



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LAS GARANTÍAS DE PROTECCIÓN
JURÍDICO PROCESAL DE LOS
MENORES VÍCTIMA DE VIOLENCIA**

Autor: Blanca Fernández Mullin

Quinto E3-B

Derecho Procesal

Director: Sara Díez Riaza

Madrid

2019

RESUMEN

El trabajo presentado se centra en las garantías de protección jurídico-procesal de los menores víctima de violencia en nuestro país. Para ello, y debido a la importancia de la reciente redacción del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia Frente a la Violencia, este trabajo tiene como objeto la elaboración de una comparativa entre las garantías previstas en la legislación vigente y las previstas de forma integral en esta nueva ley. Se sigue el orden lógico del procedimiento y de la redacción del Anteproyecto y se van analizando los aspectos relevantes de cada una de las garantías.

PALABRAS CLAVE

Menor, víctima, proceso, protección, interés superior.

ABSTRACT

The main goal of this paper is to analyze the legal and procedural guarantees of protection to minors that are violence victims in our country. For that purpose, and due to the relevance of the latest drafting of the Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia Frente a la Violencia, this paper's procedure will be the comparison between the legally applicable principles and guarantees and the ones that this new law compiles. The order followed throughout the paper is the procedural one along with the one established in the Anteproyecto, stopping along the way to analyze every relevant aspect of each guarantee.

KEY WORDS

Minor, victim, process, protection, superior interest.

ÍNDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	2
LISTADO DE ABREVIATURAS.....	5
1. INTRODUCCIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES.....	6
2. LEGISLACIÓN.....	8
2.1. ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.....	8
2.2. CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ADOPTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989.....	10
2.3. LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR, DEMODIFICACIÓN PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.....	11
3. COMPARATIVA DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA CON LAS LEGALMENTE VIGENTES.....	12
3.1. PRINCIPIOS RECTORES.....	12
3.1.1. <i>Interés superior del menor</i>	13
3.1.2. <i>Derecho a la asistencia jurídica gratuita e inmediata</i>	15
3.1.3. <i>Derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen</i>	17
3.1.4. <i>Derecho a la información</i>	18
3.1.5. <i>Derecho a ser oído</i>	19
3.1.6. <i>Artículo 4 del Anteproyecto de Ley Orgánica</i>	21
3.2. DERECHOS Y GARANTÍAS.....	23
3.3. DEBERES.....	25
3.4. NIVELES DE ACTUACIÓN.....	28
3.4.1. <i>Concienciación, prevención y detección</i>	29
3.4.2. <i>Ámbitos de actuación</i>	30
3.5. ESPECIALIZACIÓN PROFESIONALES.....	35

3.5.1. Contextualización.....	36
3.5.2. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.....	36
3.5.3. Poder Judicial.....	39
3.5.4. Ministerio Fiscal.....	39
3.6. PRUEBA PRECONSTITUÍDA.....	41
3.6.1. Contextualización.....	41
3.6.2. Legislación vigente.....	44
3.6.3. El Anteproyecto.....	47
3.7. DISPENSA DEBER DE DECLARAR ARTÍCULO 416 LECRIM	48
3.7.1. Contextualización.....	48
3.7.2. Legislación vigente.....	51
3.7.3. El Anteproyecto.....	54
4. CONCLUSIONES.....	55
5. BIBLIOGRAFÍA.....	58

LISTADO DE ABREVIATURAS

AG	Asamblea General
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CDN	Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño
CE	Constitución Española de 1978
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FGE	Fiscalía General del Estado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEV	Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MF	Ministerio Fiscal
OJ	Ordenamiento Jurídico
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p.	Página
pp.	Páginas
RD	Real Decreto
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Vs.	Véase

1. INTRODUCCIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES

El menor hoy en día tiene una consideración social que ha evolucionado y va mucho más allá de la que tenía hace unos años, cuando era considerado un incapaz y en todo caso, futura persona. Actualmente, el menor tiene una entidad social y un protagonismo del que antes no gozaba ni social ni legalmente. Los niños y las niñas, en cuanto a que son personas, han de ser tratados como tal y en su condición de persona única, libre, singular y sujetos siempre a los derechos propios de su condición humana, incidiendo particularmente en su condición infantil. De esta forma, los menores jamás pueden ser considerados propiedad de sus familiares (padres, abuelos, etc.) ni de la Administración, así como tampoco pueden ser víctimas de discriminación por razón de edad, condición, sexo, características socioeconómicas de su familia, idioma, religión, etnia, ni ninguna otra consideración.¹

La infancia, que es el colectivo social constituido por los menores, es uno de los colectivos que más vulnerabilidad tienen en la sociedad y frente a la sociedad. Por ello su protección, defensa y salvaguarda es uno de los objetivos principales de las políticas de bienestar, que pretenden no solo favorecer sino procurar el nivel de vida adecuado para las necesidades de los menores y el desarrollo integral de la infancia.²

Parece de extrema importancia resaltar que son los menores quienes tienen en sus manos el futuro de la sociedad y de nuestro país en su totalidad y por ello es de imperiosa necesidad la existencia de una legislación protectora de la infancia. Con este objetivo y representando a la sociedad en su globalidad, las administraciones públicas han de arbitrar y adoptar cualquier mecanismo protector y medida que sea conveniente o necesario para evitar los riesgos y perjuicios que puedan afectar a la población infantil. Estos riesgos, se constituyen en fenómenos sociales como absentismo escolar, abandono, explotación sexual, mendicidad, uso indebido de la imagen de los menores, de las drogas, etc., que evidencian la importancia de que cualquier medida a aplicar haya de adoptarse siempre en interés último del menor.

¹ Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid. (BOE, núm. 183, de 2 de agosto de 1995).

² Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia. (BOE, núm. 131, de 2 de junio de 1995).

La necesidad de unificar la normativa vigente en materia de menores en una sola ley por todo lo anteriormente expuesto ha sido detectada tanto por la sociedad como por la doctrina y los órganos jurisdiccionales y ello ya tenido como resultado la creación por el legislador del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia Frente a la Violencia.

El origen del Anteproyecto se encuentra en la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y su ratificación por parte de España. Con dicha ratificación, nuestro país se comprometía a garantizar el derecho fundamental de protección de los menores. Con objeto de satisfacer esta garantía, se produjeron en el marco del Derecho español reformas en diferentes leyes referidas a esta materia³ pero, no obstante, nunca se unificaron legislativamente todos los preceptos relativos a la protección de menores. Por ello, el Comité de Derechos del Niño emitió una recomendación a España en la que se nos instaba a aprobar una ley integral referida a esta materia.

De esta forma, no solo se respondía a una exigencia del Comité de Derechos del Niño mediante la elaboración de una ley integral en materia de protección de la infancia, sino que se abordaba el gran problema que la violencia contra la infancia ha supuesto en nuestro país durante los últimos años, que en numerosas ocasiones se entrelaza con supuestos de abusos sexuales pues éstos tienen como víctima a menores en la mitad de las ocasiones. Además, pese a que existen garantías en la normativa vigente que protegen a los menores como en este trabajo analizaremos, no han conseguido erradicar los abusos que se siguen produciendo. Por lo tanto, la ley integral no solo ha de orientarse a la solución de los problemas una vez han surgido, sino que ha de encaminarse a una prevención de los mismos mediante una concienciación y formación de la sociedad en general y de los agentes que intervienen.

Siguiendo estas líneas, el objetivo de este trabajo es tratar las garantías existentes en nuestro ordenamiento jurídico y ampliarlas, mediante su contraposición, con las que el Anteproyecto propone. Para ello, nos guiaremos por el Anteproyecto y seguiremos su

³ A saber, principalmente, la reforma operada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

estructura fijándonos en los aspectos relevantes en cuanto al estudio de las garantías frente a la violencia contra la infancia. En primer lugar, trataremos los principios, derechos y deberes. Posteriormente, abordaremos los niveles de actuación a los que se refiere el Anteproyecto, pues ya que no hay una ley integral vigente no existe una regulación en la que esto se haya unificado y regulado de manera armonizada. Dentro de este apartado, nos detendremos en la concienciación, prevención y detección de la violencia a los menores así como en los distintos ámbitos en los que se puede desarrollar. Más adelante, nos ocuparemos de la especialización de los diferentes profesionales que intervienen en el proceso se considera fundamental su formación continua y especializada. Por último, nos ocuparemos de la prueba preconstituída y de la dispensa del deber de declarar. Debido a la gran amplitud de estos dos últimos apartados, trataremos de sintetizarlos dividiéndolos en tres apartados para su mejor comprensión: contextualizaremos la garantía dentro del proceso, trataremos su regulación vigente y la completaremos con lo dispuesto en el Anteproyecto.

2. LEGISLACIÓN

En cuanto a la legislación que vamos a emplear a lo largo del presente trabajo, diremos que mencionaremos numerosas leyes por el carácter de comparativa entre legislación vigente y el Anteproyecto que este trabajo tiene. No obstante, a la hora de establecer el marco legal, introduciremos sin ánimo de exhaustividad las principales disposiciones que nos ocupan y brevemente comentaremos el papel que juegan en este trabajo.

2.1. Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia Frente a la Violencia

En primer lugar, hemos de hablar del Anteproyecto sobre el que se basa este trabajo. El Anteproyecto responde las causas y objeto expuestos en la introducción, pero su razón de ser es evitar la victimización secundaria a la que pueden ser sometidos los menores víctima de delitos.

A la hora de establecer qué es la victimización secundaria, la Fiscalía General del Estado se pronuncia en su Circular 1/1998, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en

la persecución de malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, incluyendo los inferidos a los menores de manera directa e indirecta, y dice que estos malos tratos son agravados “por las disfunciones de la burocracia judicial o los insidiosos interrogatorios que afectan a la intimidad personal”, a los que se ven sometidos las víctimas de violencia por parte de algunos profesionales que intervienen en el proceso o por el proceso en general⁴.

Por lo tanto, la victimización secundaria es el conjunto de perjuicios que la víctima puede sufrir de manera directa o indirecta por su intervención en las distintas fases del proceso y su relación con los diferentes profesionales que en él participan. Además, se incluyen los efectos que en la víctima tiene la viralización informativa del suceso por los medios de comunicación. La victimización secundaria afecta a todos los individuos pero lo hace con mayor intensidad en los colectivos especialmente vulnerables como son los menores. Ello conlleva que no solo haya de tenerse en consideración el daño que se le produce a la víctima del delito sino todo lo que el tratamiento del daño y del delito va a suponer, además, para la víctima. El daño original se podrá ver incrementado, a pesar de no hacerlo de forma intencionada, por el conjunto de profesionales y agentes que intervienen en el proceso: policías, servicios funcionarios y servicios de la judicatura, en las diferentes fases del mismo. No es en pocas ocasiones en las que los profesionales se ciegan en la búsqueda del mayor número posible de pruebas para conseguir preparar de la mejor forma posible las fases de instrucción y de juicio oral para asegurar el mejor resultado. No obstante, pese a conseguirse el mejor resultado, el grave daño producido por la victimización secundaria en la víctima mediante estas conductas ha de tenerse en cuenta, pues de nada servirá obtener el mejor resultado en el proceso para la víctima si en el camino se ha hecho sufrir a la misma. En el caso de la infancia, no han de olvidarse las enormes secuelas que la victimización secundaria conlleva y que influirán posteriormente en el desarrollo de la personalidad del menor de edad.

En este sentido es preciso poner de relieve que con objeto de evitar la victimización secundaria se ha producido un importante fenómeno de reformas legislativas que se introdujeron en nuestro ordenamiento jurídico y que justifican que casos excepcionales como por ejemplo el de la prueba preconstituída, pasen de ser excepción a regla general

⁴ Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar. (Disponible en https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_01_1998.html).

en fenómenos de especial vulnerabilidad de la víctima como es el caso de la infancia que tratamos en este trabajo.

Además de las reformas legislativas, el Anteproyecto juega un papel principal a la hora de evitar la victimización secundaria pues esto es su razón de ser en tanto en cuanto aporta una legislación armonizada, coherente e integral que sin duda facilitará evitar este fenómeno en los menores víctima de violencia. Tal y como evidencia el Anteproyecto, todas las situaciones en las que intervengan en un proceso menores como víctimas de violencia ha de aplicarse el derecho a que su interés superior sea valorado y en concreto el principio de celeridad, pues son prioritarios ante cualquier otro proceso. Por ello, todos los procesos se han de agilizar de forma que se cause ningún o el menor daño posible a los menores implicados, siempre atendiendo a sus circunstancias y con el fin último de respetar las garantías procesales que buscan la protección del menor tanto en el momento actual en que se esté dando el procedimiento, como en el desarrollo futuro de la vida y personalidad de dicha persona.

2.2. Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989

La Convención de los Derechos del Niño cobra relevancia pues es la semilla del Anteproyecto y fue su ratificación la que supuso la recomendación por parte del Comité de Derechos del Niño de la creación de una ley integral que hoy se manifiesta en este Anteproyecto.

La Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño – en adelante CDN – de 1989⁵, reconoce en su artículo 19 la obligación de los Estados Partes de tomar toda medida necesaria para asegurar el derecho del niño a no ser objeto de forma alguna de violencia. Además, en su artículo 12 se centra en las garantías procesales a la hora de testificar del menor, protegiéndole en calidad de su edad, madurez y juicio. El objetivo general de la CDN es que la familia sea el entorno que propicie el desarrollo óptimo de los menores y para ello, debe tener acceso a toda protección, asistencia, y medios necesarios para asegurar el pleno crecimiento del niño y de su personalidad. Por esta

⁵ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

razón y de esta forma, sienta las bases para el establecimiento de una justicia que se adapte a las necesidades y conveniencias de los menores en los procesos.

2.3. 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

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 Civil⁶ es relevante a efectos de analizar el Anteproyecto pues en ella se basa en numerosas disposiciones como punto de partida, haciendo referencia a lo que en ella se recoge y ampliando su contenido en los diferentes artículos del Anteproyecto. Nos referimos a los artículos referentes a los principios, derechos y garantías y deberes.

