
OBSERVACIONES DE LA ASOCIACIÓN DE MUJERES JUEZAS DE ESPAÑA AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

A) OBSERVACIONES GENERALES:

1.- Nos preocupa profundamente que el Proyecto de Ley se aparte abiertamente de la regulación especial recogida en la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, y también de la regulación proyectada en el APLO de garantía integral de la libertad sexual, en diversas cuestiones (plazo de personación de la víctima como acusación particular, protección de la imagen y los datos de la víctima, orden de protección, enjuiciamiento rápido de delitos, prohibición de la mediación, etc...), y lo hace para establecer un régimen más limitado o restringido de protección a las víctimas de estos delitos. Entendemos que **no es objetivo de este Gobierno** reducir o limitar los estándares de protección actualmente existentes en materias concretas y particularmente sensibles como la violencia de género en todas las manifestaciones contempladas por el Convenio de Estambul. Una acción semejante vulneraría de forma flagrante el Pacto de Estado contra la violencia de género y el Convenio de Estambul.

Por ello, y con carácter general, solicitamos que se incorporen a este APLECRIM todas las particularidades procesales expresamente contenidas tanto en la LO 1/2004 como en las Leyes Orgánicas que vayan siendo aprobadas por el Parlamento (señaladamente las de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la de garantía integral de la libertad sexual).

2.- Debería revisarse el lenguaje utilizado con carácter general a lo largo del todo el APLECRIM, a fin de incorporar **lenguaje no sexista e inclusivo en todo el articulado.**

B) OBSERVACIONES ESPECÍFICAS:

1. Protección de víctimas especialmente vulnerables:

El artículo 102 del APL prevé, en su apartado 2, la posibilidad de que mediante resolución judicial motivada se declare a una determinada víctima en situación de especial vulnerabilidad cuando "*por las especiales características del delito y por sus singulares circunstancias personales*" sea necesario precise adaptar su intervención en el procedimiento.

Esta previsión, que consideramos **esencial** dentro de un proceso penal moderno, que trate de equilibrar la garantía de los derechos de la persona encausada con la debida protección de la víctima del delito, no tiene ningún desarrollo posterior.

Sería muy interesante que:

1º) Se regulase el incidente mediante el cual se ha de llevar a cabo esa declaración de especial vulnerabilidad, que entendemos puede producirse en cualquier momento del procedimiento, y debería poder instarse por la víctima, la oficina de atención a víctimas competente, o la entidad especializada que haya asumido la asistencia a la víctima.

2º) Una vez obtenida esta declaración, se proporcionase a la víctima declarada en situación de especial vulnerabilidad la misma protección que se dispensa a lo largo de todo el APL a las víctimas y testigos menores de edad o con discapacidad – sin ánimo de exhaustividad artículo 20, apartado 2; artículo 112, párrafo 2; artículo 146, apartado 2, párrafo 2; artículo 148, apartado 1, párrafo último y apartado 2, párrafo 2; artículo 469; artículo 591, apartado 1, letra c); artículo 600; artículo 602; artículo 672 -.

2.- Artículo 69, apartado 2:

Estimamos que deberían considerarse al menos anulables los actos procesales llevados a cabo con carácter previo a la provisión de los apoyos que precise la persona con discapacidad, siempre que se cuente con indicios suficientes de que en el momento en que se llevaron a cabo la persona ya precisaba de tales apoyos para la realización de los actos de que se trate con todas las garantías, y aunque no se haya producido un retraso malicioso o negligente en la provisión de apoyos.

3.- Artículo 107, apartado 2:

Convendría extender la exigencia a las personas con discapacidad intelectual. Ya hay en marcha varias experiencias piloto de traducción de resoluciones judiciales a "lectura fácil" que están dando un resultado excelente. Deberían extenderse al ámbito del proceso penal.

4.- Artículo 112, párrafo 2:

El APLO de garantía integral de la libertad sexual incluye a las víctimas de los delitos sexuales contemplados por él dentro de esta previsión. Coordinar este precepto con el APLO.

5.- Artículo 113, apartado 3:

No queda claro si entre las "*personas jurídicas*" a que se refiere este apartado se encuentran las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas¹. Recomendamos hacer una mención específica a

¹ Denominación obtenida de la Instrucción 6/2016, de la Secretaria de Estado de Seguridad, sobre actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra la trata de seres humanos

estas organizaciones y entidades especializadas ya que esto contribuiría muy valiosamente a que determinadas víctimas que no pueden personarse por sí en el procedimiento dado su estado de deterioro o vulnerabilidad no pierdan la posibilidad de ejercer sus derechos de participación procesal.

6.- Artículo 115, apartado 3:

Con el fin de preservar adecuadamente los derechos de participación en el proceso penal que el Estatuto de la Víctima contempla, quizá convendría contemplar algún procedimiento para la personación tardía en caso de que el ofrecimiento de acciones se lleve a cabo a través de medios de comunicación.

7.- Artículo 116:

Tanto la LO 1/2004, como el Proyecto de Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia y el APLO de garantía integral de la libertad sexual contemplan la posibilidad de personación posterior a la preclusión del trámite de presentación del escrito de acusación. Debería coordinarse este precepto con dichos textos legales.

