



---

## **CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME**

---

**Acto que se certifica:** Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 30 de mayo de 2019, por el que se ha aprobado el siguiente:

### **INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA**

#### **I. ANTECEDENTES**

1.- Con fecha 18 de enero de 2019, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial, a efectos de la evacuación del correspondiente informe, conforme a lo dispuesto en el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Asimismo, al amparo de lo previsto en el artículo 561.2 LOPJ, se solicita la emisión del informe en el plazo improrrogable de treinta días. El texto remitido viene acompañado de la correspondiente Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto (MAIN en adelante).

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del día 24 de enero de 2019, designó Ponente de este informe al Vocal Don Juan Manuel Fernández Martínez.

#### **II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ**

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "*[m]odificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial*", "*[f]ijación y modificación de la plantilla orgánica de jueces y magistrados*", "*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*",



*"[n]ormas que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Tribunales", "[l]eyes penales y normas sobre régimen penitenciario" y "cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna"* (apartados 1, 3, 6, 7, 8 y 9 del art. 561.1 LOPJ).

4.- A la luz de esta disposición legal, en una primera interpretación del alcance y sentido de la misma, el parecer que le correspondería emitir al Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica remitido, (APLO o el Anteproyecto, en adelante), debería limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

5.- Especialmente importante resulta que este órgano constitucional exprese su parecer, también, sobre los aspectos del APLO que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ.

6.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

### **III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO**

7.- El Anteproyecto que se informa está integrado por una Exposición de Motivos, cincuenta y siete artículos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria y quince disposiciones finales, estructurados y



rubricados, todos ellos, con un título indicativo del contenido o la materia a la que se refieren, como sigue:

#### *TITULO PRELIMINAR*

##### *Disposiciones Generales*

- *Artículo 1. Objeto*
- *Artículo 2. Ámbito de aplicación.*
- *Artículo 3. Fines.*
- *Artículo 4. Principios rectores.*
- *Artículo 5. Formación.*
- *Artículo 6. Cooperación y colaboración entre las Administraciones Públicas.*
- *Artículo 7. Colaboración público-privada.*

#### *TÍTULO I*

##### *Derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia*

- *Artículo 8. Garantía de los derechos de las víctimas de violencia.*
- *Artículo 9. Derecho de información y asesoramiento.*
- *Artículo 10. Derecho a la atención social integral.*
- *Artículo 11. Derecho a la intervención en el procedimiento judicial.*
- *Artículo 12. Derecho a la asistencia jurídica gratuita.*

#### *TÍTULO II*

##### *Deber de comunicación de situaciones de desprotección, riesgo o violencia*

- *Artículo 13. Deber de comunicación de la ciudadanía.*
- *Artículo 14. Deber de comunicación cualificado.*
- *Artículo 15. Comunicación de situaciones de violencia por parte de niños, niñas y adolescentes.*
- *Artículo 16. Comunicación por parte de los centros educativos y residenciales de menores.*
- *Artículo 17. Deber de comunicación de contenidos ilícitos en internet.*
- *Artículo 18. Confidencialidad y seguridad.*

#### *TÍTULO III*

##### *Concienciación, prevención y detección*

#### *CAPÍTULO I*

##### *Estrategia para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia*



- *Artículo 19. Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia.*

## **CAPÍTULO II**

### *Niveles de actuación*

- *Artículo 20. De la concienciación.*
- *Artículo 21. De la prevención.*
- *Artículo 22. Prevención de la radicalización en los niños, niñas y adolescentes.*
- *Artículo 23. De la detección.*

## **CAPÍTULO III**

### *Del ámbito familiar*

- *Artículo 24. Prevención en el ámbito familiar.*
- *Artículo 25. Actuaciones específicas en el ámbito familiar.*
- *Artículo 26. Situación de crisis familiar.*

## **CAPÍTULO IV**

### *Del ámbito educativo*

- *Artículo 27. Principios.*
- *Artículo 28. Protocolos de actuación.*
- *Artículo 29. Coordinador o coordinadora de bienestar y protección.*
- *Artículo 30. Organización educativa.*
- *Artículo 31. Dispositivos móviles.*
- *Artículo 32. Supervisión de la contratación en los centros educativos.*
- *Artículo 33. Formación en materia de seguridad digital.*

## **CAPÍTULO V**

### *Del ámbito sanitario*

- *Artículo 34. Actuaciones en el ámbito sanitario.*
- *Artículo 35. Comisión frente a la violencia en los niños, niñas y adolescentes.*
- *Artículo 36. Actuaciones de los centros y servicios sanitarios ante posibles situaciones de violencia.*

## **CAPÍTULO VI**

### *Del ámbito de los servicios sociales de atención primaria*

- *Artículo 37. Actuaciones por parte de los servicios sociales de atención primaria.*
- *Artículo 38. De los equipos de intervención.*
- *Artículo 39. De los profesionales del sistema público de los servicios sociales.*



- *Artículo 40. Planes de intervención.*
- *Artículo 41. Seguimiento y registro de los casos de violencia sobre las personas menores de edad.*

#### **CAPÍTULO VII**

##### *De las nuevas tecnologías*

- *Artículo 42. Uso seguro y responsable de Internet.*
- *Artículo 43. Diagnóstico y control de contenidos.*

#### **CAPÍTULO VIII**

##### *Del ámbito del deporte y el ocio*

- *Artículo 44. Protocolos de actuación frente a la violencia en el ámbito deportivo y de ocio.*
- *Artículo 45. Entidades que realizan actividades deportivas o de ocio con personas menores de edad de forma habitual.*

#### **CAPÍTULO IX**

##### *De las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*

- *Artículo 46. Unidades especializadas.*
- *Artículo 47. Criterios de actuación.*

#### **CAPÍTULO X**

##### *De la Educación Superior*

- *Artículo 48. Implicación de la Educación Superior en la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia.*
- *Artículo 49. Involucración del Consejo de Universidades en la lucha contra la violencia sobre la infancia y la adolescencia.*

#### **TÍTULO IV**

##### *De las actuaciones en centros de protección*

- *Artículo 50. Protocolos de actuación en los centros de protección de menores.*
- *Artículo 51. Intervención ante casos de explotación sexual de personas menores de edad tuteladas.*
- *Artículo 52. Supervisión por parte del Ministerio Fiscal.*