En cuanto a la LO 1/1996 en sí, es de especial relevancia en el contexto de los menores víctima. Esta ley tiene dos partes, en la primera, contenida en los Títulos I y II, se produce el establecimiento de determinados derechos del menor así como también principios rectores que deben regir la actuación de la Administración Pública en sus actuaciones con menores. La segunda parte comprende la adecuación de los textos legales básicos: CC y LEC a lo que se refiere a las instituciones que prevén la protección de los menores. Las disposiciones y enfoques contenidos en esta ley suponen un cambio en el estatus jurídico de los menores que conllevan el reconocimiento de los derechos humanos de los menores y su reconocimiento de plena titularidad de derechos con el otorgamiento de la capacidad para ejercerlos de forma progresiva, en tanto en cuanto son concebidos como sujetos activos y participativos de su propio bienestar, intereses y necesidades.

⁶ 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. (BOE, núm. 15, de 17/01/1996).

3. COMPARATIVA DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA CON LAS LEGALMENTE VIGENTES

Una vez que hemos situado el contexto legal de las principales disposiciones que afectan al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia Frente a la Violencia – en adelante el Anteproyecto – nos disponemos a analizar las garantías que en dicho Anteproyecto se recogen así como a realizar su comparación con lo que las existentes normas establecen sobre ellas.

Como hemos mencionado en la introducción, hemos seguido la lógica de la cronología del proceso para analizar las diferentes garantías que se establecen para el mismo. Así, en primer lugar trataremos los principios rectores que se establecen y los derechos, garantías y deberes de los menores y las personas que les rodean. Además, incluimos un apartado en el que trataremos los niveles de actuación en los delitos con menores víctimas, destacando los distintos y principales ámbitos de actuación y la importancia de la concienciación, prevención y detección de estos delitos. Posteriormente, tras resaltar la importancia y el papel fundamental que juega la especialización de los diferentes cuerpos de profesionales que intervienen en estos procesos, abordaremos la cuestión principal que afecta a los menores en la fase de instrucción, la prueba preconstituída, para finalizar con la declaración del menor en fase de juicio oral y la dispensa del deber de declarar que a este respecto establece el artículo 416 LECrim.

3.1. Principios rectores

La protección de los menores víctimas de violencia de género se ha alcanzado gracias al desarrollo de una serie de medidas con objeto de proteger a los niños víctimas y testigos de delitos en el contexto de surgimiento de nuevas realidades sociales, jurídicas, culturales y económicas. Estas medidas proponen un marco de principios que deben ser respetados y regir en todo momento la actuación judicial con los menores. Estos principios se materializan en los derechos del menor, que el Anteproyecto divide en principios rectores y derechos.

Los principios rectores propuestos por el Anteproyecto no hacen sino ampliar los ya dispuestos en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor⁷. Especialmente relevante es destacar el papel fundamental de la CDN⁸ al recoger, al igual que la mencionada ley, la obligación de que el interés superior del niño prevalezca sobre cualquier otro interés legítimo, principio que parece ser aquel en el que se basa todo el sistema de medidas de protección de menores.

De esta forma, tal y como dispone el artículo 4 del Título Preliminar del Anteproyecto, sobre principios rectores, analizaremos los principios recogidos en la Ley Orgánica 1/1996 y lo haremos siguiendo el orden del articulado de dicha ley.

3.1.1. Interés superior del menor

En primer lugar, el artículo 2 versa sobre el interés superior del menor, estableciendo, en su apartado primero, que “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. [...] primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Este artículo, como mencionábamos *ut supra*, tiene su precedente en el artículo 3.1 de la CDN, que dispone que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

El interés superior del menor constituye, como decíamos, un aspecto fundamental, principal y característico del proceso con menores. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos anteriormente señalados, se trata de el principio que necesariamente debe condicionar y regir todo procedimiento y causa con menor, actuando como guía para que los órganos jurisdiccionales busquen el beneficio del menor de edad. Tal y como ya

⁷ 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. (BOE, núm. 15, de 17/01/1996)

⁸ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

hemos afirmado, tanto en los artículos como en esta definición se observa la obligación de que el interés superior del menor sea valorado como principio básico que siempre ha de operar en las causas con menor, muestra inequívoca de la protección extensiva que el OJ otorga a los menores. Si las decisiones que se toman concernientes a menores se basan en su interés superior, su integración en la sociedad tras el incidente y su victimización secundaria serán optimizadas gracias al análisis en profundidad de las circunstancias y situaciones personales e individuales de cada menor.

Ahora bien, en el hecho de intervenir “en beneficio del menor de edad” interviene de manera fundamental la consideración personal y subjetiva de cada agente en cuanto a qué es lo que constituye el beneficio del menor o lo más conveniente para él. Por ejemplo, el caso en el que a un menor de edad se le envía a un centro de acogida, no siempre se está realizando lo más favorable para el menor el cuestión por mucho que así lo considere el juez. Por lo tanto, se ha de procurar atender a las circunstancias personales de cada menor, otorgándole la oportunidad de ejercer su derecho a ser oído y pronunciarse respecto de las medidas que van a ser adoptadas. Siguiendo nuestro ejemplo, tras escuchar al menor se puede considerar que para ese sujeto en concreto sería más beneficioso residir con otro familiar o u otra persona, en cuyo caso parece que el juez debería actuar conforme a ello al imponer soluciones.

A la hora de establecer la definición del concepto de interés del menor, la doctrina se ha pronunciado en diversos sentidos. En primer lugar, ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R.⁹ defiende que el interés del menor ha de entenderse como “la ayuda que debe prestarse al menor”. En segundo lugar, MARTÍNEZ SERRANO, A.¹⁰, define el interés del menor como “la capacidad de atender a criterios psicológicos y sociales para determinar la medida aplicable”, a lo que DE URBANO CASTRILLO, E.¹¹ añade, para desarrollar el concepto, que ha de tenerse en cuenta el futuro desarrollo del menor y por ello “siempre debe establecerse para el menor aquella actuación que sea más beneficiosa para su

⁹ ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a.R., *Derecho Penal de menores*, Bosch, Madrid, 2007.

¹⁰ MARTÍNEZ SERRANO, A., “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de menores establecidos en la LO 5/2000”, en Ornosa Fernández M^a. R., *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Dykinson, Madrid, 2001.

¹¹ DE URBANO CASTRILLO, E., “Los recursos en la LORPM”, en Ormosa Fernández M^a. R., *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Dykinson, Madrid, 2001.

desarrollo”. De esta forma, el autor permite diferenciar dos visiones del concepto: por una parte la actuación en beneficio del menor en sentido amplio, y por otra parte las consecuencias o beneficio perseguido a largo plazo en el desarrollo del menor, para padecer menos consecuencias negativas y alcanzar la mejor convivencia social futura del menor posible.

En todo caso, el interés del menor se debe observar y tener en cuenta en todo momento del proceso con objeto de alcanzar la decisión menos perjudicial y lesiva para el menor de edad víctima en cuestión y siempre han de considerarse sus especiales circunstancias personales. No ha de olvidarse que las medidas que se tomen tendrán efectos permanentes en el menor al que afecten y por ello ha de perseguirse su óptimo desarrollo futuro.

3.1.2. Derecho a la asistencia jurídica gratuita e inmediata

El artículo 2 de la LO 1/1996, en el marco del principio rector del interés superior del menor, establece un nuevo principio en su apartado 5 letra e). En este apartado dispone que “los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos” y con ello establece el derecho de los menores a un defensor judicial gratuito.

Este principio se encuentra desarrollado en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita¹² y constituye un derecho de los menores que les asiste desde el primer momento en que entran en contacto con las autoridades judiciales o policiales. Además, al igual que el resto de los cuerpos profesionales que intervienen en los procesos con menores como posteriormente abordaremos, el abogado que asista al menor ha de tener una formación especializada en materia de menores. Para ello, el Consejo General de la Abogacía impone la obligación de impartir, a los abogados que deseen participar en estas causas, cursos especializados y homologados en los Colegios Profesionales.

¹² Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. (BOE, núm. 11, de 12/01/1996).

En cuanto al establecimiento de la relación abogado – menor, autores como COLÁS TURÉGANO, A.¹³, tratan el hecho de que los representantes legales de los menores son una parte fundamental en la mencionada relación. Por ello, pese a que una de las labores fundamentales en este sentido por parte del representante legal es la elección del abogado del menor (como materialización de su ejercicio de patria potestad), dicha elección no ha de realizarla el representante de forma aislada. Es de gran importancia que entre la elección del representante y la opinión del menor no medie desacuerdo. En este sentido, el autor enuncia cómo la elección del abogado ha de realizarse de acuerdo con la opinión del menor o, como mínimo, sin su desacuerdo.

Respecto al derecho de asistencia jurídica gratuita de los menores se ha pronunciado la Fundación ANAR, de Ayuda a Niños y Adolescentes en Riesgo. Esta fundación y en palabras de su directora MATA, L.¹⁴, evidencia el gran problema existente por la inaplicación de esta medida. MATA explica como esta garantía no se aplica debido a la falta de información de los propios menores que no saben que ostentan este derecho, pues dice: “seguimos viendo que, cuando un menor de edad acude a dependencias policiales a presentar una denuncia bien sea solo, acompañado por sus representantes legales o por otro adulto de referencia por un posible delito de abuso o maltrato, no se le informa verbalmente ni se le explica su derecho a la asistencia jurídica inmediata y gratuita de acuerdo al artículo 2.g) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita”. En consecuencia, consideramos de gran importancia que el menor víctima sea informado de este derecho correctamente, así como del resto de derechos que le asisten en el procedimiento, y por ello encontramos una gran conexión entre el derecho a la asistencia jurídica inmediata y gratuita y el derecho de información que analizaremos *infra*.

¹³ COLÁS TURÉGANO, A., “Hacia una humanización de la justicia penal: La mediación en la justicia juvenil española. Principios y ámbito aplicativo en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *Revista de Derecho*, n. 20, 2015, pp. 144 – 167.

(Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539916006>)

¹⁴ Entrevista de la Fundación de Abogacía Española, (Disponible en <https://www.abogacia.es/2016/07/13/anar-recuerda-que-los-menores-victimas-de-maltrato-tienen-derecho-a-asistencia-juridica-gratuita/>).

3.1.3. Derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

El siguiente artículo de la LO 1/1996 que se refiere a los principios rectores en los procesos con menores víctimas es el artículo 4, sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Estos derechos constituyen parte de los derechos fundamentales que garantiza nuestra Carta Magna en su artículo 18 y a ellos han dedicado su estudio numerosos autores, analizando su problemática procesal cuando inciden con otros derechos como las libertades fundamentales de información y expresión.¹⁵ No obstante, no es ésta la cuestión que nos interesa sino el papel que los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen juegan cuando sus titulares son los menores de edad víctima en los procesos.

El artículo 4 de la LO 1/1996 introduce especialidades en materia de estos derechos en tanto en cuanto los interpreta conforme al principio del superior interés del menor que esta misma ley contiene como hemos tratado *infra*. Destaca entre ellas y principalmente, como explica LORENZO AGUILERA¹⁶, la necesidad de intervención imperativa por parte del Ministerio Fiscal – en adelante MF – cuando la difusión o uso de imágenes,

¹⁵ A estos derechos dedican su estudio autores como, por ejemplo DE VERDA Y BEAMONTE quien trata de diferenciar y ponderar los derechos fundamentales del honor, intimidad y propia imagen con las libertades de información y expresión, observando el mayor peso de los primeros ante los tribunales en detrimento de los segundos.

DE VERDA Y BEAMONTE J.R., “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿Una nueva sensibilidad de los tribunales?”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 29, 2015, pp. 389-436.

(Disponible en

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjUirDk05PiAhWJEBQKHQqNCOIQFjABegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fdialectnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5302399.pdf&usg=AOvVaw2VigEyJi9qoYiILIdIIZtx>).

En este mismo sentido se pronuncia ROMERO COLOMA, A., en su obra *Los derechos al honor y la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal.*, Serlipost, 1991, Barcelona, pp. 951 – 959.

¹⁶ LORENZO AGUILERA, M^a G., “Protección del honor, intimidad y propia imagen de los menores”, *Iberley*, 2016.

(Disponible en <https://www.iberley.es/temas/proteccion-honor-intimidad-propia-imagen-menores-59521>).

La autora destaca que esta ley establece la “intervención imperativa del Ministerio Fiscal en aquellos supuestos en los que la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra y reputación o que sea contraria a sus intereses, siendo por completo indiferente si la misma ha sido consentida por los mismos o por sus representantes legales. Por si cupiese alguna duda al respecto, la norma entiende incluido dentro su ámbito de protección la inviolabilidad del domicilio familiar, de la correspondencia y el secreto de las comunicaciones”

nombre o cualquier información de los menores implique una intromisión en su intimidad u honor que sea ilegítima desde el grado más mínimo y por tanto contraria a sus intereses. Además, establece la indiferencia de la aprobación por parte de sus representantes legales o por los propios menores, ya que en ella puede concurrir un conflicto de intereses y estos derechos han de ser protegidos en todo momento ante cualquier tercero. En este mismo sentido, el artículo 22 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito¹⁷ – en adelante LEV –, establece el derecho a la protección de la intimidad disponiendo que:

Los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Por todo lo anterior, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es un derecho fundamental que asiste a los menores con un mayor grado de protección pues conllevan necesariamente la garantía de protección jurídico procesal de la intervención imperativa del MF.

3.1.4. Derecho a la información

Tras el artículo que acabamos de tratar, la LO dedica su artículo 5 al derecho a la información que asiste a todos los menores desde su primer contacto con las autoridades competentes. A modo de contextualización, este derecho se encuentra recogido en el artículo 5 de la LEV, que dispone que:

Toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos [...].