8.- Artículo 121, apartado 1, letra a):

¿A qué se refiere exactamente el APL cuando habla de las personas que "*no gocen de plenitud de derechos civiles*"? Se trata de un concepto contrario a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, y contrario también a la nueva regulación de la discapacidad que se va a introducir en el CC y en la LEC. Cuando entre en vigor dicha Ley, las únicas personas que no van a gozar de plenitud de derechos civiles serán las privadas de libertad y a ellas ya se refiere la letra b).

9.- Artículos 121 y 122:

Si no se considera adecuado permitir que las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas puedan constituirse como acusación particular, debería al menos permitírseles el ejercicio de la acusación popular en determinados delitos, señaladamente la trata de seres humanos, delitos sexuales, delitos cometidos sobre personas menores de edad o personas con discapacidad.

10.- Artículo 172, apartado primero:

Sólo se contempla la posibilidad de dar audiencia a la víctima del delito cuando la pena aceptada en la conformidad sea superior a los 5 años de duración, lo cual es absolutamente extraordinario.

y en la colaboración con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas.

Valoramos positivamente que se atribuya al/la Juez/a de la conformidad la obligación de velar por la debida reparación de la víctima en el momento de resolver sobre la homologación de las conformidades, pero consideramos que esta tutela sólo puede lograrse de manera real y efectiva si con carácter previo el/la Juez/a de la Conformidad ha escuchado a la víctima acerca de cuál es la reparación que considera adecuada teniendo en cuenta el daño generado por la comisión del delito y sus propias y particulares necesidades.

Por ello, sugerimos que en el apartado primero de este precepto se adicione un inciso final con la siguiente redacción:

"...y velará por la debida reparación de la víctima, tras darle audiencia a este sólo efecto".

11.- Artículo 175, apartado 1:

Con el fin de evitar dudas interpretativas convendría precisar que el límite de pena se refiere a la pena máxima señalada por el Código Penal *in abstracto* al delito de que se trate. Así se hace para otros supuestos en el mismo APL, y estimamos que esta precisión sería muy conveniente también para dejar claros los límites objetivos al ejercicio de esta facultad.

12.- Artículo 175, apartado 3:

Partiendo de los principios que inspiran el APLO de garantía integral de la libertad sexual (y por la misma razón por la que se excluyen de la posibilidad de archivo los delitos de VIOGEN) debería extenderse la prohibición también a todos los delitos relacionados con la libertad sexual contemplados en el mismo.

13.- Artículo 176, apartado 1:

Consideramos que cuando se trate de delitos de violencia de género, violencia sexual en cualquiera de sus manifestaciones o violencia doméstica debería imponerse de manera obligatoria al menos la regla de conducta prevista en la letra i) del precepto: *"Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual u otros similares"*.

Por otra parte, va a ser necesario coordinar este precepto con la LO 1/2004 y los nuevos proyectos de LO (infancia y libertad sexual) ya que en todos estos textos se contempla la imposición obligatoria en casos de suspensión de otras reglas de conducta (señaladamente alejamiento).

14.- Artículo 178:

Convendría extender esta posibilidad extraordinaria de archivo a los supuestos en que se estime que podría resultar aplicable la excusa

absolutoria prevista por el apartado 11 del artículo 177 bis del CP (delito de trata de seres humanos).

15.- Artículo 181:

Tanto el Convenio de Estambul, como la LOPJ, la LO 1/2004 y el Estatuto de la Víctima prohíben expresamente la justicia restaurativa en casos de violencia de género. Al estar la prohibición recogida en el Convenio de Estambul (art. 48), debería extenderse también a todos los delitos contemplados por el mismo (lo que incluye a todos los delitos sexuales).

16.- Artículo 183, apartado 3, letra a):

Debería contemplarse también la posibilidad de suspensión por oportunidad del artículo 176, y no sólo la de archivo.

17.- Artículo 242, apartado segundo:

La previsión de pérdida de efectividad de las medidas de protección *ex lege* transcurridos 10 días sin que el Ministerio Fiscal haya incoado el procedimiento de investigación puede tener consecuencias muy graves sobre las víctimas y conducir a una desprotección inaceptable en casos de mera inactividad de la Fiscalía. Entendemos la finalidad del precepto, pero consideramos que la pérdida de eficacia de las medidas **debe ir siempre ligada** a una actuación positiva del Ministerio Fiscal. Por ello proponemos la modificación en la redacción de este apartado en el siguiente sentido:

"2. En el plazo de 10 días el Ministerio Fiscal deberá pronunciarse acerca de la procedencia de incoar o no el procedimiento de investigación, quedando las medidas acordadas con arreglo al apartado anterior sin efecto en el momento en que adquiera firmeza la decisión del Ministerio Fiscal acordando la no incoación de dicho procedimiento".

18.- Artículo 242, apartado 2º:

Este precepto es **completamente incompatible** con la prohibición de victimización secundaria recogida en el artículo 103.

Es evidente que esta obligación legal de revisión cada tres meses confiere a las medidas contenidas en la orden de protección una provisionalidad absoluta, que transmite a la víctima protegida el mensaje de que esa protección le va a durar sólo tres meses, y después ya se verá. Parece difícil que una situación semejante no sea origen ya de entrada de una marcada victimización secundaria.

Por otra parte, para la revisión de la medida se habrá de convocar a las partes a una comparecencia, con lo que cada tres meses la mujer protegida por la OP va a verse ante la tesitura de: 1) acudir a esa comparecencia y

tener que pasar de nuevo por toda la angustia y el sufrimiento de reencontrarse con la persona encausada y su defensa, y volver a sentirse examinada para comprobar que todavía “merece” la protección que tiene conferida; 2) no acudir ir a esa comparecencia asumiendo el riesgo de que dicha incomparecencia sea interpretada como desinterés y conduzca directamente a la revocación de las medidas de protección. Esto cada tres meses. Estimamos que no es preciso desarrollar más este punto para comprender que una disposición como la contemplada en este precepto genera una **victimización secundaria mayúscula**.