#### **TÍTULO V**

##### *De la organización administrativa*

#### **CAPÍTULO I**

##### *Registro Central de información*

- *Artículo 53. Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia.*

#### **CAPÍTULO II**



*De la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales*

- *Artículo 54. Requisito para el acceso a profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad.*
- *Artículo 55. Trabajadores por cuenta ajena o voluntarios.*
- *Artículo 56. Trabajadores por cuenta propia.*
- *Artículo 57. Trabajadores o voluntarios en el sector público.*

*Disposición adicional primera. Dotación presupuestaria.*

*Disposición adicional segunda. Supervisión de las comunidades autónomas en materia educativa.*

*Disposición adicional tercera. Soluciones habitacionales.*

*Disposición adicional cuarta. Mejora de los datos de opinión pública.*

*Disposición adicional quinta. Gastos de personal.*

*Disposición derogatoria única. Derogación normativa.*

*Disposición transitoria única. Remisión de información al Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia.*

*Disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*Disposición final segunda. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

*Disposición final tercera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.*

*Disposición final cuarta. Modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.*

*Disposición final quinta. Modificación de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.*

*Disposición final sexta. Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.*

*Disposición final séptima. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*

*Disposición final octava. Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.*

*Disposición final novena. Modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.*

*Disposición final décima. Título competencial.*

*Disposición final undécima. Carácter ordinario de determinadas disposiciones.*



*Disposición final duodécima. Creación de la jurisdicción especializada en Infancia, Familia y Capacidad.*

*Disposición final decimotercera. Protección de las personas menores de edad en los medios audiovisuales.*

*Disposición final decimocuarta. Desarrollo normativo y ejecución de la ley.*

*Disposición final decimoquinta. Entrada en vigor.*

8.- Asimismo, la extensa MAIN que acompaña al Anteproyecto, elaborada con arreglo al Real Decreto 931/2017, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, aborda las siguientes áreas:

I.- Oportunidad de la propuesta, con cinco apartados: el primero dedicado a la motivación de la propuesta, el segundo, a los fines y objetivos perseguidos, el tercero, sobre las alternativas, el cuarto en relación a la adecuación a los principios de buena regulación y el quinto al Plan Anual Normativo al que se refiere el artículo 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en la redacción dada por la disposición final tercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, (LRJSP en adelante).

II.- Contenido y análisis jurídico, que a su vez consta de cinco apartados:

1º. Contenido. Explicando la regulación del APLO.

2º. Base jurídica y rango. Abordando el análisis de la relación con las normas de rango superior o internacional y la coherencia con el resto del Ordenamiento jurídico.

3º. Adecuación de la norma al orden de distribución de competencias.

4º. Normas que quedan derogadas.

5º. Justificación de la entrada en vigor de la norma y vigencia de la misma.

III. Descripción de la tramitación. Se enumeran los trámites realizados y a seguir, antes y después de presentarse el Anteproyecto objeto de informe.

IV. Análisis de impactos. Dividido en impacto económico, impacto presupuestario, detección y medición de cargas administrativas, impacto por razón de género, impacto en la infancia y adolescencia, impacto en la familia, impacto en materia de igualdad de oportunidades y otros impactos.



V. Evaluación ex post, que habrá de realizarse conforme a los criterios establecidos en artículo 28.2 de la Ley 50/1997, y en el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, de los que deriva la necesidad de analizar la eficacia, eficiencia, sostenibilidad y los resultados de aplicación de la norma.

#### **IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO**

9.- Afirma el último párrafo del apartado I de la Exposición de Motivos del APLO que *"[...] esta ley responde a la imperiosa necesidad de introducir en nuestro ordenamiento jurídico los compromisos asumidos por España en la protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia en sus distintas vertientes y supone una apuesta decidida por un modelo social que sitúa a los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos subjetivos y en el centro de las políticas de los poderes públicos"*.

10.- La consideración de la protección de los menores como una obligación prioritaria de los poderes públicos es reconocida en el artículo 39 de la Constitución española (CE) y en diversos Tratados Internacionales, muy especialmente, la Convención de Derechos del Niño (CDN), de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), junto con su Protocolo Facultativo, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, también ratificado por España, el 5 de diciembre de 2001 (BOE de 31 de enero de 2002), y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, igualmente ratificada por nuestro país, el 23 de noviembre de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008).

11.- El máximo exponente normativo internacional de protección de las personas menores de edad es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que celebró en el año 2014 su 25 aniversario, constituyendo el Tratado Internacional más ratificado de la historia.

12.- La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 1 señala que *"[p]ara los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo*





que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, descansa sobre cuatro principios generales:

- No discriminación (artículo 2)
- Interés superior del niño (artículo 3).
- Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6).
- Derecho a ser escuchado (artículo 12).

13.- En el ámbito de Naciones Unidas pueden destacarse, asimismo, como referentes normativos de protección de las personas menores de edad:

- El Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la *"Prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la Acción Inmediata para su eliminación"* (1999).
- La Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social (ECOSOC), en su punto nº 14 sobre *"Pautas de Justicia en causas relativas a los niños víctimas y testigos de delitos"*, que exige que la intervención de los menores en los procedimientos se realice en un ambiente adecuado, que se acomode a las especiales necesidades del niño, conforme a sus habilidades, edad, madurez intelectual y capacidad, debiendo desarrollarse en un lenguaje que el niño utilice y comprenda.
- La Resolución 64/145, de 18 de diciembre de 2009, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, (rubricada como *"La niña"*), que reconoce la existencia de diferentes formas de violencia sobre las niñas, tales como la mutilación genital femenina, el incesto, el infanticidio femenino o los matrimonios forzados, instando a todos los Estados a que promulguen y hagan cumplir leyes que protejan a las niñas de todas las formas de violencia y a que establezcan programas adecuados a la edad, seguros y confidenciales, y servicios de apoyo médico, social y psicológico para ayudar a las niñas que son víctimas de violencia y discriminación.
- Diferentes Observaciones del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, como la nº 13 sobre el *"Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia"* (2011) y la Observación nº 14 sobre el *"Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial"* (2013).

14.- Por lo que respecta **al ámbito de la Unión Europea**, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE), goza de un estatuto jurídico equiparable al de los Tratados de la UE, contiene importantes referencias a



los derechos del niño, incluyendo el reconocimiento del derecho a recibir educación obligatoria gratuita (artículo 14, apartado 2), la prohibición de la discriminación por motivos, entre otros, de edad (artículo 21) y la prohibición del trabajo infantil y de la explotación laboral de los jóvenes (artículo 32). La Carta incluye una disposición específica sobre los "*derechos del niño*" (artículo 24), que articula tres principios básicos de dichos derechos: el derecho a expresar libremente su opinión en función de su edad y su madurez (artículo 24, apartado 1), el derecho a que su interés superior constituya una consideración primordial en todo acto que les concierna (artículo 24, apartado 2) y el derecho a mantener relaciones personales y contactos directos, de forma periódica, con sus progenitores (artículo 24, apartado 3).