Tal y como evidencia el artículo 5 de la LO 1/1996, la cuestión no solo comprende el hecho de poner a disposición de los menores la información, sino que esta información ha de ser “adecuada a su desarrollo”. Los menores como colectivo socialmente vulnerable

¹⁷ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. (BOE, núm. 101, de 28/04/2015).

presentan una clara heterogeneidad que se manifiesta en las diferencias del nivel de desarrollo de cada niño en función de su edad, madurez, capacidad, etc. Además, no solo la falta de información es perjudicial para los menores sino la sobrecarga de la misma puede ser igualmente negativa para el equilibrio mental de los menores víctima.

El artículo dispone que los padres, tutores y poderes públicos, han de salvaguardar no solo la presencia y base de los principios constitucionales en la información sino también han de promover e incentivar su creación y difusión, con materiales y fuentes fiables que informen a los menores y les proporcionen un fácil acceso y fuentes fiables y adaptadas a sus niveles de conocimiento.

Por ello, el artículo establece la necesidad de “normas especiales” que regulen la información que llega a los menores, así como también regula en su apartado quinto la supervisión de los entes públicos especializados en esta materia: “sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita”.

Observamos, de este modo, como el derecho a la información en todo caso ha de regirse por la ponderación, en cuanto a las circunstancias personales concretas de la víctima en cuestión, del interés superior del menor que resulte de la evaluación individual en el caso concreto. No debemos olvidar, como hemos mencionado previamente, que no son pocas las ocasiones en que un menor acude a dependencias legales o judiciales y no es informado de su derecho a disponer de asistencia judicial inmediata y gratuita, como ponía en relieve la directora de la Fundación ANAR. Consideramos pues, que se trata de una manifestación práctica del derecho de información de los menores que estos cuerpos profesionales no han de pasar por alto dado el gran cambio que disponer de asistencia letrada óptima puede suponer para una víctima en un procedimiento.

3.1.5. Derecho a ser oído

El artículo 9 de la LO 1/1996 se ocupa del derecho del menor a ser oído y escuchado.

En primer lugar, el artículo establece que en el derecho a ser oído y escuchado no puede concurrir ninguna discriminación y opera tanto en el ámbito familiar como en el seno de cualquier procedimiento que pueda afectar “su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.” Además, el apartado segundo del primer punto de este artículo recoge la obligación de adecuar los procesos en que concurren menores a las especiales necesidades de éstos y mediante profesionales expertos en estas materias, como analizaremos a continuación en este trabajo.

En cuanto a los legitimados activos para ejercer este derecho, será el menor si tiene madurez suficiente, y en su defecto, su representante. A pesar de establecer que la madurez será valorada en atención a las concretas capacidades del menor, se entiende que en todo caso tendrá madurez suficiente si tiene doce años de edad. A la hora de establecer el límite de los doce años de edad, doctrina, entre la que destaca DE PALMA DEL TESO, A.¹⁸, y jurisprudencia están de acuerdo considerando que “a partir de la edad de doce años se considera que el menor ya tiene suficiente juicio o capacidad para discernir sobre alcance de las actuaciones que le afectan”¹⁹ y en estas mismas líneas establece el ordenamiento jurídico la edad de doce años como decisiva para aspectos de la vida del menor. No obstante, el desarrollo volitivo y cognoscitivo de los menores (y del resto de las personas en general), dista mucho de ser una ciencia exacta y los próximos pero menores a doce años pueden tener un desarrollo y capacidad de juicio mayor que los que superan dicha edad. Es por esto que el artículo limita la capacidad de obrar de los menores estableciendo que se interpretará de forma restrictiva cuando siendo mayores de la edad de doce años su capacidad no sea clara o no pueda realizarse su audiencia directa.

El ejercicio del derecho a ser oído se puede hacer tanto verbalmente como no verbalmente e incluso en un escrito de alegaciones cuando se considere oportuno y en su caso, con la mediación de intérpretes.

¹⁸ En estas líneas recoge la condición del menor en la jurisprudencia DE PALMA DEL TESO, A., en “La condición de menor: los niños y los adolescentes”, *La condición del menor y su posición jurídica en el ordenamiento. Principios rectores de la protección pública de los menores - Vlex*, Madrid, 2016, pp. 77 – 134. Indicando que se establece que *la edad de doce años marcaría el paso de la infancia a la adolescencia*.

¹⁹ Así lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (BOE, núm. 11, de 13/01/2000).

El artículo dispone que, en caso de no convenir al interés superior del menor, se podrá realizar “por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.” Especial relevancia tiene remarcar el hecho de que los representantes legales no han de tener intereses contrapuestos pues no es infrecuente que sean parte interesada en el procedimiento con intereses contrarios a los del menor a quien representan. Tal y como muestra un estudio de *Save The Children*²⁰, las agresiones a los menores son, en ocasiones, cometidas por personas de su entorno familiar, no siendo raro que “las madres reaccionen ocultando los hechos, sobre todo si el agresor es un familiar”. Por ello, la ley prevé que puedan ejercitar el derecho del menor a ser oído “otras personas que puedan transmitirlo con objetividad por tener alguna relación de confianza con el menor”. De esta forma, el legislador está contemplando que psicólogos, médicos o trabajadores sociales (en definitiva, educadores) puedan, además de en numerosas ocasiones ser quienes detecten que el menor está sufriendo las agresiones, ofrecer el ejercicio de este derecho en nombre del menor.

En este mismo sentido, el artículo establece la posibilidad de denegación de la comparecencia o audiencia de los menores pero siempre bajo condición de motivación y debida comunicación al MF.

En conclusión, el ejercicio del derecho del menor a ser oído es fundamental para asegurar el cumplimiento de la satisfacción del interés superior del menor a la hora de que el Juez dicte una resolución disponiendo de toda la información precisa dentro de sus competencias.

3.1.6. Artículo 4 del Anteproyecto de Ley Orgánica

Tras exponer los principios que el Anteproyecto recoge en su artículo 4, sobre los principios rectores, remitiéndose a los establecidos en la LO 1/1996, el mismo artículo dispone la aplicación, adicionalmente, de determinados principios.

²⁰ SAVE THE CHILDREN., “La infancia en Europa, Informe elaborado por Save the Children”, *Revista pediátrica atención primaria*, 1998, n. 2, pp. 159 – 175.

En primer lugar, se refiere a los principios rectores en las actuaciones previas a la inmersión en el procedimiento, como son la “prioridad de las actuaciones de carácter preventivo” que han de imperar en todo procedimiento pero con mayor razón en caso de tratar con menores, la “promoción del buen trato al niño, niña y adolescente como elemento central de todas las actuaciones” para salvaguardar su interés superior en todo momento así como para su “protección frente a la victimización secundaria”.

En segundo lugar, refiere un principio rector a lo que, posteriormente, el Anteproyecto dedicará gran parte de su cuerpo: “la especialización y capacitación de los profesionales que tienen contacto habitual con los niños, niñas y adolescentes para la detección de posibles situaciones de violencia sufrida con los mismos”, ampliando en posteriores preceptos las funciones que estos cuerpos especializados han de procurar. Además, establece la “promoción de la coordinación y cooperación interadministrativa e intradministrativa, así como de la cooperación internacional”.

En tercer lugar, en aras de velar por el futuro de los menores en episodios posteriores de violencia, dispone que se ha de tratar de conseguir el “empoderamiento de las personas menores de edad para la detección y adecuada reacción ante posibles situaciones de violencia ejercida sobre ellos”. En adición, establece que las medidas han de individualizarse “teniendo en cuenta las necesidades específicas de cada niño, niña o adolescente víctima de violencia”.

Por último, dispone que han de incorporarse los conocimientos que se han obtenido gracias a la disposición legal y recorrido de la violencia de género, incorporando “la perspectiva de la violencia de género a todas las medidas relacionadas con la violencia sobre la infancia y la adolescencia”, dada la interrelación que ambas materias presentan. Los poderes públicos, no solo han de salvaguardar los intereses del menor en el procedimiento, sino que también están obligados a “tomar todas las medidas necesarias para promover la recuperación física, psicológica y emocional y la inclusión social de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, así como de los niños, niñas y adolescentes que hayan cometido actos de violencia”, pues la implicación que en la psicología de un menor puede tener el hecho de estar inmerso en un procedimiento es de tal magnitud que, de no observarse las cautelas adecuadas (que nunca serán excesivas),

su correcto desarrollo futuro puede estar condicionado y mermado, como *infra* trataremos.

3.2. Derechos y garantías

El Anteproyecto no solo dedica parte de su Título Preliminar al trato de los principios rectores, sino que en el Título I, sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia, también aborda de forma más detallada algunos aspectos en esta materia.

En primer lugar, dedica su artículo 8 a la **garantía de los derechos de las víctimas de violencia**. Garantiza a los menores los derechos recogidos en el Anteproyecto independientemente “de su nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, discapacidad o enfermedad, orientación e identidad sexual o de género, lengua, cultura, ideología, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social”. El segundo apartado de este artículo dispone que las Administraciones Públicas facilitarán todo medio necesario para el “garantizar el ejercicio efectivo” de los derechos que el Anteproyecto recoge, adecuándolas en cada caso concreto a las circunstancias específicas “familiares, personas y sociales” que se presenten y puedan dificultar su acceso, prestando especial atención a los colectivos especialmente vulnerables como los discapacitados. En el tercer apartado dispone que la orientación e identidad sexual de los menores será respetada y se procurará el apoyo y asistencia necesarios en los casos en que los menores sean, por ello, víctimas de discriminación o violencia.

En segundo lugar, el artículo 9 de este Título se refiere al ya tratado **derecho de información y asesoramiento**. Dado que en el artículo 4 del Título preliminar no lo trata como tal, sino que se remite a “los principios recogidos en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, entre los cuales se encuentra el derecho a la información, parece que el Anteproyecto quiere hacer hincapié en su importancia y por ello dedica un artículo posterior a recoger este derecho. Una vez más, en el artículo 9 se remite a lo establecido en la LO 1/1996 y por tanto no añade nada nuevo.

En tercer lugar, el artículo 10 recoge el **derecho a la atención social integral**. Este artículo hace referencia al desarrollo futuro del menor víctima de violencia. En este

sentido, garantiza la prestación de una atención social integral con medidas de “protección, apoyo, acogida y recuperación” por parte de las Administraciones Públicas. Especifica que la atención social integral consistirá en medidas de:

- “a) Información y acompañamiento psicosocial y socioeducativo a las víctimas.
- b) Seguimiento de las denuncias o reclamaciones.
- c) Atención terapéutica de carácter sanitario, psiquiátrico y psicológico para la víctima y, en su caso, la unidad familiar.
- d) Apoyo formativo, especialmente en materia de igualdad, solidaridad y diversidad.
- e) Seguimiento psicosocial y socioeducativo de la unidad familiar.
- f) Facilitación de acceso a redes y servicios públicos.
- g) Apoyo a la educación e inserción laboral.
- h) Acompañamiento y asesoramiento en los procedimientos judiciales, si fuera necesario”.

Adicionalmente, introduce la necesidad de coordinación entre todos los agentes que intervengan en el proceso para evitar la victimización secundaria del menor tratada *supra* y que constituye una de las preocupaciones fundamentales del Anteproyecto.

En cuarto lugar, dedica el artículo 11 al **derecho a la intervención en el procedimiento judicial** de todos los menores víctima en aras de defender sus intereses en los procedimientos en los que se encuentren por causa de violencia. Este derecho se ejercerá mediante sus representantes legales, defensor judicial designado por el Juzgado o Tribunal de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en las circunstancias establecidas en el artículo 26.2 de la LEV:

- “a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.
- b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.
- c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares”.

El segundo apartado de este artículo recoge el derecho de los menores víctima de personarse como acusación particular mediante sus representantes legales o defensor judicial en cualquier momento del procedimiento. No obstante, con ello no podrán “retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación, ni podrá suponer una merma del derecho de defensa del acusado”.

Por último, el artículo 12 recoge el **derecho a la asistencia jurídica gratuita**. Igual que ocurría con el derecho de información, este derecho ya ha sido tratado *supra* pues es otro a los que se remitía el Anteproyecto en su artículo 4 sobre principios rectores al hacer referencia a los derechos recogidos en la LO 1/1996. Al igual que hacíamos nosotros al abordar esta materia anteriormente, el Anteproyecto establece este derecho en los términos previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. No obstante, este artículo matiza el derecho con la inclusión de dos preceptos. El primero de ellos establece la “existencia de un turno de oficio especial para la asistencia y defensa de víctimas menores de edad, cuyos integrantes deberán recibir formación especializada en materia de violencia sobre la infancia y adolescencia”, que está directamente relacionado con la especialización de los profesionales recogida en el Anteproyecto como posteriormente analizaremos. El segundo de ellos se refiere a la prontitud con la que necesariamente hay que actuar en las causas con menor. Para ello, dispone que “Los Colegios de Abogados y los Colegios de Procuradores adoptarán las medidas necesarias para permitir la designación urgente de profesionales que asistan de forma inmediata” a los menores víctima y en su caso, “el abogado designado ostentará habilitación legal para la representación procesal de la víctima hasta la designación de procurador”.

3.3. Deberes

Tras recoger los principios y derechos fundamentales que en todo momento han de estar presentes en los procedimientos en los que intervenga un menor como víctima de violencia, el Anteproyecto estudia, en su Título II, el **deber de comunicación de situaciones de desprotección, riesgo y violencia** de los diferentes sujetos que participan tanto en la vida del menor como en el procedimiento. De esta forma, dedica los artículos 13 al 18 a abordar este asunto y a matizar las diferentes vertientes de este deber según se trate de la ciudadanía, de personal cualificado, de otros menores, de centros educativos y residenciales, así como también de contenido ilícito en internet o de aspectos sobre la confidencialidad y seguridad.

