas medidas; así como cualquier otra información o consideración que se estime conveniente sobre el asunto.

En respuesta a nuestra petición, se nos remitió un primer informe por la Consejería de Educación, en el que se expresaba que el órgano competente en informar sobre el mismo es el Servicio de Informática, de la Secretaría General Técnica, de este organismos con los datos que le haya reportado la Dirección General de Política Digital, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública. También se adjuntaba la Instrucción 9/2016, de 20 de junio, de la dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos, sobre exigencia al personal docente de los centros y servicios educativos del ámbito de gestión de la Consejería de Educación del Junta de Andalucía de la certificación negativa a que se refiere el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A su vez, desde la Consejería de Hacienda y Administración Pública se nos hizo saber todo el elenco de medidas que ha permitido la aplicación práctica de tales disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). Así, junto a la Instrucción 9/2016, dictada en el ámbito de la Administración educativa, la Instrucción 1/2016 de la Secretaría General de la Administración Pública ha diseñado las acciones comunes para las distintas Consejerías y organismos cuyo personal pudiera resultar afectado por tales garantías.

A tenor de la información recibida, y realizando su correspondiente valoración, entendimos que la Administración de la Junta de Andalucía ha acometido las medidas necesarias para atender las previsiones recogidas en la citada LOPJM, por lo que, sin perjuicio de efectuar en un futuro las actuaciones de seguimiento que resulten necesarias, dimos por concluida nuestra intervención al respecto.

Por otro lado, la ambigüedad de la regulación del Registro de Delincentes Sexuales fue denunciada por el Colegio Andaluz de Dentistas (queja 16/1016) quien solicitaba el parecer de esta Institución sobre el alcance y

*La ambigüedad de la regulación del Registro de Delincentes Sexuales fue denunciada por el Colegio Andaluz de Dentistas.*

aplicación en la práctica de dicha regulación a quienes ejercen la profesión de dentista y tratan en sus consultas a pacientes menores de edad.

A este respecto informamos al citado colegio profesional que en lo que respecta a aquellos profesionales que ejercen su actividad en el ámbito de las Administraciones públicas dependientes de la Junta de Andalucía, la Secretaría General para la Administración Pública, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública dictó la Instrucción 1/2016, de 5 de febrero, que entre otras cuestiones venía a precisar lo siguiente:

«De acuerdo con la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, traspuesta al derecho español a través del artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, tras la modificación efectuada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha de entenderse por profesiones o actividades que impliquen el contacto habitual con menores aquellas que supongan contactos directos y regulares con los mismos. Se exige, por tanto, una vinculación más estrecha que la mera atención al público, incluyendo al público menor de edad, al requerirse que el contacto sea regular y directo, y no meramente circunstancial. No obstante, en aras del superior interés de protección al menor, deberá hacerse una interpretación extensiva del concepto de contacto habitual con menores».

Por otro lado, en el informe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos (Gabinete Jurídico: Informe 0401/2015), en respuesta a una consulta planteada ante dicha Agencia sobre la obligación de aportar el mencionado certificado por el personal de una empresa de autobuses señala lo siguiente:

«No parece que el espíritu y finalidad del precepto sea abarcar todo tipo de actividades económicas, sino sólo aquellas que “impliquen un contacto habitual”; es decir, según el tenor literal de la ley, no es suficiente que en determinadas profesiones exista un contacto habitual con menores, lo que sucedería en la mayoría de las profesiones destinadas hacia la prestación de servicios para el público en general, sino que la profesión en sí misma implique, por su propia naturaleza y esencia, un contacto



habitual con menores. Así, no parece que el mero hecho de poder tener un contacto con menores determine, per se, una limitación para el acceso y ejercicio a determinadas profesiones. Es necesario que la actividad implique en sí misma un contacto habitual con menores, teniéndolos por ejemplo como destinatarios prioritarios de los servicios prestados, por ser por ejemplo servicios específicamente destinados a menores. Por ejemplo, no cabe duda alguna que en el ejercicio de funciones docentes para los menores de edad será aplicable la norma en cuestión. No así en aquellas profesiones que, aun teniendo un contacto habitual con el público en general, entre el que se encuentran los menores de edad, no están por su propia naturaleza destinadas exclusivamente a un público menor de edad, como sucede en el asunto planteado. Se trata por tanto de un criterio casuístico, que habrá que valorar para cada puesto de trabajo, y no objetivo o genérico.

Así, en el caso planteado no resulta adecuado que, con carácter general, deba exigirse el certificado en cuestión para el acceso y ejercicio de todos los puestos de trabajo; sólo será necesario en aquellos que cumplan con los requisitos de contacto de carácter directo y regular con menores en el ejercicio ordinario de sus funciones. Así, no parece que a priori todo el personal de las estaciones de servicios o los agentes de ventas sea subsumible en esta situación. Tampoco, con carácter general, todo conductor de autobús o cualquier azafata que preste servicios en los autobuses quedará sometido a la previa certificación negativa. Sí concurriría, por el contrario, la circunstancia en aquellos conductores o azafatas que presten servicios, con carácter directo y habitual, en autobuses que se dediquen al traslado de menores, como sucede en las rutas de los centros de educación infantil, primaria y secundaria o en otros centros, ya sea educativos, deportivos o sociales que presten servicios esencialmente destinados a menores.