15.- Conforme a la Resolución del Parlamento Europeo A 3-0172/92, que aprobó la Carta Europea de los Derechos el Niño (DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992), *se entenderá por niño todo ser humano hasta la edad de dieciocho años, salvo que éste, en virtud de la legislación nacional que le sea aplicable, haya alcanzado con anterioridad la mayoría de edad. A efectos penales, se considerará la edad de dieciocho años como mínima para serle exigida la responsabilidad correspondiente.*

16.- Con esta excepción, en el Derecho de la UE no existe una definición general y formal de "*niño*", y la definición que recogen algunas normas comunitarias, puede variar considerablemente dentro de la legislación de la UE, dependiendo del contexto regulador.

17.- Junto a este importante ámbito normativo europeo, en el año 2007 el Consejo de la UE adoptó las "*Orientaciones de la UE relativas a la promoción y la protección de los derechos del menor*", y en el año 2008 la Comisión Europea aprobó su Comunicación sobre "*Un lugar especial para la infancia en la acción exterior de la UE*" con el fin de incluir los derechos del niño en todas las actividades de la UE con terceros países que no son miembros de la Unión.

18.- Esta misma línea de acción exterior está consolidada en nuestro país, debiendo destacar que España cuenta con una Estrategia de Infancia de la Cooperación Española, que se basa en la Ley 23/1998 de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, el Plan Director de la Cooperación Española 2013-2016, el Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 (II PENIA), y los Tratados y Convenios internacionales suscritos España, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada por nuestro país en 1990. Así, el IV Plan Director de la Cooperación Española considera a la infancia como un colectivo de atención preferente y asume el compromiso de adoptar una



estrategia específica que establezca un marco de actuación para avanzar en el cumplimiento de los derechos de la infancia y, por primera vez, ofrece un marco de intervención específico para actuar en materia de infancia en la Cooperación Española, basado en los principios de la Convención de Derechos del Niño y en los enfoques de Derechos Humanos de Infancia.

19.- El Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, a su vez, vino a introducir importantes modificaciones en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el anterior Tratado de la Comunidad Europea, actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (TFUE), definiendo en el artículo 3 del TUE, la "*protección de los derechos del niño*" como un objetivo general de la UE (apartado 3) y como aspecto importante de la política de relaciones exteriores de la UE (apartado 5). El TFUE incluye, además, referencias más explícitas a los niños, y permite a la UE adoptar medidas legislativas contra la explotación sexual y la trata de personas [artículo 79.2, d) y artículo 83.1].

20.- Estas nuevas previsiones normativas dieron lugar a la adopción de la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo; de la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo y de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, que contienen numerosas disposiciones relativas a las necesidades específicas de las víctimas menores de edad, con especial incidencia en el Anteproyecto objeto del presente informe.

21.- Asimismo, en 2011 la Comisión Europea adoptó la Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño, que vino a establecer las prioridades básicas para el desarrollo de la legislación y la política sobre los derechos del niño en el conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea, a pesar de que los sistemas de protección de los menores son principalmente responsabilidad de cada Estado miembro, teniendo en cuenta los distintos instrumentos de la UE existentes y que puedan afectar a la protección de los derechos de los menores; persiguiendo como finalidad sugerir cómo pueden mejorar los países de la UE la utilización o aplicación de dichos instrumentos como parte de sus sistemas de protección de los menores, abarcando todas las formas de violencia, con arreglo a lo establecido por la



Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, especialmente al artículo 19 de dicha Convención y *el derecho a la protección frente a todas las formas de violencia*. Así, la Comisión impulsó once acciones prioritarias en ámbitos como la Justicia accesible a los menores, la protección de los menores cuando son vulnerables, el blindaje de los menores contra la violencia y la participación de los menores.

22.- **El Consejo de Europa** ha tenido desde su creación el mandato claro de proteger y promover los derechos humanos, como consecuencia de su condición de organización internacional que tiene como objetivo principal la defensa y protección de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, nacida al finalizar la Segunda Guerra Mundial, el 5 de mayo de 1949, tras la firma de su Carta Fundacional, el conocido como Tratado de Londres, para erigirse como guardián de los valores democráticos.

23.- Una de las primeras medidas de la organización fue la redacción, en 1950, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ratificado por España en el año 1979, como texto que recogía, en un instrumento jurídico de obligado cumplimiento, los derechos enunciados dos años antes por la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluyendo referencias específicas a los niños. En 1953 entró en vigor y desde entonces ha sido una pieza clave en la actuación del Consejo de Europa.

24.- El segundo tratado del Consejo de Europa, especialmente relevante en materia de derechos humanos y de infancia, es la Carta Social Europea, que establece la protección de los derechos sociales, con disposiciones especialmente importantes para los derechos del niño. Así, el artículo 7, que establece la obligación de proteger a los niños contra la explotación económica, y el artículo 17, que obliga a los Estados a adoptar todas las medidas apropiadas y necesarias para garantizar que los niños reciban los cuidados, la asistencia, la educación y la formación que necesiten (incluida la educación primaria y secundaria), proteger a los niños y adolescentes contra la negligencia, la violencia o la explotación y garantizar protección especial a los niños y adolescentes privados de apoyo familiar, cuya aplicación supervisa el Comité Europeo de Derechos Sociales.

25.- El Consejo de Europa ha adoptado, igualmente, otros tratados que regulan aspectos concretos de los derechos del niño, como el Convenio sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio (1975), el Convenio en materia de adopción de niños, revisado en 2008, el Convenio sobre las relaciones personales del niño (2003) o el Convenio sobre el ejercicio de los derechos de los niños (1996).



26.- Finalmente, en cuanto al referido ámbito del Consejo de Europa, resultan especialmente importantes en relación con el Anteproyecto objeto del presente informe, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de Noviembre de 2001, y ratificado por España en el año 2010 (BOE de 17 de septiembre de 2010), conocido como "*Convenio de Budapest*", cuyo artículo 9 se dedica a "los delitos relacionados con la pornografía infantil"; el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, ratificado por España (BOE 10 de septiembre de 2009), conocido como "*Convenio de Varsovia*"; el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 27 de Octubre de 2007, y ratificado por España en el año 2010 (BOE de 12 de noviembre de 2010), conocido como "*Convenio de Lanzarote*"; y el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, conocido como "*Convenio de Estambul*", también ratificado por España (BOE de 6 de junio de 2014). A ellos se refiere, de manera específica, el apartado I de la Exposición de Motivos del Anteproyecto.