El artículo 13 del Anteproyecto trata el **deber de comunicación de la ciudadanía**, disponiendo la obligación de toda persona que advierta “indicios de una situación de desprotección, de riesgo o de violencia ejercida sobre una persona menor de edad” de

comunicarlo inmediatamente a la autoridad competente o a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Ministerio Fiscal o autoridad judicial en caso de que los hechos fueran constitutivos de delitos. Adicionalmente, el artículo establece la obligación, a su vez y antes de ejercer el deber de comunicación, de prestar la atención inmediata necesaria para la víctima de acuerdo con su estado. En el mismo sentido, el artículo 14 aborda el **deber de comunicación cualificado** reforzando el deber previsto en el artículo anterior para el caso de que la persona que advierta dichos indicios pertenezca a alguno de los siguientes grupos de personal cualificado, que el artículo enumera:

- a) Los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- b) Las autoridades y empleados públicos.
- c) El personal sanitario de los servicios de salud públicos y privados.
- d) El personal de los centros escolares públicos y privados.
- e) Las personas que trabajen en establecimientos públicos y privados en los que residan habitualmente niños, niñas o adolescentes”.

Además, añade el conocimiento por parte de estos sujetos de la “sospecha o indicios razonables” de amenaza a la salud y/o seguridad del menor, evento que tienen deber de comunicar a los servicios sociales especializados de protección de menores siempre que el menor amenazado no tuviera “una figura familiar o de apego” que pueda asegurar su salud y seguridad. Tras repetir la obligación de comunicación de estos sujetos cualificados si aprecian un posible delito en los términos que dispone el artículo anterior, añade la obligación de comunicar inmediatamente la posibilidad de infringir la normativa de protección de datos sobre un menor a la Agencia Española de Protección de datos. Por último, el artículo dispone el deber de participación y colaboración de estos sujetos aportando toda información de la que dispongan, estableciendo y haciendo uso de mecanismos adecuados para la notificación de todo lo establecido así como para el intercambio y comunicación de información de la que dispongan los profesionales cualificados a los que este artículo se refiere.

El artículo 15 del Anteproyecto establece el **deber de comunicación de situaciones de violencia por parte de niños, niñas y adolescentes**, esto es, por parte de otros menores que fueran en sí mismos víctimas o apreciaran cómo lo es otro menor. En este caso, no están obligados a comunicarlo personalmente sino que podrán hacerlo también a través de sus representantes legales. Sin embargo, no debemos olvidar que estos menores también pueden ser víctimas y que, como hemos mencionado, no siempre existe

alineación entre los intereses de los menores y sus representantes, como hemos explicado *supra*. Por este motivo, el artículo establece la posibilidad de anonimato para los menores que comuniquen estas situaciones poniendo a su disposición “mecanismos de comunicación seguros, eficaces, confidenciales, adaptados y accesibles” para que la salvaguarda del bienestar del menor respecto del cual comunican una situación de desprotección, riesgo o violencia, no suponga poner en riesgo su propio bienestar e integridad.

El artículo 16 establece el **deber de comunicación por parte de los centros educativos y residenciales de menores**. Hemos de tener en cuenta que los menores, en los centros educativos, pasan gran parte de su tiempo, y más aún en los casos en los que los menores residen en estos centros educativos o en otros residenciales. Por ello, en estos lugares se ha de velar por su bienestar en mayor medida y estar siempre muy atentos a las necesidades que a los menores les puedan surgir y a las nuevas circunstancias que en la vida de éstos puedan presentarse como menores víctima de violencia. No son pocas las ocasiones en las que estos centros se encuentran en una posición privilegiada para conocer de posibles abusos que pueda estar sufriendo menor. Para ello, el artículo 16 prevé la puesta a disposición de los menores por parte de los centros educativos y residenciales, al inicio de cada curso escolar o en el momento de su ingreso, de toda la “información referente a los procedimientos de comunicación de situaciones de violencia regulados por las Administraciones Públicas”. Además, los centros informarán a los menores sobre las personas responsables y a quienes puedan acudir dentro de las Administraciones Públicas, que en el siguiente apartado abordaremos. Por último, el artículo recoge la obligación de los centros de mantener toda esta información actualizada así como de llevar a cabo cualquier medida necesaria en aras de facilitar a los menores dicha información y que ésta esté a su alcance para que en cualquier momento puedan “consultarla libremente”.

Por último, en cuanto a deberes de información, se establece en el artículo 17 el **deber de comunicación de contenidos ilícitos en internet**. En primer lugar, se recoge la obligación general que cualquier persona tiene de comunicar a la autoridad competente, y en caso de poder ser hechos constitutivos de delito, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en cuanto advierta la presencia de un contenido ilícito y disponible en la red “que constituyan una forma de violencia o abuso contra cualquier niño, niña o adolescente”. En segundo lugar, se dispone que las Administraciones Públicas deben

posibilitar la existencia y buen funcionamiento de “canales confidenciales” para llevar a cabo la denuncia de dicho contenido ilícito *on-line*²¹.

3.4. Niveles de actuación

Tras exponer los principales deberes, en referencia a la comunicación como medida de previsión, principios y derechos, en Anteproyecto dispone una serie de artículos encaminados a la concienciación de los diferentes agentes y personas que intervienen en la vida diaria de los menores y que pueden ser piezas fundamentales para denunciar los abusos que el menor víctima está sufriendo para, de esta manera tomar las medidas necesarias con la mayor prontitud posible.

Con este mismo objetivo, redacta el Anteproyecto su artículo 19 sobre la **estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia**. En él, se recoge la disposición de una partida presupuestaria del Estado que habrá de destinarse a la actividad de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia por parte de las Administraciones Públicas “en consonancia con el Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia”. Esta Estrategia tendrá carácter plurianual y con carácter anual se elaborará un informe que evalúe el “grado de cumplimiento y eficacia” de dicho plan y que sirva como dato a tener en cuenta a la hora de elaborar las políticas públicas que correspondan.

Tras este artículo, el Anteproyecto dedica el resto del Título III a, como decíamos, la “concienciación, prevención y detección” por parte de los diferentes agentes que intervienen de situaciones que o bien son de violencia sobre los menores, o bien lo serán si no son detenidas a tiempo. A su vez, se detiene en los diferentes ámbitos en los que el menor se desarrolla y lleva a cabo las actividades de su día a día para establecer principios y medidas concretas y especializadas a dichos ámbitos: familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales y atención primaria y del deporte y el ocio.

²¹ “Estos canales podrán ser gestionados por líneas de denuncia nacionales homologadas por redes internacionales, siempre en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

3.4.1. Concienciación, prevención y detección

En primer lugar, el artículo 20 trata la **concienciación** por parte de las Administraciones Públicas, en tanto en cuanto éstas realizaran, mediante datos y pruebas reales, acciones informativas que tengan como objetivo que la sociedad sea consciente del derecho de los menores a ser tratados correctamente y de la violencia que se ejerce sobre la infancia en diferentes formas. También se dispone la realización de campañas encaminadas a informar sobre el uso de internet, para que éste sea responsable, seguro y lícito, incorporando además opiniones de los propios menores que permitan utilizar la herramienta de internet positivamente y aprovechando la gran ayuda que puede suponer en materia de concienciación de la violencia sobre los menores.

En el mismo sentido que se disponía en el deber de comunicación, se recoge que las acciones de concienciación se han de poner a disposición de los diferentes colectivos a los que cada acción concreta vaya dirigida, de una forma accesible y que asegure el óptimo alcance a las personas que por su condición de discapacitados o de menores necesiten una especial atención.

En segundo lugar, el artículo 21 está dedicado a la **prevención** y el artículo 22 lo completa tratando la **prevención de la radicalización en los niños, niñas y adolescentes**. En cuanto a la prevención en general, el artículo 22 dispone que se realizarán planes de prevención general: primaria, secundaria y terciaria, que estarán formados por medidas concretas en los distintos ámbitos relevantes en la vida de los menores y que en el punto posterior analizaremos. Estos programas de prevención incluirán medidas especiales y prioritarias para los colectivos que más vulnerabilidad social presentan en cuanto a la violencia sobre los menores víctima, que podrán ser considerados especialmente vulnerables por concurrir en ellos especiales factores de riesgo o por ser, *per se*, colectivos de alto riesgo (discapacitados, por ejemplo). Las medidas dedicadas a estos colectivos serán garantizadas con prioridad y a ellas serán destinados exclusivamente los recursos pertinentes. A continuación, el artículo enumera las actuaciones de prevención que en todo caso tendrán tal consideración²² para,

²² “a) Las dirigidas a la promoción del buen trato en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, así como todas las orientadas a la formación en crianza, parentalidad y educación positiva.
b) Las dirigidas a detectar, reducir o evitar las situaciones que provocan los procesos de exclusión o inadaptación social, que dificultan el bienestar y pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.

posteriormente, establecer que las actuaciones de prevención tendrán carácter prioritario y por ello los Presupuestos Generales del Estado tendrán un apartado especialmente dedicado a su tratamiento.

Fuera de la prevención en términos generales del artículo 21, el artículo 22 establece la prevención que ha de llevarse a cabo con el objetivo de evitar la radicalización de los menores. En este sentido, dispone la necesidad de adoptar con carácter urgente y por parte de las Administraciones Públicas las medidas oportunas para evitar la radicalización y adoctrinamiento de los menores tendentes a la violencia, y para llevar a cabo el tratamiento posterior en caso de ya haberse iniciado o producido dicha radicalización.

En tercer lugar, el artículo 23 trata la **detección**. Para ello, recoge la elaboración anual de programas específicos por parte de las Administraciones Públicas para la formación de los profesionales que por motivo de su actividad profesional estén involucrados en el tratamiento con menores. Éstos programas tendrán como objetivo la formación de los profesionales para que adquieran los conocimientos necesarios que posibiliten la detección de violencia ejercida sobre los menores. Una vez detectada, habrá de ser comunicado de acuerdo con el deber de comunicación cualificado recogido en el artículo 14 y tratado *supra*. Además, no solo serán los profesionales quienes sean formados, sino que también se prevé la “capacitación de las personas menores de edad” para que ellas mismas sean capaces de discernir y detectar lo que constituye una situación de violencia que se esté ejerciendo sobre ellos o sobre sus compañeros, amigos o familiares.

3.4.2. Ámbitos de actuación

Tras el establecimiento de la importancia de la concienciación, prevención y detección por parte del Anteproyecto, el resto del Título III de la ley se dedica a observar

-
- c) Las que tienen por objeto mitigar o compensar los factores que favorecen el deterioro del entorno familiar y social de las personas menores de edad.
 - d) Las que persiguen reducir o eliminar las situaciones de desprotección debidas a cualquier forma de violencia sobre la infancia y la adolescencia.
 - e) Las que fomenten la conciliación familiar y laboral, así como la corresponsabilidad parental.
 - f) Las enfocadas a fomentar tanto en los adultos como en las personas menores de edad el conocimiento de los principios y disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.
 - g) Las dirigidas a concienciar a la sociedad en general de todas las barreras que sitúan a los niños, niñas y adolescentes en situaciones de desventaja social y riesgo de sufrir violencia, así como las dirigidas a reducir o eliminar dichas barreras.
 - h) Las dirigidas a fomentar la seguridad en todos los ámbitos de la infancia y la adolescencia.
 - i) Cualquier otra que se recoja en relación a los distintos ámbitos de actuación regulados en esta ley”.

las medidas concretas y como éstas inciden en los diferentes ámbitos en los que el menor desarrolla su vida. Así, trata los ámbitos familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales y atención primaria y del deporte y el ocio.

a) Del ámbito familiar

El primero de los ámbitos a los que se dedica es el familiar, lo que parece lógico pues es aquel en el que el menor crece y se desarrolla, siendo uno de los que más puede afectarle e influirle por la condición de proximidad que sus familiares tienen con él. Al ámbito familiar se dedica la totalidad del Capítulo III del Título, estructurando sus artículos de forma que se trata la **prevención, las actuaciones específicas en el ámbito familiar y la situación de crisis familiar.**

En cuanto a la prevención, el artículo 24 establece el deber de las Administraciones Públicas de facilitar tanto a las familias como a cualquier persona que “conviva habitualmente” con menores, el apoyo necesario para evitar que los factores de riesgo finalmente lleven a una situación de víctima para el menor así como también para que puedan efectivamente llevar a cabo sus labores parentales y tutelares. Este apoyo se manifestará en una serie de medidas y objetivos que habrán de ser contempladas en los planes de prevención comentados *supra* tras la realización de un informe que detalle la situación de las familias y permita detectar sus necesidades. Entre las medidas, destacan promover el ejercicio de la parentalidad, la educación y la atención a la madre durante la gestación, así como también el desarrollo de programas de formación e información para adultos y niños.

Las medidas constitutivas de actuaciones específicas en el ámbito familiar las desarrolla el artículo 25, y tal y como éste dispone, se trata de acciones que posibilitarán la conciliación de la vida familiar y laboral, combatirán la pobreza, exclusión social y desigualdades de género en el reparto de responsabilidades referidas a los menores. Para ello, las Administraciones Públicas crearán y pondrán a disposición de familias y menores, el contenido formativo en materia de responsabilidad parental y tutelar.

El último tipo de medidas está recogido en el artículo 26 y se refieren a las situaciones en las que se ha producido una situación de crisis familiar a la que se ha de prestar especial

atención por parte de las Administraciones Públicas. De esta forma, cuando el núcleo familiar principal del menor pierde estabilidad, esto es, cuando sus padres se separan o uno de ellos cesa la convivencia familiar. Una vez más, se prevé que las Administraciones Públicas impulsen medidas tendentes a orientar y asesorar a estas familias y progenitores, con información, mediación y servicios especializados enfocados a minimizar el daño sobre los menores. En estos casos, se establece la posibilidad por parte de el Juzgado conecedor del procedimiento en caso de conflicto parental de considerar la mediación si se considera que es lo más beneficioso para el menor. Para ello, se contempla la colaboración entre el CGPJ, la FGE y las Administraciones correspondientes. No obstante, en el caso en que uno de los progenitores sea sujeto, a su vez, de un procedimiento penal por violencia sobre los menores a su cargo, esta posibilidad no será opción posible.

b) Del ámbito educativo

Una vez observado el ámbito familiar, el Anteproyecto sigue la lógica común que nos lleva al siguiente ámbito principal en la vida de los menores, el ámbito educativo. Es de conocimiento general que los menores no solo ocupan gran parte de su tiempo diario en los centros educativos, sino que además en muchas ocasiones están más tiempo en estos centros que en sus casas. Por ello, el papel de los profesionales que dictan la convivencia de los menores en los centros educativos y que contribuyen a su formación y desarrollo integral es crucial para evitar y en su caso actuar con la debida diligencia en caso de observar una situación en que un menor pueda estar siendo víctima de violencia. Por ello, el Capítulo IV del Título III del Anteproyecto dedica su articulado a este ámbito.