Pero además encontramos que este precepto establece un régimen especial de revisión para a las medidas penales recogidas en la orden de protección que tan solo encuentra justificación en el caso de la prisión provisional, dado que éste es el régimen general de revisión previsto para la prisión provisional con independencia del tipo de delito por el que se acuerde. Para el resto de medidas cautelares penales que pueden contenerse en la OP no se establece semejante régimen de revisión con carácter general (artículo 268), singularmente no se contempla para las medidas de alejamiento y prohibición de comunicación salvo que se contengan en una orden de protección, esto es, salvo que se acuerden para proteger a una víctima de violencia de género. Esto supone una injustificable discriminación de las víctimas de VIOGEN con respecto a las restantes víctimas, cuyas medidas de alejamiento no han de ser revisadas ex lege cada tres meses.

Entendemos que tal como se encuentra redactado actualmente, el precepto genera, *per se*, una victimización secundaria notable e injustificada que resulta es completamente contraria al Convenio de Estambul, al Estatuto de la Víctima, y a la LO 1/2004, además de generar un impacto de género singularmente negativo.

Este apartado debería suprimirse por completo.

19.- Artículo 270:

Por las mismas consideraciones apuntadas en el apartado anterior, este régimen excepcional de revisión debería limitarse a la prisión provisional, eliminándose toda referencia en el precepto a la orden de protección.

Entendemos razonable la introducción de este régimen de revisión para la prisión provisional con carácter general, pero no para la orden de protección con carácter general, dado que las medidas que pueden incluirse en la orden de protección son exactamente las mismas que se regulan con carácter general en la propia LECrim, debiendo quedar cada una de las medidas

penales que se recojan en la OP sujeta al sistema de revisión generalmente previsto en la propia Ley para la medida de que se trate.

Someter la OP con carácter general a este régimen de revisión además de generar una victimización secundaria mayúscula, supone partir de una duda general de la procedencia de las medidas contenidas en ella, esto es, de una duda generalizada de la necesidad de protección de la víctima, que, casualmente ha de ser siempre y en todo caso una víctima de VIOGEN. Esto es sencillamente inaceptable en un sistema garantista como el nuestro, además de COMPLETAMENTE contrario al Convenio de Estambul, la LO 1/2004, el Estatuto de la Víctima, y el Pacto de Estado contra la violencia de género, pudiendo llegar a constituir incluso un supuesto de discriminación indirecta prohibido por el artículo 14 de la Constitución.

20.- Artículo 345:

El plazo de 24 horas concedido al/la Juez/a de Garantías para resolver acerca de las solicitudes de interceptación de comunicaciones podría ser muy corto si se trata de un caso complejo y la investigación preliminar, realizada para la obtención de indicios que permitan fundamentar la medida, es muy voluminosa. Tal vez convendría regular la posibilidad de ampliar el plazo a 72 horas, mediante resolución motivada, cuando la solicitud revista particular complejidad.

21.- Artículo 355, letra b):

Convendría incluir entre los delitos listados en este apartado el tráfico ilegal de inmigrantes, cuyo tipo básico tiene señalada una pena inferior a la exigida en la letra a). Entendemos que la persecución de este delito reviste un evidente interés público, no sólo a nivel nacional sino también europeo. Por otra parte, el tráfico ilegal de inmigrantes es la antesala de la trata de seres humanos, con lo que estimamos que no conviene poner trabas a su investigación, ya muy compleja de por sí.

22.- Artículos 413 y 416:

Sorprende que en una Ley tan extraordinariamente garantista como la que se propone se dejen estos supuestos, que implican una clara invasión de un derecho fundamental, completamente fuera del control judicial. Se habla a "*poner en conocimiento*" del/la Juez/a de Garantías las diligencias llevadas a cabo y su resultado, pero no se contempla ni una exigencia de validación a posteriori de lo realizado por parte del/a Juez/a de Garantías (lo que guardaría plena coherencia con el modo en que se han regulado todas las restantes medidas limitativas de derechos fundamentales), ni la posibilidad de que éste anule todo lo actuado cuando considere que no concurrían los presupuestos legales para la aplicación de estos artículos excepcionales. Es

cierto que la posibilidad de anulación existe al amparo del incidente general de nulidad de actuaciones regulado por la LOPJ, pero quizá no estaría de más una mención expresa.

23.- Artículo 429:

Consideramos que el delito de trata de seres humanos debería incluirse en el listado recogido en este artículo, dada su trascendencia, el grave impacto que tiene en los derechos fundamentales de las víctimas y la especial complejidad que reviste su investigación y persecución.

24.- Artículo 523:

La referencia a la práctica de las diligencias "imprescindibles para adoptar la decisión a la que se refiere el artículo anterior", directamente copiada de la actual regulación de las diligencias previas del procedimiento abreviado, puede llevar (ha llevado de hecho en la práctica) a que muchas investigaciones queden realmente reducidas al mínimo indispensable, lo que a su vez puede introducir importantes limitaciones en las fuentes de prueba conocidas y disponibles durante las fases posteriores de proceso penal.