27.- Asimismo, debe destacarse que todos estos Tratados recogen en su articulado referencias a las relaciones con otros instrumentos internacionales. En particular, el Convenio de Lanzarote dedica su capítulo XI a la relación con otros instrumentos internacionales, recogiendo en el artículo 42 una previsión específica en cuanto a la relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, señalando en dicho precepto que el Convenio "*no afectará a los derechos y obligaciones derivados de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; su objeto es reforzar la protección proporcionada por dichos instrumentos y desarrollar y completar los principios en ellos contenidos*"; y recogiendo, en el apartado 3 del artículo 43, otra previsión relativa a las Partes que son miembros de la Unión Europea, que "*[...] aplicarán, en sus relaciones recíprocas, las normas de la Comunidad y de la Unión Europea en la medida en que existan normas de la Comunidad y de la Unión Europea que regulen la materia particular de que se trate y sean aplicables al caso concreto, sin perjuicio del objeto y finalidad del presente Convenio y de su plena aplicación con respecto a otras Partes.*"



28.- Finalmente, ha de hacerse mención a la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño (2016-2021), que el Anteproyecto cita en el apartado I de la Exposición de Motivos, como documento donde se establecen las prioridades en este ámbito para el período comprendido entre 2016 y 2021, *identificando las siguientes cinco esferas prioritarias para garantizar los derechos del niño:*

- 1. Igualdad de oportunidades para todos los niños*
- 2. Participación de todos los niños*
- 3. Una vida libre de violencia para todos los niños*
- 4. Una justicia adaptada a los menores para todos los niños*
- 5. Derechos del niño en el entorno digital”.*

29.- Por lo que respecta a **nuestra norma constitucional**, al enumerar, en el capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención, en el primero de los artículos que lo integran, -el artículo 39 CE-, a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos, afirmando el apartado 4 del citado precepto constitucional que “[l]os niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

30.- Como consecuencia del mandato constitucional y de la tendencia internacional de reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en las personas menores de edad, en nuestro país, en la década de los 80 del siglo pasado, se llevó a cabo un proceso de renovación del Ordenamiento jurídico en este ámbito, que culminó con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil, en adelante Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), que reformó las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil, si bien, yendo más allá, vino a establecer *“un marco jurídico de protección que vinculase a los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general”* (Exposición de Motivos LOPJM).

31.- Con posterioridad continuó el desarrollo normativo con numerosas normas, resultando especialmente reseñables, en lo que respecta al Anteproyecto que se informa, por cuanto gran parte de su articulado se encuentra vinculado con las mismas: la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, (BOE de 28 de abril), la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la



infancia y a la adolescencia (BOE de 23 de julio) y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 29 de julio).

## **V. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO**

### **a) Consideraciones al texto articulado del Anteproyecto**

#### **I**

32.- El título preliminar del Anteproyecto, dedicado a las "[d]isposiciones generales", se abre con el **artículo 1**, que lleva por rúbrica "[o]bjeto", señalando el apartado 1 de este precepto que:

«La ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a la integridad física, mental y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la concienciación, la prevención, la detección, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.»

33.- De otro lado, en el apartado I de la Exposición de Motivos, -y en términos similares en el apartado de la MAIN sobre *finés y objetivos perseguidos*-, se afirma que:

*"Esta ley tiene por objeto el respeto de la dignidad, la libertad e igualdad de los niños, niñas y adolescentes y la protección de sus derechos fundamentales garantizando el libre desarrollo de su personalidad en un entorno libre de violencia. Así, la ley supera las medidas de protección frente a la violencia sobre la persona menor de edad entendidas como acción administrativa con una aproximación basada en el respeto a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, a quienes se concibe en todo momento como titulares de derechos subjetivos".*

34.- Del marco normativo anteriormente expuesto, y, en especial, de las reformas legales aprobadas en los últimos años, no parece desprenderse que el Anteproyecto objeto del presente informe responda a una necesidad que pueda calificarse, como hace la Exposición de Motivos, de *"imperiosa"*.



Así deriva, igualmente, de la propia MAIN que acompaña al Anteproyecto - que no se refiere al mismo-, en especial del apartado "fines y objetivos perseguidos", que comienza afirmando que "[e]n nuestro ordenamiento jurídico se han producido grandes avances en la consideración del niño, niña y adolescente como sujetos de derechos, así como en su protección frente a la violencia [...]".

35.- El **apartado 2 del artículo 1** recoge la definición de violencia, "a efectos de esta ley", optando por una amplia delimitación de este concepto en la que, con acierto, se incluye referencia expresa a la realizada por medio de las tecnologías de la información y la comunicación:

«2. A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda forma de perjuicio o abuso físico, mental o moral, sea cual fuera su forma de comisión, incluida la realizada por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

En todo caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, las agresiones y los abusos sexuales, la corrupción, el acoso escolar, la violencia de género, la mutilación genital femenina, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio infantil, así como los actos de omisión producidos por las personas que deban ser garantes de la protección de las personas menores de edad.»

36.- En relación con los *actos de omisión*, a los que el Anteproyecto atribuye la consideración de violencia, y en los que es el complemento preposicional el que especifica el tipo o categoría de acto al que se refiere, resultaría conveniente, bien definirlos en el texto del APLO, bien vincularlos a algún criterio adicional como pudieran ser las consecuencias derivadas de los mismos o la entidad o gravedad de los actos de omisión.

37.- Del mismo modo, la referencia a *las personas que deban ser garantes de la protección de las personas menores de edad* puede entenderse limitada al ejercicio de la responsabilidad parental o, por el contrario, venir referida, en sentido amplio, a las personas que ejerzan la patria potestad, la tutela, el acogimiento, la custodia o guarda, en centros públicos o privados... por lo que debería definirse o acotarse en la norma a fin de delimitar, debidamente, el elemento subjetivo al que se anuda la consideración y calificación como violencia, de los actos de omisión.

38.- Debe destacarse que, conforme al artículo 11.2 de la LOPJM 1/1996, redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema





de protección a la infancia y a la adolescencia, dentro de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores se incluye "i) *La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso*".

39.- El **artículo 2 APLO** se refiere al ámbito de aplicación afirmando, en su párrafo primero que «*[l]a presente ley es de aplicación a las personas menores de edad que se encuentren en territorio español, con independencia de su nacionalidad*» y, en el párrafo segundo que «*[a]simismo, las obligaciones establecidas en esta ley serán exigibles a todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que se encuentren en territorio español*».