En primer lugar, el artículo 27 trata los **principios** de educación de calidad e integradora que ha de regir el sistema educativo español, para que sea un sistema seguro y sin violencia en el que “se garantice el respeto y promoción de sus derechos, empleando métodos pacíficos de comunicación, negociación y resolución de conflictos”. El artículo dispone que además de la formación educativa pertinente que los menores han de recibir en los centros, se les formará en el ámbito del respeto, igualdad de género, diversidad, y violencia de género, entre otros, que no solo asegure su aprendizaje sino que también constituya una herramienta que les permita detectar situaciones de violencia y saber como reaccionar a ellas.

Con el mismo objetivo de regular la forma de actuar frente a las situaciones de violencia a menores (o indicios de las mismas), el artículo 28 establece **protocolos de actuación**, referidos tanto a situaciones de acoso convencional como a aquellas que son denominadas ciberacoso y que se producen con la mediación de las nuevas tecnologías.

El siguiente artículo introduce una nueva figura que habrá de existir y actuar en todos los centros: el **coordinador o coordinadora de bienestar y protección**. Se trata de una persona que, “bajo la supervisión de la dirección del centro” llevará a cabo una labor de implementación de las medidas previstas por las Administraciones Públicas y de aseguramiento de su cumplimiento, así como de su correcta integración en la actividad de los menores. A su vez, colaborará si se estima necesario con las autoridades competentes y mediará en la resolución de conflictos, siempre respetando la normativa vigente en materia de protección de datos. En el mismo sentido, el artículo 32 establece la **supervisión de la contratación en los centros educativos** para asegurar la seguridad de los menores y el cumplimiento de la aportación de los certificados necesarios por parte del personal contratado, ya sea docente o auxiliar.

El artículo 30 vela por la **organización educativa** y para ello establece la obligatoria elaboración por parte de los centros educativos de un plan de convivencia en el que se incluirá la formación del personal en materia de violencia sobre los menores y resolución de conflictos. Además, en el plan se incluirán los protocolos y códigos de conducta acordados por el personal del centro ante cualquier situación de violencia sobre un menor (acoso, violencia física, violencia sexual, ciberacoso, etc.), ya se produzca en el centro o fuera de él.

Por último los artículos 31 y 33 se encargan de regular el **uso de los dispositivos móviles** y la **formación en materia de seguridad digital** para, por una parte, regular y limitar el uso de estos dispositivos para fines no educativos por parte de los menores en los centros y por otra parte, para formar a los menores en aquello a lo que su seguridad con las nuevas tecnologías se refiere.

c) Del ámbito sanitario, de los servicios sociales de atención primaria y del deporte y el ocio

A la hora de detectar los signos de que se pueda estar produciendo una situación de violencia sobre un menor, juegan un papel fundamental las actuaciones en el **ámbito sanitario**. Por ello, el Anteproyecto le dedica su Capítulo V del Título III y se centra en sus **actuaciones**, la creación de una **comisión frente a la violencia en los niños, niñas y adolescentes**, y a las **actuaciones de los centros y servicios sanitarios ante posibles situaciones de violencia**. En cuanto a las actuaciones en términos generales, se establece la promoción del buen trato a los menores y la prevención y detección de violencia ante los rasgos observados de violencia en menores. Para determinar su actuación, las Administraciones sanitarias competentes podrán elaborar protocolos de actuación y éstas Administraciones asegurarán el acceso fácil y adaptado a su edad a los menores que precisen tratamientos y rehabilitaciones, prestando una especial atención su salud mental. En segundo lugar, se recoge la creación de una Comisión frente a la violencia sobre los menores, que habría de crearse en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley – cuestión que queda en situación de incertidumbre ante el cambio de gobierno – y que tendría como objeto la planificación y creación de medidas y un “protocolo común de actuación sanitaria”. Por último, el artículo 36 recoge que ante situaciones de violencia, en los propios centros sanitarios habría de aplicarse el mencionado protocolo común.

Además del ámbito sanitario, es muy relevante el **ámbito de los servicios sociales de atención primaria** recogido en el Capítulo VI del mismo Título. Los profesionales de los Servicios Sociales han de poder ejecutar sus actividades sin obstáculos y de la forma que mejor asegure la salvaguarda del bienestar de los menores. Por ello, el artículo 37 dispone las **actuaciones por parte de los servicios sociales de atención primaria**, que ostentarán la condición de agente de la autoridad para llevar a cabo las actuaciones necesarias y podrán, para ello, actuar conjuntamente con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el MF y los servicios sanitarios, entre otros. Podrán además solicitar al órgano judicial competente que adopte las medidas necesarias para las situaciones de urgencia. El artículo 38 establece **equipos de intervención** integrantes de los Servicios Sociales, formados por profesionales especialmente formados en materia de detección, valoración e intervención frente a las situaciones en los que se produce violencia sobre los menores. Además, estos equipos estarán integrados, como dispone el artículo 39, por

“profesionales de la Educación Social, de la Psicología y del Trabajo Social”. Por último, los artículos 40 y 41 recogen, respectivamente, la elaboración por parte de estos equipos de **planes de intervención** que prevean su actuación interdisciplinar y coordinada con los diferentes cuerpos con los que pueden actuar conjuntamente, tanto si el hecho ha ocurrido como si se trata de una sospecha fundada, y el **seguimiento y registro de los casos de violencia sobre las personas menores de edad**.

El último ámbito que trata el Anteproyecto es el **ámbito del deporte y del ocio**, que supone también un aspecto de importancia en la vida de muchos menores que dedican gran parte de su tiempo al deporte y por ello pueden ser especialmente vulnerables en este ámbito o en él se puede detectar precozmente una situación de violencia. Por ello, los artículos 44 y 45, integrantes del Capítulo VIII del Título III se dedican a ello. El primero recoge los **protocolos de actuación frente a la violencia en el ámbito deportivo** que serán aprobados por las Administraciones Públicas y serán de aplicación obligatoria en todos los centros deportivos y de ocio pero con mayor intensidad en “la Red de Centros de Alto Rendimiento y Tecnificación Deportiva, Federaciones Deportivas y Escuelas municipales”. El segundo, se dirige especialmente a las **entidades que realizan actividades deportivas o de ocio con personas menores de edad de forma habitual** disponiendo que los profesionales que en ellas trabajen habrán de recibir una formación específica y además cumplir con una serie de obligaciones referidas a la aplicación de protocolos, a la implantación de sistemas de monitorización, al fomento de la participación de los menores para su correcto desarrollo y formación, así como a la adopción de la figura del “delegado de protección” que será la figura análoga al “coordinador de bienestar y protección” en los centros educativos, y a la adopción de las medidas necesarias para cumplir con todo lo dispuesto en los protocolos y asegurar el bienestar de los menores y sus familias.

3.5. Especialización profesionales

Debido a la delicada situación moral, física y psicológica de los menores víctimas de violencia y para evitar en la mayor medida posible su victimización secundaria, en todas las fases de un proceso con menores o «causa con niño», los funcionarios han de estar especializados de acuerdo con el principio de especialización tratado *supra*. En este sentido, el Anteproyecto recoge numerosas disposiciones que se refieren a los diferentes

cuerpos de profesionales que intervienen en estas causas, exponiendo, en primer lugar y de manera general e introductoria, el importante deber de formación de los profesionales que actúan en el ámbito de competencias de las Administraciones Públicas.

3.5.1. Contextualización

Como decíamos y a modo de contextualización e introducción general, el Anteproyecto dedica el artículo 5 de su Título Preliminar a la **formación** en términos globales y refiriéndose a la totalidad de instituciones que intervienen en los procedimientos en los que la víctima es un menor de edad. En dicho artículo se establece, en primer lugar, la obligación de promoción y garantía por parte de las Administraciones Públicas de una “formación continua y especializada” a los diferentes profesionales que actúan en el ámbito de sus competencias. El artículo establece el contenido mínimo de dicha formación deberá contener²³ y además dispone la necesidad de formar a los profesionales educativos en materia de educación inclusiva, así como de facilitar a los abogados por sus Colegios de Abogados el fácil acceso a la información específica y relevante que necesiten para el caso concreto en cuestión y materia de menores. Por último, el artículo establece que la actividades encaminadas a la formación de los diferentes profesionales ha de diseñarse en sintonía con las medidas frente a la violencia de género y con las necesidades concretas de colectivos especialmente vulnerables como pueden ser los menores con discapacidad, con un origen racial o étnico dispar, con una situación económica difícil y de acuerdo a su orientación sexual.

3.5.2. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

A la hora de tratar la especialización de la formación de los diferentes funcionarios que intervienen en los procedimientos en los que un menor es víctima, ocupan una posición muy importante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pues en numerosas ocasiones es a ellos a quienes se acude en primer lugar y quienes han de

²³ “Dicha formación comprenderá como mínimo:

- a) La educación en la prevención y la detección precoz de toda forma de violencia a la que se refiere esta ley.
- b) Posibles actuaciones a llevar a cabo una vez que se han detectado indicios de violencia.
- c) Formación específica en seguridad y uso seguro de Internet, con el objetivo de mejorar la prevención y detección de toda forma de violencia on line sobre las personas menores de edad.
- d) El buen trato a los niños, niñas y adolescentes.
- e) Identificación de los factores de riesgo.
- f) Mecanismos para evitar la victimización secundaria”.

facilitar la resolución de los conflictos en su fase más candente. Por todo ello, en la legislación vigente se presta especial atención a la especialización de los funcionarios policiales.

Los funcionarios policiales son los primeros en asistir a los menores cuando acuden a las dependencias policiales, y a pesar de no ser una fase procesal *per se* nos parece relevante su tratamiento por la gran trascendencia que tiene en el desarrollo futuro del procedimiento. Dado que en gran parte de las ocasiones supone el inicio de la fase de instrucción, la policía ha de estar muy especializada en el asesoramiento tanto técnico como psicológico que efectuará a los menores, para además poder evitar con ello la victimización secundaria expuesta *supra*.

No hemos de olvidar que se ha de respetar el principio procesal de mínima intervención de los menores. Este principio se encuentra recogido en las Reglas de Beijing de las Naciones Unidas²⁴ así como en el Recomendación nº(87) 21, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, de 17 de septiembre de 1987. La mínima intervención a que se refiere este principio alude a la menor intervención posible de la autoridad judicial en el desarrollo del proceso penal para no provocar perjuicios innecesarios en la psicología y la persona del menor, así como para evitar la victimización secundaria. De esta forma y para la consecución de este objetivo, se establecen medidas de desjudicialización mediante fórmulas como son la conciliación, mediación o prueba preconstituída. Por todo ello, las declaraciones del menor han de ser las menores posibles en número y en duración por lo que ha de conseguirse su máxima eficiencia y eficacia.

Así, la legislación vigente prevé que no solo han de estar especializados sino también han de velar por el cumplimiento del principio de mínima intervención. Así, en la normativa actualmente aplicable, el artículo 21 de la LEV, sobre la **protección de la víctima durante la investigación penal**²⁵, se pronuncia en este sentido y define las claves

²⁴ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1985, A.G. res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53. (Disponible en <https://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm>)

²⁵ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. (BOE, núm. 101, de 28/04/2015). Artículo 21: Protección de la víctima durante la investigación penal

de la actuación de los funcionarios en sede judicial para la óptima exploración del menor salvaguardando siempre su protección.

En cuanto a lo que dispone el Anteproyecto, éste va un paso más allá y establece, en su artículo 46 que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas “contarán con **unidades especializadas** en la prevención y detección de situaciones de violencia contra la infancia y preparadas para una correcta y adecuada actuación ante tales casos”. Es decir, no solo se prevé la formación específica de, en general, todos los cuerpos y profesionales que intervienen, sino que, además, se dispone la existencia de unidades especializadas para ello. En cuanto a los **criterios de actuación**, regulados en el artículo 47, se dispone que estarán regidos en todo momento por la observancia del interés superior del menor en cuestión en atención, como explicamos *supra*, al caso concreto pues no pueden establecerse unos rígidos y universales criterios de actuación en esta materia ya que, sin ir más lejos, el grado de madurez del menor que se trate es un factor tan casuístico como determinante. Pese a ello, se establecen unos criterios básicos²⁶ y la obligación de seguir las pautas comunes señaladas en los protocolos de actuación policial con personas menores de edad y en su caso, de violencia doméstica.

“Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal velarán por que, en la medida que ello no perjudique la eficacia del proceso:

- a) Se reciba declaración a las víctimas, cuando resulte necesario, sin dilaciones injustificadas.
 - b) Se reciba declaración a las víctimas el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal.
 - c) Las víctimas puedan estar acompañadas, además de por su representante procesal y en su caso el representante legal, por una persona de su elección, durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir, salvo que motivadamente se resuelva lo contrario por el funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia para garantizar el correcto desarrollo de la misma.
 - d) Los reconocimientos médicos de las víctimas solamente se lleven a cabo cuando resulten imprescindibles para los fines del proceso penal, y se reduzca al mínimo el número de los mismos”.
- ²⁶ “a) Se adoptarán de forma inmediata todas las medidas provisionales de protección que resulten adecuadas a la situación de la persona menor de edad.
- b) Se obviará la práctica de toda diligencia en la que intervenga la persona menor de edad que no resulte imprescindible. En concreto, únicamente se procederá a oír en declaración al niño, niña o adolescente cuando ello sea absolutamente necesario para la elaboración del atestado policial. En tal caso, se realizará en una sola ocasión y a través de profesionales específicamente formados.
 - c) Se practicarán sin dilación todas las diligencias imprescindibles que impliquen la intervención de la persona menor de edad .
 - d) Se impedirá cualquier tipo de contacto directo o indirecto en dependencias policiales entre la persona investigada y la víctima.
 - e) Se dispensará un buen trato al niño, niña o adolescente, con adaptación del lenguaje y las formas a sus circunstancias personales.
 - f) Se procurará que el niño, niña o adolescente se encuentre en todo momento en compañía de una persona de su confianza”.