Esta mención puede tener (ha tenido) además un impacto de género muy negativo en delitos relacionados con la violencia sexual, la violencia de género, la violencia doméstica y la trata de seres humanos, habida cuenta que ha llevado a prescindir de la práctica de diligencias de investigación ajenas a la declaración de la víctima cuando ésta reunía elementos suficientes de credibilidad. Esto ha provocado que en la inmensa mayoría de delitos de esta clase o naturaleza la víctima pase de ser una persona a la que debe protegerse y repararse a adquirir la condición de "medio de prueba", teniendo que soportar todo el peso de la prueba en el proceso penal posterior. Esto resulta absolutamente contrario a los estándares internacionales de protección de víctimas, generando una marcada victimización secundaria.

Por ello sugerimos que en lugar de diligencias "imprescindibles para adoptar la decisión" se hable de las diligencias "necesarias a los fines del artículo anterior".

25.- Artículos 527 y 660:

La letra c) del artículo 527 dispensa de la obligación de denunciar a quienes se hallen unidos al responsable del hecho por un vínculo familiar o afectivo "salvo que se trate de un delito contra los bienes jurídicos personales de un menor de edad". Esta excepción no se contempla, sin embargo, en el apartado 2 del artículo 660, que recoge los casos en que no será de aplicación la dispensa de la obligación de declarar como testigo por razón de parentesco.

Si se considera que la protección de las personas menores de edad se encuentra por encima de la protección de las relaciones familiares y, partiendo de la base de que un elevadísimo porcentaje de la violencia contra niños, niñas y adolescentes se produce precisamente dentro del ámbito familiar, se estima que la erradicación de esta violencia pasa por establecer la obligación a todos cuantos sean o hayan sido testigos de denunciarla y actuar contra la misma con independencia de su posición respecto de la persona autora, cobra pleno sentido excepcionar tanto la dispensa de formular denuncia como la dispensa de declarar como testigo, puesto que ambas responden a unos mismos fundamentos. Lo que no tendría sentido es que quien tiene obligación de denunciar los hechos no tuviera después obligación de prestar declaración o ratificar lo denunciado en sede judicial.

26.- Artículo 555, apartado 1:

Se concede al/la Juez/a de Garantías la facultad de sobreseer los hechos a petición de la persona investigada cuando "*los hechos carezcan manifiestamente de relevancia penal*". Entendemos que se trata de una expresión extraordinariamente vaga, por lo que debería o bien precisarse algo más el supuesto, o bien exigirse una especial fundamentación del sobreseimiento por este motivo.

27.- Artículo 593:

Entendemos que debería legitimarse también al/la testigo que no pueda constituirse en acusación particular o al perito para solicitar la práctica del aseguramiento de la prueba cuando consideren que se encuentran incursos en cualquiera de los supuestos del artículo 591, apartado 2.

28.- Artículo 669, apartado 2:

Al regular la práctica del interrogatorio de testigos, el apartado 2 del precepto afirma que los testigos "*declararán de viva voz y contestarán de forma precisa y concreta*". Esta exigencia expresa de *precisión y concreción* es absolutamente contraproducente cuando se trata de obtener una declaración libre de la persona que testifica, especialmente cuando ha de declarar acerca de hechos que han ocurrido durante un espacio dilatado de tiempo, historias complejas con múltiples acaecimientos concretos o cuando el hecho sobre el que se ha de declarar genera una fuerte tensión emocional sobre la persona que testifica. En todos estos casos la exigencia de precisión va en contra de la calidad de los detalles, y por tanto de la calidad de la declaración.

Lo manifestado reviste especial trascendencia en los denominados delitos "*de género*" – violencia de género, especialmente la violencia habitual, violencia sexual y trata de seres humanos -. La experiencia muestra que en todos estos delitos, sea por la complejidad en sí de los hechos o por la fuerte tensión

emocional que generan, las víctimas encuentran dificultades importantes a la hora de expresarse con la concisión y precisión que exige el texto legal, y la rígida exigencia de tales condiciones por parte del Tribunal hace que caigan en confusión, contradicciones o incluso en el abandono de su posición procesal. No es necesario indicar que esto trae consigo una victimización secundaria inmensa.

Entendemos que las personas que testifican en juicio deben tener la posibilidad de hacerlo libremente y de manera acorde a sus habilidades intelectuales y lingüísticas, a su modo habitual de expresarse, y a sus condiciones personales y estado en el momento de prestar la declaración, lo que resulta **absolutamente incompatible con estas rígidas exigencias de precisión y concisión.**

Jamás debería presionarse a un testigo, mucho menos a una víctima, a expresarse en el modo querido por el Tribunal. Esta presión jamás podrá contribuir a la calidad de la declaración ni a la consideración debida a la dignidad y bienestar de la persona que declara.

Por ello entendemos que esas exigencias de **precisión y concreción** en las respuestas de la persona que presta una declaración testifical generan un **impacto muy negativo, no sólo de género sino también de infancia y de discapacidad.** Una Ley progresista, acorde con los postulados de la victimología moderna recogidos en todos los estándares internacionales, no puede permitir, mucho menos exigir, semejante trato a la persona que interviene en el proceso como testigo o como víctima.

Por ello, solicitamos la supresión de la expresión "de forma precisa y concreta" de este precepto.