40.- Desde el punto de vista de técnica normativa, aun cuando se observa que los dos párrafos de este artículo 2 responden a una misma unidad temática, podría valorarse la sugerencia de numerarlos, como apartados, con cardinales arábigos, en cifra, conforme a la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa.

41.- En cuanto a su contenido, junto a la necesidad de corrección del error material del adverbio utilizado ("*asimismo*"), resultaría conveniente delimitar el criterio de exigibilidad respecto de las personas jurídicas y su conexión con el territorio español, por ejemplo atendiendo a criterios como el domicilio, el lugar en que se halle establecida su representación legal, el lugar donde ejerzan funciones propias de su instituto (artículo 41 del Código Civil), o la existencia de establecimiento.

42.- Poniendo de manifiesto el enfoque integral y multidisciplinar del APLO, que abarca tanto aspectos preventivos, como de protección y de reparación y restauración de las víctimas, siguiendo, de este modo, el criterio establecido tanto en el Plan estratégico nacional de infancia y adolescencia (PENIA en adelante) 2006-2009, aprobado por acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de junio de 2006, como en el II PENIA 2013-2016, aprobado por acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013, los fines perseguidos por el Anteproyecto se enumeran en el **artículo 3**:



«Las disposiciones de esta ley persiguen los siguientes fines:

- a) Promover las medidas de sensibilización para el rechazo de la violencia, dotando a los poderes públicos de instrumentos eficaces en todos los ámbitos, especialmente en el ámbito familiar, educativo, de servicios sociales, sanitario, judicial, y de los medios de comunicación y las nuevas tecnologías.
- b) Establecer medidas de prevención efectivas frente a la violencia sobre la infancia y la adolescencia, mediante la especialización de los profesionales de los distintos ámbitos de intervención, el acompañamiento de las familias, dotándolas de herramientas de parentalidad positiva, y el refuerzo de la participación infantil.
- c) Impulsar la detección temprana de la violencia sobre la infancia y la adolescencia mediante la formación multidisciplinar y continua de los profesionales que tienen contacto habitual con los niños, niñas y adolescentes.
- d) Reforzar los conocimientos y habilidades de los niños, niñas y adolescentes para reconocer la violencia y reaccionar frente a la misma.
- e) Fortalecer el marco civil, penal y procesal vigente para asegurar una tutela judicial efectiva de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia.
- f) Garantizar la reparación y restauración de los derechos de las víctimas.
- g) Garantizar la especial atención a los colectivos en situación de especial vulnerabilidad.»

43.- No obstante, se observa que el apartado de la MAIN relativo a los fines y objetivos perseguidos, se aparta del contenido literal del artículo transcrito, al afirmar que:

"Esta norma persigue:

- a) Garantizar el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a la integridad física y moral frente a cualquier forma de violencia, y con independencia del medio mediante la que se lleve a cabo.
- b) Contemplar todos los niveles de protección contra la violencia hacia la infancia y la adolescencia en cada uno de los sectores y ámbitos en los que vive un menor de edad: familia, educación, sociosanitario, medios de comunicación, deporte y ocio, etc.



- c) *Incrementar la sensibilización ciudadana, la especialización de los profesionales y la detección y notificación tempranas.*
- d) *Dar una respuesta desde las Administraciones Públicas coordinada y eficaz.*
- e) *La restauración de los derechos de las víctimas.*
- f) *Difundir y visibilizar la responsabilidad de todos ante esta realidad.”*

44.- Dentro de los fines perseguidos por el Anteproyecto, mereciendo una valoración muy positiva el recogido en la letra c), se sugiere adicionar, junto a la formación continua, referencia expresa a la formación *inicial* de los profesionales que tienen contacto habitual con los niños, niñas y adolescentes, como garantía indispensable en aras de garantizar la detección temprana de la violencia sobre la infancia y la adolescencia.

45.- Asimismo, se sugiere la supresión del Anteproyecto –y de la MAIN- del término “*parentalidad*”, recogido en este precepto, y en los artículos 21.3.a), 24.3.a), 25.1, y en los apartados cinco, seis, nueve de la disposición final primera (de modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en tanto no figura recogido en el Diccionario de la Real Academia.

46.- El **artículo 4 APLO** se dedica a los *principios rectores* que serán de aplicación, junto con los “recogidos en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”:

- «a) *Prioridad de las actuaciones de carácter preventivo.*
- b) *Promoción del buen trato al niño, niña y adolescente como elemento central de todas las actuaciones.*
- c) *Promoción de la coordinación y cooperación interadministrativa e intradministrativa, así como de la cooperación internacional.*
- d) *Protección de los niños, niñas y adolescentes frente a la victimización secundaria.*
- e) *Especialización y capacitación de los profesionales que tienen contacto habitual con niños, niñas y adolescentes para la detección de posibles situaciones de violencia sufrida por los mismos. O Empoderamiento de las personas menores de edad para la detección y adecuada reacción ante posibles situaciones de violencia ejercida sobre ellos.*
- f) *Individualización de las medidas teniendo en cuenta las necesidades específicas de cada niño, niña o adolescente víctima de violencia.*



*g) Incorporación de la perspectiva de género a todas las medidas relacionadas con la violencia sobre la infancia y la adolescencia.»*

47.- En el Capítulo IV del Título I de la LO 1/1996, LOPJM, el artículo 11, redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, recoge los *principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores*, entre los que se incluye, como ya se ha indicado, *la protección de los menores contra cualquier forma de violencia, incluida la producida en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras*. De acuerdo con ello, el apartado 3 del artículo 11 LOPJM establece que los poderes públicos desarrollarán actuaciones encaminadas a la sensibilización, prevención, detección, notificación, asistencia y protección de cualquier forma de violencia contra la infancia y la adolescencia mediante procedimientos que aseguren la coordinación y la colaboración entre las distintas Administraciones, entidades colaboradoras y servicios competentes, tanto públicos como privados, para garantizar una actuación integral.

48.- Junto a estos principios rectores de la actuación de los poderes públicos, la LO 1/1996, LOPJM, dentro del Capítulo I (Ámbito e interés superior del menor), en el artículo 2.2, enuncia a efectos de la interpretación y aplicación, en cada caso, del interés superior del menor, una serie de criterios generales, a tener cuenta, *sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto*.