3.5.3. Poder Judicial

El Poder Judicial, de acuerdo con el artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁷ – en adelante LOPJ – es competente para conocer y enjuiciar en los Juzgados de Instrucción y en el orden penal de aquellas situaciones que, por eliminación, no sean objeto de los Juzgados de Menores ni de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer. No obstante, debido a la falta de unos juzgados especializados en materia de menores víctima de violencia, es latente la necesidad de la especialización del poder judicial en este aspecto.

Ante esta necesidad, en Anteproyecto en su Disposición Final Séptima **modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial**. La modificación alcanza diferentes aspectos. En primer lugar, se incluye en el curso de selección de la Escuela Judicial un programa de formación multidisciplinar que entre su contenido abarca un “estudio en profundidad de la legislación nacional e internacional” en materia de menores y sus derechos, prestando “especial atención a la Convención sobre los Derechos del Niño y sus observaciones generales”. En segundo lugar, se modifica el contenido de las pruebas selectivas añadiendo “el estudio de la tutela judicial de los derechos de la infancia y la adolescencia, su protección y la aplicación del principio del interés superior del menor”. En tercer lugar, se establece la formación por parte de la Escuela Judicial en materia de tutela judicial de los derechos de los menores y de detección y tratamiento de situaciones de violencia. El alcance de esta formación se ampliará a los colectivos especialmente vulnerables como son los menores discapacitados, todo ello con el aporte de un visión práctica y transversal “por los miembros de la Carrera Fiscal, el Cuerpo de Letrados y demás personal al servicio de la Administración de justicia” esto es, de forma coordinada con la totalidad de profesionales que intervienen en un procedimiento con menores víctimas.

3.5.4. Ministerio Fiscal

Si bien es de conocimiento común y generalizado la intervención del Ministerio Fiscal en promoción y defensa de los intereses públicos, tampoco ha de obviarse ni dejar de destacar la clara necesidad de tratar de manera diferenciada determinadas materias que

²⁷ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE, núm. 157, de 02/07/1985).

tienen una especial relevancia por razón de los sujetos a los que afectan, como es el caso de los procedimientos en los que intervienen menores de edad.

Por ello, en numerosas ocasiones se ha evidenciado la necesidad de la especialización del MF. En ese sentido, existe la figura del “Fiscal de Sala Delegado del Fiscal General del Estado” en materias como Extranjería o Violencia Sobre La Mujer, que se ha establecido por ley²⁸. No obstante, existen materias en las que no esta legalmente establecida la presencia de esta figura y son las capacidades que el artículo 22 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal²⁹ – en adelante EOMF – atribuye a los Fiscales para su organización, las que permiten que se constituyan Fiscales de Sala para materias como la protección de menores.

Al margen de esta capacidad del MF, existe una necesidad de constituir tanto una legislación unificada en materia de menores – lo cual hace este Anteproyecto, con gran incertidumbre sobre su futuro, como bien comentamos en las conclusiones – como una protección legalmente establecida para los menores posibilitando la creación de Fiscales de Sala Delegados y de unos juzgados especializados en materia de menores, ya no solo como los Juzgados de Menores que están dedicados a “exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”³⁰, sino como unos Juzgados de Violencia Sobre el Menor que busquen la protección de la víctima menor de igual que lo hacen los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer. Por ello, el Anteproyecto regula en su Disposición Final 12^a este aspecto y dispone que se ha de **crear**

²⁸ Real Decreto 709/2006, de 9 de junio, por el que se establece la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para el año 2006. (BOE, núm. 138, de 10 de junio de 2006).

²⁹ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. (BOE, núm. 11, de 13/01/1982).

Artículo 22, tercero:

“El Fiscal General del Estado podrá delegar a los Fiscales de Sala funciones relacionadas con la materia propia de su competencia. Los Fiscales de Sala Delegados asumirán dichas funciones en los términos y con los límites que establezca el acto de delegación, que será revocable y en todo caso se extinguirá cuando cese el Fiscal General. Dentro de tales límites, los Fiscales de Sala podrán proponer al Fiscal General del Estado las Circulares e Instrucciones que considere necesarias, participar en la determinación de los criterios para la formación de los Fiscales especialistas y coordinar a nivel estatal la actuación de las Fiscalías, sin perjuicio de las facultades de los respectivos Fiscales Jefes de los órganos territoriales”.

³⁰ Artículo 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (BOE, núm. 11, de 13/01/2000).

una jurisdicción especializada en Infancia, Familia y Capacidad. Esto no solo concierne al MF, sino que influye también al resto de profesionales tratados *supra*.

Como ya hemos mencionado, existe una evidente necesidad de crear una jurisdicción especializada en la materia que aborda este trabajo. Esto mismo ha sido apreciado por el legislador, que, en remedio de la situación establece en esta Disposición Final la creación, en el plazo de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la ley, de la mencionada jurisdicción especializada dentro del orden jurisdiccional civil. Con ello, habrá de especializarse todo el Poder Judicial implicado, en términos de Magistrados, Jueces y planta judicial en general así como también habrá de regularse de manera acorde en el EOMF.

3.6. Prueba Preconstituída

3.6.1. Contextualización

A la hora de tratar la prueba preconstituída, hemos de, en primer lugar, situarla en el contexto del procedimiento en el que se produce.

El momento en el que aparece la prueba preconstituída es en la declaración del menor en fase de instrucción. Tras la denuncia en sede policial por parte del menor se ha de realizar una extensa investigación con objeto de esclarecer los hechos denunciados y en su caso, iniciar el proceso pertinente y con ello, su fase de instrucción. Para obtener el testimonio del menor en la fase de instrucción, ha de observarse tanto su protección y la salvaguarda del principio de su interés superior, como la necesidad de llevar a cabo un juicio justo que logre la eficaz persecución del hecho delictivo y la óptima solución para el imputado. En nuestro OJ, para que un juicio sea justo es indispensable que las partes puedan efectuar sus derechos de contradicción y defensa. Así, nuestro Tribunal Constitucional ha especificado en diferentes sentencias como la regla general para todo proceso es la eficaz garantía del derecho de defensa mediante la posibilidad de contradicción³¹. Este derecho de contradicción lleva aparejado la existencia de un juicio

³¹ Por ejemplo, en la STC 93/2005, de 18 de abril y STC 12/2006, de 16 de enero el TC establece que “corresponde a los órganos judiciales velar porque en las distintas fases de todo proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes para que éstas posean idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, puedan ejercitar su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen”.

contradictorio en el que el imputado pueda defenderse de aquello de lo que es acusado, rebatiendo las pruebas que le incriminan y ejerciendo su derecho a ser oído alegando lo que considere pertinente.

El derecho del acusado a un juicio contradictorio se recoge en el artículo 6.3 del Convenio Europeo de los Derechos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, que en su letra d)³² establece:

“3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

[...]

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”.

Este artículo refleja como el derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales que tienen todas las personas en el ejercicio de sus intereses legítimos y la prohibición de la indefensión establecidas en el artículo 24.1 CE tienen su manifestación práctica en la obligación de llevar a cabo los actos de comunicación entre las partes que la ley establece a fin de garantizar el derecho de contradicción y con ello, el derecho de defensa y juicio justo que venimos tratando.

En este sentido cobra especial relevancia en el asunto que estamos tratando la declaración del menor ya que constituye el testimonio que será la base de la acusación y ante la que el acusado ha de defenderse. La Circular FGE 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos³³ pone de manifiesto el problema que surge al obtener la declaración del menor ya que han de considerarse su especial condición de menor de edad puesto que la intervención del menor en un juicio puede producirle graves efectos psicológicos perjudiciales a largo plazo si es vivido como una situación estresante en la que se pone de manifiesto su especial vulnerabilidad. Por ello, a la hora de declarar ante un Tribunal, se establece la necesidad de confrontar al menor y

³² Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. (BOE, núm. 108, de 6 de mayo de 1999).

³³ Circular 3/2009, de 10 de noviembre, Sobre protección de los menores víctimas y testigos (Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2010_vol1_circu_03.pdf?idFile=06f6365a-fbe3-4637-b1a9-05da09741814).

al agresor de la manera que mejor evite las secuelas traumáticas que la intervención en el juicio del menor pueda provocar tal y como hemos explicado *ut supra* en el desarrollo del concepto de victimización secundaria.

La declaración de los menores ha de obtenerse de una manera que completamente se adapte a la condición y circunstancias particulares de cada uno de ellos, en especial atención a su edad y madurez, otorgando la asistencia y apoyo necesarios y adoptando todas las medidas que se consideren necesarias para evitar o minimizar los perjuicios que a los menores se les puedan ocasionar. El Consejo de Europa en sus Recomendaciones impone el límite de lo estrictamente necesario al número de declaraciones y en general, de cualquier acto de comunicación con el menor (del que ya hemos hablado *supra*), y posibilita la grabación de las declaraciones para no solo limitar el número de las mismas sino también evitar que intimiden al menor. Además, el Consejo de Europa enuncia la necesidad de impedir el contacto directo del menor con el acusado y para ello propone el uso de salas de espera y la habilitación de salas especiales en las que se produzca el trato con los menores. Todo ello con el objeto de cumplir con lo dispuesto en la Resolución 2005/20 del ECOSOC³⁴, de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos cuyo punto 12 se refiere al derecho de seguridad de los menores durante el proceso y cuyo punto 14 hace referencia al derecho de los menores de medidas preventivas especiales durante el proceso.

Dado que la declaración del menor es en numerosas ocasiones la única prueba existente para condenar al imputado, la LEV dedica sus artículos 25 y 26 a las medidas de protección de los menores en estos momentos del proceso. Además de la necesidad de que el menor testifique en estos casos (como por ejemplo, en situaciones de abusos y explotación sexual al menor o maltrato familiar), la LEV subraya la necesidad de producir el menor daño en concepto de victimización secundaria al menor que ya hemos abordado.³⁵

³⁴ Directrices 2005/20 sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, del Consejo Económico y Social. E/2005/INF/2/Add.1. (Disponible en https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf).

³⁵ En este sentido se pronuncia la STS 19/2013, de 9 de enero, que se refiere a los casos de violencia sexual en los que el testimonio del menor es “la única prueba directa sobre los hechos” ya que las demás pruebas narran de nuevo lo mencionado en dicho testimonio.

En lo que a la forma de llevar a cabo la declaración del menor en sí, el artículo 433 de la LECrim establece:

“En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales”.

No obstante, tras la reforma efectuada por la LO 8/2006³⁶ al artículo 433 de la LECrim, el MF ya no está obligatoriamente presente en la declaración del menor sino que esto desaparece y queda al arbitrio del juez la ponderación de la necesidad de presencia de expertos y/o del MF de acuerdo con las características personales del menor en cuestión y también con el delito que se esté tratando. No obstante, esta obligación ha desaparecido para la fase de instrucción pero no para la fase de juicio oral o pues el artículo 706 LECrim dispone su presencia cuando el menor sea mayor de 14 años de edad (remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 434 LECrim).

3.6.2. Legislación vigente

La prueba preconstituída está regulada implícitamente en el artículo 488 de la LECrim, que se refiere a una excepción a la obligación de practicar la prueba delante del órgano jurisdiccional para que ésta tenga capacidad probatoria y pueda servir como elemento que atente contra la presunción de inocencia del inculpado.

“La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”.

Este artículo se amplía con lo dispuesto en el artículo 730 LECrim:

³⁶ Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (BOE, núm. 290, de 5 de diciembre de 2006).

“Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

El punto de inflexión de la prueba preconstituída se produce con la STJCE de 16 de junio de 2005, conocida como “Caso Pupino”³⁷. En esta sentencia, se resuelve el asunto de acuerdo con la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI)³⁸. La sentencia se refiere a los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión Marco³⁹. El artículo 2 obliga a tratar a las víctimas con el “debido respeto de acuerdo a su dignidad personal y velando por las víctimas especialmente vulnerables”, el artículo 3, por su parte, obliga a la escucha de las víctimas a fin de garantizar nuevos elementos de prueba. Es el artículo 8 en su apartado 4 el que fue el más controvertido en el Caso Pupino pues este artículo de la Decisión marco era el que más contradecía el derecho nacional (italiano, en este caso) al disponer que se ha de proteger a las víctimas, especialmente si son colectivos especialmente vulnerables como en el caso de los menores de edad, de las “consecuencias de prestar declaración en audiencia pública”. Así, este artículo permite que la declaración se preste por cualquier

³⁷ STJCE, de 16 de Junio de 2005, asunto C-105/03.

³⁸ Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI).
(Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001F0220&from=CS>).

³⁹ En primer lugar, el artículo 2 establece:

“1. los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal. Seguirán esforzándose por que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, y reconocerán sus derechos e intereses legítimos en particular en el marco del proceso penal.

2. Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación”.

El artículo 3 dispone:

“Los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal”.

El artículo 8 recoge, en su apartado 4:

“Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho”.

medio adecuado a Derecho que permita alcanzar este fin. Es así como se establece la posibilidad para las víctimas menores de edad, de testificar con anterioridad a la celebración del juicio oral.

Esto mismo señala la STS 1347/2018, del 12 de abril, al fundamentar la prueba preconstituída en que “no se trata sólo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejan esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad. La concurrencia de un profesional experto en la realización de esas entrevistas tiene un valor especial, aunque desde luego resulta irrenunciable la dirección y supervisión judicial y la contradicción asegurada por la presencia de todas las partes”.