29.- Artículo 669, apartado 4:

En el mismo sentido expresado para el artículo anterior, la exigencia por el texto legal de que el interrogatorio a las personas que prestan declaración testifical se efectúe "*formulando preguntas breves, claras, sencillas y directas sobre los hechos objeto del juicio*" limita las posibilidades de las víctimas – señaladamente de las víctimas de violencia de género habitual – de exponer el contexto de la situación que se denuncia, lo que va claramente en contra de la calidad de la declaración y de los derechos de participación procesal que se reconocen a las víctimas en el EV y el Convenio de Estambul.

30.- Artículo 792:

Se han eliminado los delitos de violencia de género y violencia doméstica flagrantes o de fácil investigación del ámbito del procedimiento del enjuiciamiento inmediato.

Consideramos que debería mantenerse esta posibilidad ya que los juicios rápidos se ha revelado extraordinariamente eficaces en la práctica a la hora de resolver supuestos puntuales y menos graves de violencia de género, además de reducir considerablemente la victimización secundaria, proporcionando una importante fuente de seguridad y alivio tanto para las víctimas como para sus hijos e hijas, que ven el conflicto generado por la denuncia y el procedimiento penal terminado en un breve lapso de tiempo.

C) OBSERVACIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE PERSPECTIVA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA:

Se recogen a continuación algunas observaciones muy preliminares, fruto de una primera lectura y valoración, con objeto de la próxima reunión de AMJE en el Ministerio de Justicia, prevista para el día 18 de febrero.

1. Transversalidad del enfoque basado en los derechos de las niñas, niños y adolescentes

El enfoque de infancia y adolescencia parte de la consideración del conjunto de los derechos humanos de los niños, y debe informar con carácter transversal cualquier actuación de los poderes públicos, incluida la acción en el marco del proceso penal. Los juzgados y tribunales, por el principio de *diligencia debida*, están obligados a integrar dicho enfoque en sus decisiones.

El texto, aunque cita la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, no menciona la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Se echan de menos referencias en la Exposición de Motivos.

El Comité de los Derechos del Niño señala la necesaria "adopción de una perspectiva basada en los derechos del niño, mediante la acción del gobierno, del parlamento y de la judicatura"², que tenga en consideración los principios básicos de la Convención, y respete, proteja y haga efectivos todos sus derechos.

² Observación General Nº. 5, sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párrafos 1 y 12.

Asimismo, indica que “en la Convención no hay una jerarquía de derechos”, y son cuatro los principios generales (complementarios entre sí): el principio de no discriminación (art. 2), el interés superior del niño (art. 3), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6) y el principio de participación del niño en la toma de decisiones que le afectan (art. 12). Estos cuatro principios se recogen en la Ley Orgánica del Menor.

Por ello se propone la modificación del artículo 4:

Redacción Anteproyecto	Propuesta de redacción o incorporación
<p>Artículo 4. Inviolabilidad de la dignidad humana. Regla general</p> <p>1. El proceso penal se funda en la inviolabilidad de la dignidad humana. La persona encausada, la víctima del delito y cualquier otra persona que deba intervenir en un proceso penal serán tratadas de modo acorde a dicho principio, especialmente en lo relativo a su autonomía personal y a su integridad física y moral.</p>	<p>Artículo 4. Inviolabilidad de la dignidad humana. Regla general</p> <p>1. El proceso penal se funda en la inviolabilidad de la dignidad humana. La persona encausada, la víctima del delito y cualquier otra persona que deba intervenir en un proceso penal serán tratadas de modo acorde a dicho principio, especialmente en lo relativo a su autonomía personal y a su integridad física y moral.</p> <p>2. En caso de que la persona que intervenga o resulte afectada por el proceso penal sea menor de edad, se tendrá en consideración el carácter transversal del respeto al conjunto de sus derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y sus Protocolos Facultativos, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y en todas aquellas normas de protección de sus derechos contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España. Para ello, se atenderá a los principios de no discriminación; derecho a la vida, supervivencia y</p>

	<p>desarrollo; participación en la toma de decisiones que le afectan, e interés superior del niño.</p> <p>Para la determinación del interés superior, se estará a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.</p> <p>Asimismo, se garantizará su derecho a recibir un buen trato, en el sentido definido en la Ley Orgánica X/2021 de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.</p>
--	--



2. Principios Generales de la Convención de Derechos del Niño

En relación con estos principios, se observan en el anteproyecto las siguientes cuestiones:

- **Interés superior del niño**

1. El objetivo del concepto de interés superior del niño/a es "*garantizar el disfrute pleno y efectivo*" de todos sus derechos, lo que se conoce como enfoque basado en los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Dicho principio, que se complementa con los otros tres señalados, tiene una triple vertiente: como derecho sustantivo a que su interés superior sea una consideración primordial de aplicación directa, como principio jurídico interpretativo fundamental, y como norma de procedimiento. Por ello, las decisiones que se adopten en el proceso y afecten al interés superior del niño deben explicar:

- Cómo se ha considerado este derecho,
- Cuáles han sido las consideraciones tomadas en cuenta,
- En qué criterios se ha basado
- Cómo se han ponderado sus derechos y diferentes intereses en la decisión ³.

Por ello se indica en la redacción propuesta del **artículo 4** (punto anterior) lo siguiente:

Para la determinación del interés superior, se estará a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

2. En el proceso penal, el interés superior del niño no se aplica solo a los niños/as en conflicto con la Ley (de acuerdo con la regulación recogida en la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los menores), o a niñas y niños víctimas o testigos, sino que debe aplicarse igualmente a los niños y niñas afectados por las decisiones que se adopten, como es el caso de aquellos cuyos padres estén en conflicto con la ley (encausados, autores presuntos, acusados o condenados). ⁴

Una opción sería incluir a los niños y niñas al cuidado de personas en conflicto con la ley como víctimas directas.