49.- Debe destacarse que el contenido del artículo 4 APLO se asimila o aproxima al de los criterios generales recogidos dentro del Capítulo I (Ámbito e interés superior del menor) de la LO 1/1996, LOPJM, por lo que podría plantearse la modificación de la rúbrica y del primer párrafo del apartado 1 de este precepto, para hacer referencia a *criterios generales*.

50.- No obstante, caso de entender el prelegislador que nos encontramos ante "*principios rectores*", atendida la remisión a los principios recogidos en la Ley Orgánica 1/1996, junto con la configuración de los mismos en la citada LOPJM, *como principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores*, podría resultar conveniente abordar la delimitación del concreto ámbito de aplicación de los principios rectores a que se refiere el artículo 4 del Anteproyecto.



51.- En el **apartado 1 del artículo 5 del Anteproyecto**, (*[f]ormación*), se sugiere valorar la conveniencia de incorporar una referencia expresa, junto a la formación continua, a la formación *inicial* de los distintos profesionales que tengan un contacto habitual con las personas menores de edad, en materia de derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia.

52.- El **artículo 6 del APLO**, que lleva por rúbrica "*[c]ooperación y colaboración entre las Administraciones Públicas*", debe ponerse en conexión con el apartado 3 del artículo 11 de la LOPJM 1/1996, redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, conforme al cual:

*"3. Los poderes públicos desarrollarán actuaciones encaminadas a la sensibilización, prevención, detección, notificación, asistencia y protección de cualquier forma de violencia contra la infancia y la adolescencia mediante procedimientos que aseguren la coordinación y la colaboración entre las distintas Administraciones, entidades colaboradoras y servicios competentes, tanto públicos como privados, para garantizar una actuación integral."*

53.- En el **apartado 3 del artículo 6 del APLO, que entendemos debería ser el apartado 4**, se incluye, en términos imperativos, que "*[l]as Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, potenciarán la labor de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad mediante el desarrollo de herramientas tecnológicas que faciliten la investigación de los delitos*", previsión de gran importancia, a la que ya se refería, de manera específica, el Plan Derivado contra la Ciberdelincuencia y el Ciberterrorismo, aprobado por el Consejo Nacional de Ciberseguridad en su reunión del día 14 de julio de 2015.

54.- Al efecto, debe destacarse que en el apartado de la MAIN relativo al impacto presupuestario del Anteproyecto no se recoge la necesidad de nueva dotación presupuestaria relativa al *desarrollo de herramientas tecnológicas que faciliten la investigación de los delitos*.

55.- En el ámbito de la Administración General del Estado, conforme al Real Decreto 952/2018, de 27 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, corresponde a la Subdirección General de Sistemas de Información y Comunicaciones para la Seguridad, - dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad-, entre otras funciones, "*[p]lanificar, coordinar y, en su caso, gestionar las inversiones en*



*sistemas de información y comunicaciones, teniendo en cuenta las propuestas de las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil”.*

56.- Debe asimismo destacarse la reciente Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave (BOE de 22 de febrero de 2019), que pretende ser un elemento de prevención que sirva para reducir el impacto futuro de la amenaza, mediante la aplicación de políticas de seguridad pública anticipativas y disuasorias, y en la que se atribuye la consideración de delincuencia grave, entre otras, a aquélla que ataca a los ámbitos o aspectos socialmente más sensibles, incluyendo en ellos a las *víctimas sensibles o vulnerables, como los menores*.

57.- La Estrategia afirma que debe articularse como una herramienta de reacción frente al crimen organizado y la delincuencia grave, que permita investigar, perseguir y neutralizar estos fenómenos de la forma más eficaz, así como recoger aspectos de carácter asistencial y de sensibilización social, que contribuyan a mejorar el apoyo y protección a las víctimas, especialmente las más sensibles, como los menores o las personas en situación de vulnerabilidad.

58.- En el Eje 3 de la Estrategia, referido a la *Lucha contra los mercados criminales y las graves formas delictivas*, se incluyen como líneas de acción, estrechamente vinculadas al Anteproyecto objeto del presente informe, las siguientes:

- Reforzar la colaboración con los proveedores de servicios digitales, prestadores de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, así como empresas tecnológicas, que mejore los sistemas de intercambios de datos, el desarrollo de acciones formativas, etc.
  
- Promover una cultura y conciencia de ciberseguridad, creando una narrativa propia que minimice las amenazas a las víctimas potenciales, difundida en campañas informativas en las redes sociales y en los medios de comunicación. Renovar y actualizar los planes dirigidos a concienciar sobre esta amenaza en los centros educativos (Específicamente, Plan Director para la Convivencia y Mejora de la Seguridad en los Centros Educativos y sus Entornos de la Secretaría de Estado de Seguridad) [...].



- Mejorar las acciones de inteligencia e investigación, priorizando la intervención en aquellos ciberdelitos que generan más daño, como la pornografía de menores *on line*.
- Potenciar la actuación de unidades especializadas en la prevención, investigación tecnológica y análisis forense de dispositivos de almacenamiento de datos en general, especialmente en lo relativo a los delitos de pornografía de menores en la red y otras formas de ciberdelincuencia que afectan a colectivos vulnerables.
- Reforzar el mecanismo de coordinación multidisciplinar entre administraciones e instituciones nacionales con responsabilidad en esta materia, para prevención y respuesta en casos de comisión en masa de ciberdelitos, con responsabilidades y actuaciones bien definidas y eficaces.
- Potenciar la actuación de unidades especializadas en la investigación de delitos cometidos en la red contra víctimas sensibles (pornografía de menores, explotación sexual en línea, acoso, etc.), con enorme repercusión social y que generan sensación de inseguridad, reduciendo su vulnerabilidad.
- Promover el intercambio de inteligencia para la identificación de víctimas, e incrementar las actividades preventivas de las unidades de participación ciudadana.

## II

59.- El **Título I del Anteproyecto** lleva por rúbrica "[d]erechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia", englobando los **artículos 8 a 12**, referidos, respectivamente a la garantía de los derechos de las víctimas de violencia, el derecho de información y asesoramiento, el derecho a la atención social integral, el derecho a la intervención en el procedimiento judicial y el derecho a la asistencia jurídica gratuita; como categoría específica de derechos frente a la violencia, independientes y coexistentes con los *derechos del menor* reconocidos en los artículos 3 a 9 de la LO 1/1996 y los derechos de las víctimas conforme a la regulación establecida en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

60.- Asimismo, en relación con este Título ha de tenerse presente, de manera especial, lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 2 de la LO



1/1996, LOPJM, redactado por la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, conforme a los cuales:

*"2. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".*

*4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.*

*En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

*Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados."*

61.- Anteriormente hemos puesto de manifiesto que la Convención de Derechos del Niño establece en su artículo 1 que *"se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad"*, constituyendo el parámetro actualmente utilizado, también en Europa, para definir qué se entiende por niño.