En definitiva, tal y como defiende la Fiscal MARTÍN NÁJERA, P⁴⁰., el Caso Pupino constituye el punto de inflexión de la prueba preconstituída ya que frente a la jurisdicción nacional de cualquier Estado ha de observarse lo dispuesto por la LEV en estos artículos pues el órgano jurisdiccional nacional ha de posibilitar la garantía de la protección adecuada a los menores víctimas y ello se consigue, por ejemplo, mediante la autorización de su declaración antes de la celebración de la audiencia pública. En cada situación y para cada menor, como ya hemos mencionado anteriormente, habrá que ponderar sus especiales circunstancias y los daños que se le puedan producir si ha de asistir al juicio con objeto de observar la necesidad y autorizar, en su caso, la preconstitución de la prueba mediante la grabación de su declaración. Estas mismas líneas sigue el Protocolo básico de Intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar, de 22 de noviembre de 2007, del Observatorio de la Infancia⁴¹ al recordar la obligación establecida en el artículo 707 y 731 bis LECrim respecto de la necesidad de evitar el confrontación entre la víctima y el inculpado, la posibilidad de declarar mediante videoconferencia y la obligación de grabar la declaración. Además, afirma la posibilidad del menor de declarar en fase de

⁴⁰ MARTÍN NÁJERA, P., “Víctimas especialmente vulnerables: Menores en situación de violencia”, *El Estatuto de la víctima. Referencia a desaparecidos*, 20 y 21 de abril de 2017 (Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Pilar%20Mart%C3%ADn%20Nájera.pdf?idFile=5553e7a3-ee00-447b-98e7-ae74dc65f321).

⁴¹ (Disponible en http://www.observatoriodelainfancia.mscbs.gob.es/productos/pdf/MaltratoInfantil_accesible.pdf).

instrucción en los casos en los que sea necesario y que para evitar su victimización secundaria sea conveniente la prueba preconstituída.

3.6.3. El Anteproyecto

El Anteproyecto dedica la totalidad de su Disposición Final 3ª a la modificación de la LECrim. En primer lugar, el precepto se ocupa de la dispensa del deber de declarar modificando el artículo 416 de la LECrim como *infra* abordaremos, y en segundo lugar versa sobre la prueba preconstituída que nos ocupa en este apartado.

En las mismas líneas que venimos tratando modifica el Anteproyecto la LECrim en cuanto a lo que la prueba preconstituída se refiere. Por una parte, introduce un nuevo precepto 448 bis en el que se establece la práctica de la “**exploración** como prueba preconstituída con todas las garantías de la práctica de la prueba en el juicio oral” acordada en todo caso por el Juzgado de Instrucción en los supuestos en que un menor de catorce años o una persona discapacitada haya de intervenir en calidad de víctima o testigo y haya sido objeto de lesiones físicas o psíquicas en un delito no calificado como leve. Como anteriormente hemos explicado, el principio de contradicción ha de estar presente en cualquier juicio que haya de ser considerado justo y por ello se prevé la presencia del investigado en la práctica de dicha exploración pero siempre evitando su confrontación visual con la víctima mediante cualquier medio técnico. Todo ello se realizará mediante la aportación de los documentos debidos así como mediante la grabación de la exploración conforme a Derecho.

Por otra parte, se introduce un artículo 703 bis que amplía y continúa lo establecido en el artículo 448 bis que acabamos de tratar. Establece que a la hora de reproducir, a instancia de parte, la exploración efectuada **no será necesaria la presencia del menor o discapacitado** a quien se hubiera efectuado. Así, no se requerirá la presencia de éste en el acto juicio, al no ser que ello sea beneficioso para el menor o discapacitado o no se hubieran cumplido los requisitos establecidos en el artículo 448 bis a la hora de practicar la exploración y ello suponga para alguna parte indefensión. Además, se modifica el artículo 707 para añadir que en el caso en que se deba acudir al acto del juicio por los motivos previamente destacados, se hará **evitando la confrontación visual con el inculpado**. El mismo sentido, se prevé, mediante la modificación del artículo 730, que se puedan **reproducir las diligencias practicadas en el sumario** que no puedan practicarse

de nuevo en el juicio oral por la condición de especial vulnerabilidad del menor víctima y su protección. Es la modificación del artículo 777 la que explícitamente dispone que habrá de **practicarse prueba preconstituída** por parte del Juzgado de Instrucción en los supuestos definidos en el artículo 448 bis analizado anteriormente. Por último, se modifica el artículo 788 para establecer de nuevo que no será necesaria la presencia del menor tal y como recoge el artículo 703 bis cuando se haya practicado la prueba preconstituída.

De esta forma, se cierra el círculo entre todos los artículos que hacen referencia a la prueba preconstituída y se logra una unificación legal armonizada y coherente con las necesidades de los menores víctimas en los procesos, legislación que, como comentaremos en las conclusiones, estimamos tanto nosotros como la doctrina, necesaria en materia de menores víctima de delitos.

3.7. Dispensa deber de declarar artículo 416 LECrim

3.7.1. Contextualización

Al igual que realizamos con la prueba preconstituída, para tratar la dispensa del deber de declarar establecida a favor de los menores víctimas en los procesos, contextualizaremos su ubicación dentro del proceso y trataremos posteriormente su legislación vigente y propuesta por el anteproyecto.

La dispensa del deber de declarar se refiere a la declaración del menor en la fase del juicio oral, que se producirá si no se ha determinado que deba de hacerse en momentos anteriores como prueba preconstituída. Para ello, el menor tendrá que tener un grado de suficiente madurez y que el perjuicio que la declaración le produzca no alcance a mermar su interés superior. A la hora de llevar a cabo la declaración del menor en la fase de juicio oral, ha de hacerse observando el interés superior del menor y tratando de minimizar los factores que a los menores puedan suponerles el mayor grado de estrés. A este aspecto hace referencia la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2009⁴² cuando enumera los factores estresantes para los menores durante el juicio:

⁴² Circular 3/2009, de 10 de noviembre, Sobre protección de los menores víctimas y testigos. (Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2010_vol1_circu_03.pdf?idFile=06f6365a-fbe3-4637-b1a9-05da09741814).

- “1) permanecer solo en el lugar destinado a los testigos;
- 2) la proximidad del abogado defensor y la posibilidad de llegar a ser acusado de mentir;
- 3) la posición en un lugar elevado de los actores del proceso;
- 4) el público asistente;
- 5) las togas de los intervinientes;
- 6) el que se le exija hablar en alto;
- 7) la utilización de un vocabulario legal ininteligible, especialmente cuando son examinados por el abogado de la defensa;
- 8) la presencia del acusado”.

Dicha Circular no solo manifiesta los factores estresantes sino que propone medidas que deberían llevarse a cabo a fin de minimizar el efecto de estos factores e incluso erradicarlos:

- “1) procurar que el menor sea el primero en declarar, evitando esperas en la puerta de la sala de juicios;
- 2) celebrar el juicio a puerta cerrada;
- 3) separar al menor del acusado o tomarle declaración en otra sala, o evitando la visión directa con mamparas;
- 4) proporcionarle compañía durante la declaración (psicólogo o familiar), sobre todo para niños más pequeños;
- 5) utilizar un lenguaje comprensible;
- 6) suprimir el uso de togas durante la declaración del menor y
- 7) permitir que declaren sentados».

En este sentido y de acuerdo con lo dispuesto por la FGE, el legislador trata de regular que la declaración de los menores de edad se realice con especial protección. Así, el artículo 707 en su párrafo segundo de la LECrim establece que ha de evitarse la confrontación visual para minimizar los perjuicios que el proceso pueda suponerle al menor⁴³.

⁴³ Así, establece que:

“La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación”.

La misma Directiva se ha pronunciado respecto de este artículo⁴⁴ y ha indicado que cuando quien ha de comparecer es menor de edad, se ha de poner en marcha el sistema de garantías para proteger su interés superior puesto que su intervención en el juicio resulta perjudicial y por ello se puede utilizar la videoconferencia para evitar confrontaciones visuales como ya había indicado la Instrucción 1/2002, de 7 de febrero⁴⁵. El uso de la videoconferencia para declarar por parte de los menores viene recogido en el artículo 731 bis de la LECrim⁴⁶.

El método de declaración por videoconferencia es válido siempre que no quebrante el principio de inmediación (que a su vez garantiza el principio de contradicción y defensa en tanto en cuanto son derechos del imputado), que es definido por el poder judicial como “la necesidad de que todos los sujetos procesales reciban la prueba de una manera directa, inmediata y simultánea. Es necesario que las pruebas lleguen al ánimo del juez sin alteración alguna. A la hora de recibir la prueba el juez debe estar en comunicación directa con los demás sujetos del proceso. Se aplica la regla de la oralidad en la fase de juicio para hacer efectiva esa indicación”. Por lo tanto, siempre que la declaración del menor se reciba en tiempo real y sea escuchada por los miembros del tribunal, acusación y defensa, permitiéndose un contacto bidireccional y transmitiéndose a la vez el sonido y la imagen, será perfectamente válido que el menor declare por videoconferencia.

La LEV establece en sus artículos 25 y 26 una serie de medidas que se refieren a la presencia de los menores en el juicio y recoge esta forma de declaración del menor en su artículo 25, disponiendo que se podrán adoptar “medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas”.

⁴⁴ Dispone que «Una interpretación sistemática de los arts. 707 y 731 bis LECrim lleva a la conclusión de que cuando el testigo es menor debe automáticamente ope legis-, entenderse que su comparecencia resulta gravosa o perjudicial y que por tanto, puede acudir al uso de la videoconferencia».

⁴⁵ Instrucción 1/2002, de 7 de febrero, acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia.
(Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ins01-2002.pdf?idFile=a559512d-841f-470b-bafc-a61361afd4bf).

⁴⁶ Este artículo dispone:
“El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, [...] y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, [...]”.

3.7.2. Legislación vigente

La posibilidad de la exención a la hora de declarar encuentra su base constitucional en el artículo 24.2 de la CE que establece que “la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos” y está regulada en el artículo 416 LECrim:

“Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.

2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.

3. Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación”.

Además, para las fases de denuncia y juicio oral (examen de los testigos), la exención del deber de declarar se regula en los artículos 216 y 707 LECrim, respectivamente.

La dispensa del deber de declarar tiene su origen en la salvaguarda de los vínculos familiares que afectan y unen al testigo con el imputado (en su condición de parientes en línea recta, cónyuge o persona de análoga relación de afectividad y hermanos consanguíneos o hasta el segundo grado civil) así como también en el mantenimiento de la intimidad del testigo en tanto es un derecho fundamental del mismo, como afirma la STS 459/2010, de 14 de mayo “no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento”. En cuanto a los vínculos de solidaridad, la STC 94/2010, de 15 de noviembre, se pronuncia afirmando que “el Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los arts. 416 y 707 LECrim los

vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado. Y califica la información sobre dicha dispensa, en los supuestos legalmente previstos, como una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos [...] reputando nulas y, en consecuencia, no utilizables las declaraciones prestadas contra el procesado sin la previa advertencia, al no haber sido prestadas con todas las garantías”. Es en este segundo punto de la consideración del TC donde aparecen los problemas en la cuestión de la exención del deber de declarar en los menores de edad.

El mayor problema en relación con la exención recogida en el artículo 416 de la LECrim se encuentra en la obligación de informar al menor de la posibilidad de no declarar y del hecho de que no está obligado a hacerlo en el caso en que se cumplan las condiciones de parentesco del artículo. El DEFENSOR DEL PUEBLO⁴⁷ pone en evidencia este problema dado que, según observa, es el caso general la no información al menor de esta exención. Ello conlleva la duda de la eficacia procesal de su testimonio cuando un menor declara sin haber sido informado de esta posibilidad de no declarar contra su agresor.

Otro problema en relación con la exención del deber de declarar es la exclusión de la posibilidad de dispensa para la víctima que ejerza la acusación particular, que se estableció en el Acuerdo no jurisdiccional de 24 de abril de 2013, del Pleno del TS en el que se decidía sobre el alcance del artículo 416 LECrim. No obstante, la exclusión de la obligación de declarar en el caso en que se trate de la acusación particular no solventó las cuestiones problemáticas que se siguen dando en la práctica por la tan consolidada jurisprudencia de la posibilidad de dispensa sin límites y en cualquier momento del proceso. Ello supone el control del procedimiento por parte de la víctima pues como hemos tratado *supra*, en numerosos procedimientos la declaración de la víctima constituye la única prueba directa y por ello, la no comparecencia conllevaría la absolucióndel imputado.

⁴⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO, *La escucha del menor, víctima o testigo*, Madrid, 2015. (Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/Ver-estudio.pdf>).

De esta forma, las cuestiones problemáticas respecto de la dispensa del deber de declarar son, en primer lugar, la necesidad de que los menores sean informados de la misma y a partir de que edad los menores gozan de madurez suficiente para poder acogerse a la dispensa, así como también la nulidad de su declaración si no han sido informados, y en segundo lugar, el límite de la condición de acusación particular para poder acogerse a este derecho, cuestión que ya hemos abordado.

En cuanto a la primera cuestión existen varios aspectos en los que nos debemos detener. Por una parte, ya hemos mencionado que generalmente no se informa a los menores de su posibilidad de no declarar. No obstante, la edad juega un papel fundamental en este sentido pues en todos los casos no es obligatorio sino que solo habrá de informarse cuando el menor tenga la madurez suficiente para entender lo que conlleva acogerse al artículo 416 LECrim. Esto es lo que afirma la STS 699/2014, de 28 de octubre, cuando desestima el recurso interpuesto por la validez de la declaración del menor que no había sido informado ya que, a juicio del TC, debido a “su baja edad, no podía acogerse a ese derecho o facultad por sí mismo, un niño [...] no goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión, ni, por tanto, la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella”. El problema de la minoría de edad y la madurez surge ya que no existe un consenso en el OJ sobre la edad a la que se goza de madurez, sino que habrá que analizar el caso de cada menor en concreto. En este aspecto, el TS considera en la STS 209/2017, de 28 de marzo que “el artículo 416 LECrim no está supeditado a la mayoría de edad. El menor tiene derecho a ser oído y a que su opinión se tome en consideración en función de su edad y su madurez” y que esta dispensa “se fundamenta en el principio de no exigibilidad de una conducta distinta y la necesidad de preservar la solidaridad en los vínculos familiares” por lo que, siempre y cuando se considere que el sujeto goza de la madurez necesaria y se fundamente en dicha necesidad, podrá acogerse a lo dispuesto en el artículo 416 LECrim.