³ Artículo 2.5 d) Ley del Menor. Observación General Nº. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 4 y 6.

⁴ Observación General Nº. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 28.

El Comité, en sus últimas Observaciones a España (año 2018), recomienda medidas alternativas a la detención de mujeres embarazadas y madres con niños pequeños, considerando de manera cuidadosa e independiente el interés superior del niño.⁵

Sin embargo, el texto del anteproyecto no aborda la perspectiva de infancia al regular la detención, por lo que podría incluirse un párrafo que atendiera a lo señalado por el Comité de Derechos del Niño.

Se proponen algunas modificaciones:

Redacción Anteproyecto	Propuesta de redacción o incorporación
<p>Artículo 198. Forma de la detención</p> <p>1. La detención deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio.</p> <p>2. Quienes acuerden la detención y los encargados de practicarla, así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos de la persona detenida, en particular al honor, intimidad y a la propia imagen, con respeto al derecho fundamental a la información</p>	<p>Artículo 198. Forma de la detención</p> <p>1. La detención deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio.</p> <p>2. Quienes acuerden la detención y los encargados de practicarla, así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos de la persona detenida, en particular al honor, intimidad y a la propia imagen, con respeto al derecho fundamental a la información</p> <p>3. En el caso de que la persona detenida esté al cuidado de algún menor de edad, deberá tomarse en consideración de manera independiente su interés superior.</p>

En el caso de acordar una medida limitativa de libertad, debería abordarse asimismo la perspectiva de infancia. Por ello se propone:

Redacción Anteproyecto	Propuesta de redacción o incorporación
Artículo 216. Principios generales	Artículo 216. Principios generales

⁵ Observaciones Finales a España emitidas por el Comité de los Derechos del Niño el 2 de febrero de 2018, párrafo 30.

1. La persona investigada, presumida inocente, permanece en libertad.

No obstante, la autoridad judicial, a instancia del Ministerio Fiscal o de otra parte acusadora, podrá adoptar medidas cautelares limitativas de la libertad y de otros derechos personales de la persona investigada o acusada siempre que:

a) existan indicios de su participación en un delito y

b) la medida sea necesaria para asegurar su disponibilidad en el proceso, para proteger los bienes jurídicos de la víctima o de terceros, para evitar la continuidad delictiva o el aprovechamiento de sus efectos o para asegurar otros fines legítimos, en la forma y condiciones establecidas en esta ley.

2. Para adoptar una medida cautelar limitativa de la libertad o de otros derechos personales del encausado el órgano judicial deberá descartar la posibilidad de utilizar otras medidas menos gravosas que puedan resultar igualmente útiles. Asimismo, deberá tener en cuenta la gravedad del delito, las circunstancias personales del sujeto, el tiempo transcurrido desde el acaecimiento de los hechos objeto de la causa y la proximidad del acto del juicio oral.

3. Si las restricciones que se regulan en este capítulo fueran insuficientes, se podrá acordar la prisión preventiva siempre que se cumplan las previsiones legales que habiliten la adopción de tal medida excepcional.

1. La persona investigada, presumida inocente, permanece en libertad.

No obstante, la autoridad judicial, a instancia del Ministerio Fiscal o de otra parte acusadora, podrá adoptar medidas cautelares limitativas de la libertad y de otros derechos personales de la persona investigada o acusada siempre que:

a) existan indicios de su participación en un delito y

b) la medida sea necesaria para asegurar su disponibilidad en el proceso, para proteger los bienes jurídicos de la víctima o de terceros, para evitar la continuidad delictiva o el aprovechamiento de sus efectos o para asegurar otros fines legítimos, en la forma y condiciones establecidas en esta ley.

2. Para adoptar una medida cautelar limitativa de la libertad o de otros derechos personales del encausado el órgano judicial deberá descartar la posibilidad de utilizar otras medidas menos gravosas que puedan resultar igualmente útiles. Asimismo, deberá tener en cuenta la gravedad del delito, las circunstancias personales del sujeto, el tiempo transcurrido desde el acaecimiento de los hechos objeto de la causa y la proximidad del acto del juicio oral.

En el caso de que la persona investigada o acusada esté al cuidado de algún menor de edad, deberá tomarse en consideración de manera independiente su interés superior.

3. Si las restricciones que se regulan en este capítulo fueran insuficientes, se podrá acordar la prisión preventiva siempre que se cumplan las previsiones

	legales que habiliten la adopción de tal medida excepcional.
--	--

Por otro lado, al limitar los supuestos especiales de prisión provisional, el anteproyecto únicamente se refiere a mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, considerando exclusivamente la perspectiva de la madre y no la del niño o niña (que puede estar tomando leche natural o artificial). Tampoco se menciona la especial consideración del interés superior del niño. Una propuesta sería la siguiente:

Redacción Anteproyecto	Propuesta de redacción o incorporación
<p>Artículo 256. Supuestos especiales</p> <p>1. Cuando se trate de mujeres embarazadas o en período de lactancia, personas gravemente enfermas, así como cuando la persona encausada deba necesariamente ser sometida a un tratamiento curativo o de rehabilitación en el ámbito de una entidad legalmente reconocida para ello, la autoridad judicial podrá:</p> <p>a) ordenar excepcionalmente la prisión atenuada por razones humanitarias, salvo que sea necesario acudir a las garantías establecidas en el apartado b) o resulte absolutamente necesaria la prisión provisional;</p> <p>b) disponer el ingreso en un centro penitenciario especializado o en un centro de curación, tratamiento o estancia adecuados a las características de cada situación individual, adoptando las medidas complementarias que estime pertinentes para asegurar la presencia de la persona encausada y los controles periódicos necesarios sobre la continuidad del tratamiento.</p> <p>2. (...)</p>	<p>Artículo 256. Supuestos especiales</p> <p>1. Cuando se trate de mujeres embarazadas o en período de lactancia personas con niños o niñas pequeños/as a su cuidado, personas gravemente enfermas, así como cuando la persona encausada deba necesariamente ser sometida a un tratamiento curativo o de rehabilitación en el ámbito de una entidad legalmente reconocida para ello, la autoridad judicial podrá:</p> <p>a) ordenar excepcionalmente la prisión atenuada por razones humanitarias, salvo que sea necesario acudir a las garantías establecidas en el apartado b) o resulte absolutamente necesaria la prisión provisional;</p> <p>b) disponer el ingreso en un centro penitenciario especializado o en un centro de curación, tratamiento o estancia adecuados a las características de cada situación individual, adoptando las medidas complementarias que estime pertinentes para asegurar la presencia de la persona encausada y los controles periódicos necesarios sobre la continuidad del tratamiento.</p>

	<p>La autoridad judicial tendrá en consideración de manera independiente el interés superior del niño o niña.</p> <p>2. (...)</p>
--	---

Otras alternativas a valorar serían:

- Si debe o no indicarse una edad concreta por lo indefinido de “niños pequeños” (3, 6, 10, 12??).
- Si debe referirse solo a madres, como indica el Comité o debería incluir a cualquier persona que esté al cuidado de niños pequeños.

3. Por otro lado, el Comité recomienda que se modifique la ley para poner fin al uso de la detención incomunicada de todos los niños.⁶

Se propone la siguiente redacción:

Redacción Anteproyecto	Propuesta de redacción o incorporación
<p>Artículo 211. Incomunicación de personas privadas de libertad</p> <p>1(...)</p> <p>2 (...)</p>	<p>Artículo 211. Incomunicación de personas</p> <p>Incluir un apartado 3.</p> <p>3. En ningún caso podrá acordarse la incomunicación de una persona menor de edad.</p>

⁶ Observaciones Finales a España emitidas por el Comité de los Derechos del Niño el 2 de febrero de 2018, párrafo 47 a).

- **Principio de no discriminación**

Procedimientos de identificación de la edad. Caso concreto de niños no acompañados.

Al Comité de Derechos del Niño le preocupa que según la legislación española el Fiscal esté autorizado para llevar a cabo los procedimientos de identificación de la edad. También preocupa el uso de métodos intrusivos incluso cuando los documentos de identificación parecen auténticos.⁷

Redacción Anteproyecto	Propuesta de redacción o incorporación
<p>Artículo 314. Determinación de la edad de la persona investigada</p> <p>1. Si en cualquier estado del procedimiento surgen dudas sobre la mayoría de edad de la persona investigada, el fiscal dispondrá la realización de las pruebas pertinentes para determinarla, velando, en todo caso, por el respeto al interés superior del menor.</p> <p>2. Cuando la determinación de la edad requiera la realización de pruebas médicas que supongan la realización de alguna inspección o intervención corporal deberán ser autorizadas por el Juez de Garantías, previa audiencia de la persona investigada y de su representante.</p> <p>3. Se podrá prescindir de la justificación de la edad cuando de manera evidente la persona investigada tenga la edad requerida para exigirle responsabilidad penal.</p>	<p>Artículo 314. Determinación de la edad de la persona investigada</p> <p>1. Si en cualquier estado del procedimiento surgen dudas sobre la mayoría de edad de la persona investigada, el fiscal dispondrá propondrá al Juez de Garantías la realización de las pruebas pertinentes para determinarla, velando, en todo caso, por el respeto al interés superior del menor y el principio de no discriminación.</p> <p>2. Cuando la determinación de la edad requiera la realización de pruebas médicas que supongan la realización de alguna inspección o intervención corporal deberán ser autorizadas por el Juez de Garantías, previa audiencia de la persona investigada y de su representante.</p> <p>3. Se podrá prescindir de la justificación de la edad cuando de manera evidente la persona investigada tenga la edad requerida para exigirle responsabilidad penal.</p>

⁷ Observaciones Finales a España emitidas por el Comité de los Derechos del Niño el 2 de febrero de 2018, párrafo 44.



- **Principio de participación en la toma de decisiones que le afectan**

El derecho del niño a participar en todo proceso judicial, y por tanto en el penal, (art. 12 CDN) se configura como un derecho que tiene como objetivo alcanzar el interés superior del niño (art.3 CDN). No es posible una aplicación correcta del artículo 3, si no se respetan los componentes del artículo 12, que destaca el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida, como garantía de su dignidad y libre desarrollo de su personalidad.