En este sentido, el Convenio del Consejo de Europa relativo a la Protección de los Niños contra la Explotación y Abuso Sexual de 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote), que fue ratificado por España mediante Instrumento de 22 de julio de 2010 tiene como objeto, según su artículo 1.a) prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños.

En su labor de prevención, el art. 5.1 señala que «cada Parte adoptará todas las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para promover la sensibilización en cuanto a la protección y los derechos de los niños por parte de las personas que mantienen un contacto habitual con ellos en los sectores de la educación, la sanidad, la protección social, la justicia y las fuerzas del orden, así como en los ámbitos relacionados con el deporte, la cultura y el ocio. Por su parte, el apartado 3 del mismo artículo 5 establece la disposición que da lugar al artículo 13.5 de nuestra Ley Orgánica 1/1996, señalando que será aplicable a profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños, si bien de modo más amplio al apartado 1, al no señalar sectores concretos en los que será aplicable. Establece así el art. 5.3 del Convenio de Lanzarote: “cada Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las condiciones de acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños garanticen que los aspirantes a ejercer dichas profesiones no hayan sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños».

En segundo lugar, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo contempla también la previsión en la Unión Europea para su transposición al derecho español, como ha sucedido a través del artículo estudiado. Su tenor literal avala la interpretación que del mismo se ha ofrecido, al hablar de profesiones “que impliquen contactos directos y regulares con menores”: sin delimitar los sectores o actividades a los que será aplicable, se exige por tanto una vinculación más estrecha que la mera atención al público, incluyendo al público menor de edad, al requerirse que el contacto sea regular y directo, y no meramente circunstancial».

Así pues, trasladando el criterio interpretativo utilizado por ambas instituciones al caso concreto que nos ocupa, esto es, el ejercicio de la profesión de dentista, concluimos que para su ejercicio no resulta en principio necesaria la aportación del certificado negativo expedido por el Registro Central de Delincuentes Sexuales. Dicho certificado sería necesario si la actividad de dentista se enfocase con carácter preferente

-no ocasional o circunstancial- a pacientes menores de edad, manteniendo con dichos pacientes un contacto directo y regular.

Por otro lado, hemos de señalar también la frecuencia con que nos son denunciados **casos de malos tratos a menores a través de nuestro Teléfono del Menor**, en cuyo caso damos traslado de los antecedentes a la Administración competente (servicios sociales municipales o servicios de protección de menores de la Junta de Andalucía) a fin de que ejerzan las funciones que tienen encomendadas por la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y atención a menores en Andalucía, como ya hemos comentado.

En este ámbito destacamos la intervención realizada en la queja 16/2518 presentada por una persona residente en Suecia que denunciaba que su hijo, residente en la Costa del Sol con su padre, pudiera estar siendo objeto de maltrato por parte de este último, y censuraba las actuaciones que al respecto venían realizando las diferentes Administraciones Públicas.

*En nuestro Teléfono del Menor recibimos denuncias sobre malos tratos a menores que trasladamos a los ayuntamientos para que ejerzan las funciones encomendadas por la Ley 1/1998, de 20 de abril.*

Relataba la madre que el adolescente se encontraba en situación de riesgo severo ya que su padre no atendía sus necesidades básicas, incluyendo el tratamiento de una rara enfermedad. Decía que le causaba maltrato psicológico e incluso sospechaba que el menor pudiera haber sido víctima de abusos sexuales, calificando al padre de proxeneta peligroso.

Así pues, decidimos emprender una actuación en salvaguarda de los derechos de menor, solicitando a tales efectos la intervención de los Servicios Sociales dependientes del Ayuntamiento de la localidad en la que según el relato de la madre estaría residiendo el menor.

En el informe remitido por la Corporación local se relataban las averiguaciones realizadas, destacando que el menor estaba en esos

momentos cumpliendo una medida terapéutica de responsabilidad penal impuesta por el Juzgado de Menores por atentado a la autoridad. Respecto de la denuncia efectuada por la madre pocos datos más nos pudieron aportar salvo que el menor no estaría recibiendo ningún tratamiento médico especial, careciendo de ningún indicio de la enfermedad relatada. Corroboraron desde el Ayuntamiento que la familia se encontraría en una situación económica precaria y que por ello en esos momentos el padre estaba ausente por motivos de trabajo, residiendo en el extranjero.

### 3.1.2.7. Derecho de menores en el Sistema de Justicia Juvenil

La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores encomienda a la Comunidad Autónoma del lugar donde se ubique el juzgado de menores que haya dictado la sentencia, la ejecución de las medidas adoptadas por éste. De acuerdo con sus respectivas normas de organización, la Entidad pública llevará a cabo la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas impuestas por los mencionados juzgados.

Por su parte, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, otorga a la Administración de la Junta de Andalucía las competencias en la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados competentes con relación a los menores a quienes se impute la comisión de un hecho tipificado como delito o falta por las leyes penales.

En este contexto normativo, la actividad de nuestra Institución en materia de justicia juvenil se dirige principalmente a supervisar las actuaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía en desarrollo de su competencia para la ejecución de las medidas acordadas por los Juzgados de Menores.

Son muy heterogéneas las quejas presentadas referentes al Sistema de justicia de menores, si bien su mayoría deja traslucir problemas y vicisitudes en el cumplimiento de la medida de internamiento en un centro para menores infractores. Esta circunstancia, unido al hecho de que se trata de la medida más restrictiva que se puede imponer al menor que comete un acto delictivo, nos llevó a finales del año 2014 a elaborar