62.- En el ámbito del Derecho del Consejo de Europa, la mayoría de los instrumentos normativos relativos a los niños adoptan la definición de contemplada en la Convención de Derechos del Niño; por ejemplo el artículo 4 d) del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, o el artículo 3 a) del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote).

63.- Estas matizaciones devienen importantes toda vez que la delimitación subjetiva del reconocimiento de estos derechos, que recogen los artículos 8 a 12 APLO, en tanto referida a los *niños, niñas y adolescentes* víctimas de violencia, y no a las *"personas menores de edad"*, en función del contenido de cada uno de aquéllos, puede adolecer de la necesaria concreción en aras de poder garantizar, de manera efectiva, el reconocimiento de los citados derechos.





64.- Asimismo, podría resultar conveniente poner en conexión los derechos reconocidos en el Título I del Anteproyecto con lo recogido en la Ley 4/2015, de 27 de abril y en el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, debiendo recordar que estas oficinas, conforme al artículo 12.1 RD 1109/2015, se configuran como una unidad especializada y un servicio público cuya finalidad es prestar asistencia y/o atención coordinada para dar respuesta a las víctimas de delitos en los ámbitos jurídico, psicológico, y social, así como promover las medidas de justicia restaurativa que sean pertinentes, debiendo realizar una valoración individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección, teniendo en cuenta las características personales, en especial de aquellas víctimas más vulnerables como son los menores o las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, y la naturaleza y las circunstancias del delito, con la finalidad de determinar qué medidas de asistencia y protección deben ser prestadas a la víctima.

65.- Junto al reconocimiento de derechos de las personas menores de edad, resulta importante poner de manifiesto que la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, vino a introducir en la LOPJM 1/1996, dentro del Título I, un nuevo Capítulo III dedicado a los "[d]eberes del menor", integrado por los artículos 9 bis a 9 quinquies, en los que se abordan los deberes de los menores, en general y, de manera específica, los deberes relativos a los ámbitos familiar, escolar y social.

66.- La justificación ofrecida a tal modificación se encuentra detallada en el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015, señalando que *"desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no sólo titulares de derechos sino también de deberes"*.

67.- En coherencia con la citada legislación, se somete a la valoración del prelegislador la conveniencia de la inclusión, en su caso, de una referencia específica a los deberes del menor en el texto del Anteproyecto.

68.- El contenido del **artículo 9 APLO**, relativo al "[d]erecho de información y asesoramiento", debe entenderse como complementario de lo dispuesto en el artículo 5 del Estatuto de la Víctima del Delito, que regula el "[d]erecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes" reconociendo a toda víctima el 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.*

69.- El **artículo 10 APLO**, relativo al "[d]erecho a la atención integral" a los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia una atención social integral, que comprenderá medidas de protección, apoyo, acogida y recuperación.

70.- El **artículo 11 APLO**, bajo la rúbrica "[d]erecho a la intervención en el procedimiento judicial" dispone que:

*«1. Los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia tienen derecho a intervenir en defensa de sus intereses en todos los procedimientos judiciales que traigan causa de una situación de violencia.*

*Dicha intervención se realizará, con carácter general, a través de sus representantes legales.*

*También podrá realizarse a través del defensor judicial designado por el Juzgado o Tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en los supuestos previstos en el artículo 26.2 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.*

*2. Los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, a través de sus representantes legales o de su defensor judicial, podrán personarse como acusación particular en cualquier momento del procedimiento penal, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación, ni podrá suponer una merma del derecho de defensa del acusado.»*

71.- Debe destacarse, en cuanto al momento de personación como acusación particular, que la regulación proyectada se sitúa en línea con la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo favorecedora, a partir del principio de igualdad de armas, de la flexibilización de la exigencia contenida en el artículo 110 LECrim de que la personación de la víctima sólo pueda realizarse antes del trámite de calificación. En efecto, en una reiterada línea jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha afirmado *«la posibilidad de personación de la víctima en el acto del juicio oral, incorporándose con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones provisionales o adherirse a las del Fiscal así como cumplir el trámite de conclusiones definitivas»* (STS Sala Segunda de 17 de enero de



2018, FJ 5 [ECLI:ES:TS:2018:61] y las sentencias allí citadas)». Ahora bien, debe advertirse que, a la vista de que el artículo 109 bis LECrim, incorporado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, ha reconocido el derecho a ejercer la acción penal *«en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito»*, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha matizado la anterior doctrina, sosteniendo que *«es necesario plantearse una modulación de los criterios anteriormente expuestos, por cuanto ya no cabe sostener que el artículo 24 CE ha incidido en el artículo 110 LECRIM para flexibilizarlo. Este argumento decae si ya contamos con una norma postconstitucional que ha reiterado el criterio del tradicional artículo 110 LECRIM: que la personación de la acusación particular se ha de realizar antes del inicio del trámite de calificación. Por otra parte, carece de sentido diseñar dos regímenes dispares según la acusación de que se trate: uno, basado en la interpretación flexible del artículo 110 LECRIM para la acusación popular; y otro, ajustado al tenor literal del nuevo artículo 109 bis LECRIM, que es el mismo que el del artículo 110 LECRIM (la personación se ha de realizar "antes del trámite de calificación del delito") para la acusación particular (cuando por definición es la persona ofendida o perjudicada por el delito -víctima-). La nueva regulación de la materia nos obliga a ceñirnos al tenor de los artículos 109 bis y 110 LECRIM en ambos casos y concluir que la personación de la acusación popular se debe realizar antes del trámite de calificación del delito»* (ATS de 16 de noviembre de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:11988A]). En atención de lo expuesto, cabe señalar la necesidad de que el prelegislador clarifique su opción reguladora, debiendo señalarse que, para el caso de que opte por flexibilizar el ejercicio de la acción penal de la acusación particular, tal flexibilización debería tener alcance general y el oportuno reflejo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

72.- Cabe recordar, asimismo, que conforme al apartado 3 del artículo 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito:

*"3. Cuando la víctima lo haya solicitado, aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir, el Secretario judicial deberá informarle, por escrito y sin retrasos innecesarios, de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor."*

73.- El **artículo 12 del Anteproyecto** viene referido al "[d]erecho a la asistencia jurídica gratuita", debiendo traer a colación que la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre derechos, el apoyo y la protección de



las víctimas de delitos, ha previsto en su artículo 13 que *"los Estados miembros garantizarán a las víctimas el acceso a asistencia jurídica gratuita cuando tengan estatuto de parte en el proceso penal. Las condiciones o normas procesales en virtud de las cuales las víctimas tendrán acceso a la asistencia jurídica gratuita se determinará en el derecho nacional"*.