8

El Comité recuerda que se debe dar al niño/a la oportunidad de participar, pero que no es su obligación expresar su opinión, por lo que se le debe informar de que tiene derecho a cesar su participación. Se destaca este carácter no obligatorio precisamente para evitar la victimización secundaria y sobreexposición de los niños y niñas a evaluaciones y entrevistas, especialmente en casos de haber sufrido violencia.⁹

Es importante asimismo que se recalque que el derecho recogido en el artículo 12 CDN y en la LO 1/1996 (art. 2.2 b) y 9) lleva implícito el que sus opiniones sean tomadas en consideración.

No es poco frecuente la confusión que lleva a algunos operadores jurídicos a entender que no hay que oír a los niños y niñas por debajo de una determinada edad, por ello parece conveniente una redacción que recuerde que este derecho, en caso de ejercerse, debe realizarse “de manera adecuada” a su edad, madurez y demás circunstancias.

Redacción Anteproyecto	Propuesta de redacción o incorporación
<p>Artículo 230. Suspensión de las facultades inherentes a la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela, acogimiento o administración de bienes</p> <p>(...) 5. En los casos previstos en este artículo se oirá necesariamente al otro progenitor o a las personas o entidades que ejerzan la institución que corresponda. Igualmente, se oirá al menor o discapacitado, si fuera posible,</p>	<p>Artículo 230. Suspensión de las facultades inherentes a la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela, acogimiento o administración de bienes</p> <p>(...) 5. En los casos previstos en este artículo se oirá necesariamente al otro progenitor o a las personas o entidades que ejerzan la institución que corresponda. Igualmente, la persona menor de edad o con discapacidad tiene derecho a ser oída y escuchada y a que</p>

⁸ Observación General Nº. 12, sobre el derecho del niño a ser escuchado, párr. 74. Y LO 1/1996, art.2.2b).

⁹ Observación General Nº. 12, sobre el derecho del niño a ser escuchado, párr. 16 y 134b).

<p>atendiendo a su edad, madurez y demás circunstancias personales.</p>	<p>su opinión sea tomada en consideración se oirá al menor o discapacitado, si fuera posible, de manera adecuada atendiendo a su edad, madurez y demás circunstancias personales, y una vez informado, y en cualquier caso si cuenta con doce o más años.</p>
---	--

En el **artículo 469** del texto del anteproyecto, sobre declaración de niños y niñas como testigos, y los **artículos 600 y 672**, sobre especialidades de la declaración de menores, se echan en falta cuestiones relevantes a la luz de la CDN, las Observaciones del Comité de Derechos del Niño, Convenio de Lanzarote y Recomendaciones del Consejo Económico y Social (ONU):

- Trato digno, tacto y sensibilidad.
- Protección de su intimidad y confidencialidad.
- Adaptación del tiempo para que sienta libertad al expresarse.
- Limitación del número de entrevistas.
- Protección de su seguridad.
- Lugares adaptados, no ambiente intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a su edad, protección visual, salas de espera separadas, salas diseñadas específicamente.
- Preparación previa de los niños y niñas para el ejercicio de su derecho, con información accesible, apropiada y completa, información sobre sus derechos, incluyendo la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos, sociales y otros
- Personal cualificado, formado y especialistas en niños víctimas y testigos de delitos, que inspire confianza y actúe con tacto, respecto y rigor.
- Debe facilitarse al niño/a información de retorno sobre las consecuencias que ha tenido su testimonio.

El hecho de que solo se prevea la intervención de expertos en psicología del testimonio para las declaraciones de niños y niñas y de personas con discapacidad, puede resultar discriminatorio, por cuanto parece que rige la presunción de falta de credibilidad, algo que no sucede en caso de personas adultas sin discapacidad. En el caso de los niños, son cada vez más los estudios que niegan la falta de veracidad de sus testimonios. Por el contrario, lo estudios vinculan la fiabilidad del testimonio de niños y niñas a la forma en que son interrogados y a la formación en perspectiva de infancia de los profesionales. Es precisa una escucha profesional, especializada en infancia y adecuada, que no emplee mitos y estereotipos contrarios a los derechos de los niños (SAP, manipulación, interferencias parentales...). Por ello sería más adecuado que se asistieran las declaraciones por personas expertas de

distintas disciplinas con experiencia en psicología infantil y perspectiva de infancia, con objeto de evitar la victimización secundaria.

Sobre los riesgos, cautelas y recomendaciones de las periciales acerca del testimonio de los niños, resulta relevante el estudio sobre actuación en la atención a menores víctimas en los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2018, Ministerio de Justicia.¹⁰

Por los motivos anteriores, podría valorarse una alternativa a estas pruebas periciales incluidas en el **artículo 486** del texto.

3. Lenguaje

Se detecta en el texto la utilización del término menor o menores sin referencia a la edad. Aunque es un término generalmente utilizado en la legislación, puede contribuir a restar importancia a niños, niñas y adolescentes y favorecer que sean considerados inferiores, la desatención de sus derechos e incluso su discriminación. Por ello, se propone su sustitución por una referencia a "personas menores de edad" o "menores de edad".

Asimismo, se encuentran referencias a "discapacitados", cuando lo respetuoso sería indicar "persona con discapacidad".

Los textos utilizados para realizar el análisis han sido los siguientes:

- [Convención sobre los Derechos del Niño 1989](#)
- [Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño](#)
- [Observaciones Finales a España emitidas por el Comité de los Derechos del Niño el 2 de febrero de 2018](#)
- [Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño](#)
- [Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. Consejo Económico y Social](#)
- [Convenio de Lanzarote protección abuso sexual 2007](#)

10