Por otra parte, aparece la problemática de los conflictos de intereses que pueden surgir en el caso en que por ejemplo, una madre haga uso de la dispensa (porque sea víctima de violencia de género, siguiendo el ejemplo hipotético) y que además haya menores implicados y afectados como víctima. En este caso, habría que entender que existe un conflicto de intereses y que es necesario el nombramiento de un defensor

judicial que vele objetivamente por el interés superior de los menores y garantice su derecho a ser oídos.

Por último, el hecho de que no exista un límite temporal en el proceso para ejercer la dispensa (véase, una fase a partir de la cual no pueda acogerse al artículo 416) constituye un claro problema pues pueden aparecer contradicciones en las distintas fases del proceso. Así ocurre en la STS 209/2017, de 28 de marzo, en la que se produce un delito de agresión sexual continuado por parte del padre a una menor de edad de 17 años. La menor, informada de su derecho a no declarar, decidió hacerlo en la fase de instrucción pero sin embargo, en la fase de juicio oral, se acogió a lo dispuesto en el artículo 416 de la LECrim. El juez consideró, en este caso, que la menor gozaba de suficiente madurez para ampararse en este artículo y no declarar y por ello, no pudo ejercerse la acusación particular por lo que tampoco pudo practicarse la prueba que ésta había propuesto.

3.7.3. El Anteproyecto

Ante la legislación vigente, el Anteproyecto dedica, como mencionábamos *supra*, la primera parte de la Disposición Final 3ª. Para ello, la labor del Anteproyecto es la modificación del artículo 416 LECrim. La modificación se centra en el apartado primero que trata la dispensa de la obligación de declarar de los familiares del procesado se incluyen dos párrafos dedicados expresamente al tratamiento de los menores. Por una parte, se establece que si es un menor de edad será competencia de sus representantes legales decidir si se ejerce o no la dispensa, y en caso de poder existir conflicto de intereses, la competencia será del MF. No obstante, siempre habrá de respetarse el derecho del menor a ser oído, principio tratado *supra*. Por otra parte, se dirige a las personas que menciona el apartado a) del artículo 416 LECrim y se niega su posibilidad de dispensar del deber de declarar si el menor se encuentra “sujeto a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, o por cualquier otra causa se halle integrada en su núcleo de convivencia familiar”.

De este modo, frente al vigente artículo 416 LECrim, el Anteproyecto propone la redacción definitiva de su apartado primero como sigue:

“a) Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia. Tratándose de una persona menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, corresponderá a sus representantes legales decidir si ésta prestará o no declaración en el procedimiento seguido contra su familiar. En caso de existir conflicto de intereses entre la persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección y sus representantes legales, decidirá el Ministerio Fiscal. En uno y otro caso, se respetará el derecho de la persona menor de edad de ser oída en los términos establecidos en la legislación vigente.

Las personas mencionadas en este apartado no podrán acogerse a la dispensa de su obligación de declarar en el caso de que la víctima del delito sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección que se halle sujeta a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, o por cualquier otra causa se halle integrada en su núcleo de convivencia familiar”.

Así, se introducen en él garantías de protección para los menores víctimas de delitos en los procesos en los que son parte.

4. CONCLUSIONES

Tras realizar la comparativa de las garantías establecidas en la legislación vigente y en el Anteproyecto, y con ello recorrer las diferentes garantías previstas para proteger a los menores a lo largo de las distintas fases que componen el procedimiento penal, podemos concluir que Hoy en día, nos encontramos en un momento en el que los menores, como colectivo de especial vulnerabilidad, se encuentran protegidos por la legislación internacional que vela por la armonización de los ordenamientos jurídicos internos siempre respetando las garantías que ella recoge.

La concepción que en la actualidad se tiene de la víctima cuando se trata de un menor de edad busca evitar o minimizar al máximo cualquier daño que pueda producirse como resultado de la intervención del menor en el proceso y para ello, establece las garantías que hemos analizado a lo largo del trabajo. Parece evidente, desde la perspectiva actual, que el interés superior del menor ha de primar en toda decisión pero esto no era así hace no muchos años, ya que es complicado alcanzar el equilibrio entre no mermar las

garantías y derechos de los acusados y proteger a las víctimas garantizando sus derechos e impidiendo su victimización secundaria.

A pesar del gran avance que se ha logrado en materia de reformas legales a lo largo de los últimos años, antes de la elaboración del Anteproyecto se consideraba que aún quedaba una gran parte del camino por recorrer pues una regulación armonizada e integral en materia de protección a la infancia y la adolescencia frente a la violencia era no solo necesaria sino urgente. Con la elaboración del Anteproyecto, este gran paso se entendió dado pero, no obstante, los vaivenes de la realidad política de nuestro país durante los últimos años están haciendo que su entrada en vigor sea no solo complicada sino del todo incierta.

En cuanto a nuestras conclusiones personales extraídas a lo largo de la elaboración del trabajo, destaca sobre todas una: la prevalencia de la vertiente teórica sobre la práctica. Con esto nos referimos a que la hora de tratar, por ejemplo, los diferentes ámbitos de actuación para concienciar, detectar y evitar la violencia sobre los menores, el Anteproyecto incluye numerosas disposiciones sobre la formación que se va a facilitar a los individuos que en esos ámbitos intervienen. No obstante, nos preguntamos hasta qué punto la formación es efectiva si no se acompaña de otras medidas físicas que aseguren se vela por el interés superior de los menores. Por ejemplo, pese a formar a los individuos del ámbito familiar, quizá no está de más, en situaciones de crisis como las descritas en el artículo 26, que una persona especializada en estos conflictos acuda al domicilio con situación de pobreza, exclusión social, etc., para ver si la formación se está poniendo en práctica y con ello se está remediando el problema existente.

Por otra parte, nos parece que el Anteproyecto considera que la tutela judicial efectiva no se ejerce correctamente en casos en los que las familias tienen una especial y negativa circunstancia. Sin embargo, no son pocos los casos en los que en una familia completamente “normal”, los padres tienen un horario de trabajo que no concilian con su vida familiar y por ello no ejercen la tutela judicial efectiva sobre sus hijos, que en ocasiones acaban por alejarse de los estudios a favor de influencias negativas como las drogas. Quizá este sea un aspecto que el Anteproyecto pudiera regular pues no son pocos los casos en los que esto ocurre y seguro que todos conocemos y nos resulta cercano, el caso de algún menor que por todo esto haya acabado siendo víctima.

En tercer lugar, personalmente nos ha llamado la atención el paso más allá que da el Anteproyecto en el ámbito sanitario con el establecimiento de la obligación de notificar toda situación de riesgo de un menor. Hasta hoy, los profesionales médicos y sanitarios han de realizar un parte de lesiones de los menores que acuden a sus consultas, pero no han de obligatoriamente recabar más información acerca de las lesiones. Consideramos que el sector sanitario puede ser un elemento fundamental a la hora de detectar menores que están sufriendo situaciones de violencia tanto por su capacidad de analizar lesiones como por la cercanía que los pacientes experimentan con sus médicos o el hecho de que la consulta médica puede ser un espacio en el que el menor se vea libre de influencias y escoja desahogarse con el médico como vía de escape. Por ello, la regulación que de esto realiza el Anteproyecto nos parece sin duda muy acertada y de urgente entrada en vigor.

Por último y para concluir este trabajo, diremos que consideramos la protección de la infancia como una cuestión de Estado que ha de prosperar independientemente del partido político que gobierne en el país. La situación social y el bienestar de la sociedad en concreto, de la infancia, requiere la entrada en vigor de esta ley y no su paralización como ha ocurrido. Con el bloqueo parlamentario por la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, se disolvieron las Cámaras y convocaron elecciones generales. Con ello, se produjo la paralización de los proyectos normativos en curso en es momento, lo que influyó al Anteproyecto. Pese a haber recibido críticas muy positivas por parte de ONG's como ANAR o UNICEF, el Anteproyecto no verá la luz en una fecha conocida ni cierta y además, ha sido objeto de tergiversaciones mediáticas.

Nos parece muy negativo que no se separe la política de asuntos que, como el Anteproyecto, afectan a derechos fundamentales que han de ser defendidos por todos los partidos políticos y que en vez de ello, se utilice como instrumento de politización. Esperamos que se entienda no solo por la esfera política sino por la totalidad de la sociedad que no se trata de un asunto social o conservador, sino un asunto de derechos fundamentales que han de ser garantizados y que nos afectan a todos nosotros y a nuestros hijos, que el día de mañana serán el futuro de nuestro país, y por ello se deje la negociación de estos textos fuera del territorio partidista y se vele por su entrada en vigor y riguroso cumplimiento.

5. BIBLIOGRAFÍA

Obras doctrinales

- COLÁS TURÉGANO, A., “Hacia una humanización de la justicia penal: La mediación en la justicia juvenil española. Principios y ámbito aplicativo en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *Revista de Derecho*, n. 20, 2015, pp. 144 – 167.
(Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539916006>).
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *La escucha del menor, víctima o testigo*, Madrid, 2015.
(Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/Ver-estudio.pdf>).
- LORENZO AGUILERA, M^a G., “Protección del honor, intimidad y propia imagen de los menores”, *Iberley*, 2016.
(Disponible en <https://www.iberley.es/temas/proteccion-honor-intimidad-propia-imagen-menores-59521>).
- MARTÍN NÁJERA, P., “Víctimas especialmente vulnerables: Menores en situación de violencia”, *El Estatuto de la víctima. Referencia a desaparecidos*, 20 y 21 de abril de 2017.
(Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Pilar%20Mart%C3%ADn%20Nájera.pdf?idFile=5553e7a3-ee00-447b-98e7-ae74dc65f321).
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho Penal de menores*, Bosch, Madrid, 2007, pp.76 – 79.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. R., *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Dykinson, Madrid, 2001.
- DE PALMA DEL TESO, A., en “La condición de menor: los niños y los adolescentes”, *La condición del menor y su posición jurídica en el ordenamiento. Principios rectores de la protección pública de los menores - Vlex*, Madrid, 2016, pp. 77 – 134.
- ROMERO COLOMA, A., *Los derechos al honor y la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Serlipost, 1991, Barcelona, pp. 951 – 959.
- SAVE THE CHILDREN., “La infancia en Europa, Informe elaborado por Save the Children”, *Revista pediátrica atención primaria*, 1998, n. 2, pp. 159 – 175
(Disponible en http://archivos.pap.es/Empty/PAP/front/Articulos/Imprimir/_OrCjUxDG4cpNbhW6wC5nM1hLbpjuJjNu).

- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿Una nueva sensibilidad de los tribunales?”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 29, 2015, pp. 389-436.
(Disponible en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjUirDk05PiAhWJEBQKHQqNCQIQFjABegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5302399.pdf&usg=AOvVaw2VigEyJi9qoYiLLIdIIZtx>).

Páginas Web

- Entrevista de la Fundación de Abogacía Española, sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita de los menores
(Disponible en <https://www.abogacia.es/2016/07/13/anar-recuerda-que-los-menores-victimas-de-maltrato-tienen-derecho-a-asistencia-juridica-gratuita/>).

Legislación

- Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia Frente a la Violencia.
- Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.
(Disponible en https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_01_1998.html).
- Circular 3/2009, de 10 de noviembre, Sobre protección de los menores víctimas y testigos.
(Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2010_vol1_circu_03.pdf?idFile=06f6365a-fbe3-4637-b1a9-05da09741814).
- Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI).
(Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001F0220&from=CS>).
- Directrices 2005/20 sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, del Consejo Económico y Social. E/2005/INF/2/Add.1.
(Disponible en https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf).
- Instrucción 1/2002, de 7 de febrero, acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia.

(Disponible en

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ins01-2002.pdf?idFile=a559512d-841f-470b-bafc-a61361afd4bf).

- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).
- Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia. (BOE, núm. 131, de 2 de junio de 1995).
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. (BOE, núm. 11, de 13/01/1982).
- Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid. (BOE, núm. 183, de 2 de agosto de 1995).
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. (BOE, núm. 11, de 12/01/1996).
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. (BOE, núm. 101, de 28/04/2015).
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE, núm. 180, de 29 de julio de 2015).
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE, núm. 157, de 02/07/1985).
- 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. (BOE, núm. 15, de 17/01/1996).
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (BOE, núm. 11, de 13/01/2000).
- Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (BOE, núm. 290, de 5 de diciembre de 2006).
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE, núm. 175, de 23 de julio de 2015).
- Protocolo básico de Intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar, de 22 de noviembre de 2007, del Observatorio de la Infancia.

(Disponible en http://www.observatoriodelainfancia.mscbs.gob.es/productos/pdf/MaltratoInfantil_accesible.pdf).

- Real Decreto 709/2006, de 9 de junio, por el que se establece la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para el año 2006. (BOE, núm. 138, de 10 de junio de 2006).
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1985, A.G. res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53.
(Disponible en <https://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm>).
- Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. (BOE, núm. 108, de 6 de mayo de 1999).

Jurisprudencia

- STC 93/2005, de 18 de abril.
- STJCE, de 16 de Junio de 2005, asunto C-105/03.
- STS 459/2010, de 14 de mayo.
- STC 94/2010, de 15 de noviembre
- STS 699/2014, de 28 de octubre.
- STS 209/2017, de 28 de marzo.
- STS 1347/2018, del 12 de abril.