74.- En relación con este derecho, a nivel europeo pueden citarse, igualmente, la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, y la Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales.

75.- Por lo que respecta al Derecho español, el artículo 119 de la Constitución proclama la gratuidad de la Justicia cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, habiendo declarado el Tribunal Constitucional, por ejemplo en la Sentencia 97/2001, de 5 de abril (ECLI:ES:TC:2001:97), que:

*«3. [...] el derecho a la asistencia jurídica gratuita consignado en el art. 119 CE es "un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esta naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias" (STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3). La LAJG es precisamente la disposición encargada de dar contenido a ese derecho y regular su ejercicio y para ello parte, en su Exposición de Motivos, de la premisa de que mediante el sistema de justicia gratuita el Estado lleva a cabo "una actividad prestacional encaminada a la provisión de los medios necesarios para hacer que este derecho [a la tutela judicial efectiva] sea real y efectivo incluso cuando quien desea ejercerlo carezca de recursos económicos"*

*Pues bien, es cierto que el derecho a la asistencia jurídica gratuita es instrumental o complementario y constituye uno de los presupuestos del derecho a la tutela judicial efectiva y que, como se dijo en la STC 16/1994, de 17 de febrero, citada por el Abogado del Estado, aquel derecho "es no sólo garantía de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre*



*las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho"(FJ 3). No cabe negar, pues, que indirectamente coadyuva al ejercicio de la función jurisdiccional.»*

76.- La finalidad del artículo 119 CE radica en permitir el acceso a la Justicia que garantiza, con carácter general, el artículo 24 CE a quienes carecen de medios económicos suficientes para ello, es decir «[a] quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar» (STC 16/1994).

77.- Por tanto, en España, la justicia gratuita es un derecho prestacional y de configuración legal, si bien la propia Constitución obliga a reconocer el derecho, como contenido constitucional indisponible para el legislador, a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. En este marco ha de ser el legislador el que desarrolle el contenido y las condiciones de ejercicio de este derecho.

78.- El Estatuto de la víctima del delito vino a facilitar a la víctima el ejercicio de sus derechos, permitiendo la presentación de solicitudes de justicia gratuita ante la autoridad o funcionario encargado de informarle de sus derechos, que la trasladará, junto con la documentación aportada, al Colegio de Abogados correspondiente, evitándose de este modo el peregrinaje por diversas oficinas (apartado VI de la Exposición de Motivos y artículo 16).

79.- Conforme al **artículo 12 del Anteproyecto:**

*«1. Los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita con independencia de su situación económica, en los términos previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.*

*2. Los Colegios de Abogados garantizarán 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.*

*3. 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 niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia. En todo caso, el abogado designado ostentará habilitación legal para la representación procesal de la víctima hasta la designación de procurador.»*

80.- El ámbito personal de aplicación, en los términos y con el alcance previstos en esta ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, viene delimitado en el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, desarrollada por el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

81.- El Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, incorporó una importante modificación de la Ley 1/1996, incluyendo el reconociendo del derecho de asistencia jurídica gratuita, con independencia de la existencia de recursos para litigar, tanto a las personas menores de edad como a las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental *cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato*, con la finalidad de poder abarcar todos y cada uno de los tipos delictivos que se incluyen en estas dos categorías, siguiendo las directrices internacionales recogidas en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, que recoge una definición muy amplia de "abuso sexual" que no se correspondía con los tipos penales que, bajo esta rúbrica, regulaban, en aquel momento, los artículos 181 a 183 bis del Código Penal.

82.- La concesión de este beneficio, al margen de la existencia de recursos para litigar, se encuentra, igualmente, vinculada a la problemática derivada de la toma de declaración y a la necesidad de evitar y limitar, en la medida de lo posible, la victimización secundaria y los graves efectos que la misma genera como se desprende de la importante modificación introducida por el Real Decreto-Ley 3/2013 en el artículo 6 de la Ley 1/1996, al tratar del contenido material del derecho regulado.

83.- Así, en cuanto a la prestación de asistencia pericial gratuita, el Real Decreto-Ley 3/2013 introdujo en el apartado 6 del artículo 6 de la Ley



1/1996, tras la previsión general de asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas, una regulación especial, habilitando al Juez o Tribunal para acordar que la asistencia pericial especializada gratuita se lleve a cabo por profesionales técnicos privados cuando deba prestarse a personas menores de edad o a personas con discapacidad psíquica que sean víctimas de abuso o maltrato. Esta decisión deberá acordarse *en resolución motivada, atendidas las circunstancias del caso y el interés superior del menor o de la persona con discapacidad, y podrá prestarse de forma inmediata.*

84.- Como *ut supra* se ha indicado, la delimitación subjetiva del reconocimiento de este derecho, que recoge el artículo 12 del Anteproyecto, en tanto referida a los *niños, niñas y adolescentes* víctimas de violencia se observa que adolece de la necesaria concreción, por lo que se sugiere, a efectos de poder garantizar, de manera efectiva, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, su vinculación o concesión a las "*personas menores de edad*", de manera análoga a lo recogido en otros preceptos del Anteproyecto, como en el apartado 2 del artículo 15.

85.- Dado que el Anteproyecto viene a ampliar el *ámbito personal de aplicación* del derecho a la asistencia jurídica gratuita, se sugiere al prelegislador la incorporación en el texto que se informa, en tanto modificación del Derecho vigente, de una disposición final que recoja la correspondiente modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

86.- El **apartado 2 del artículo 12 APLO** recoge, acertadamente, la necesidad de especialización o formación *ad hoc* para la atención de determinadas víctimas, al disponer que «[l]os Colegios de Abogados garantizarán 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», previsión similar a la recogida en el artículo 26 ("*[d]istribución por turnos*") del Proyecto de Ley de asistencia jurídica gratuita presentado en la X Legislatura y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de marzo de 2014, que contemplaba la incorporación de *servicios de asesoramiento previo y de asistencia letrada para las víctimas de violencia de género, trata de seres humanos y de menores de edad y persona con discapacidad intelectual o enfermedad mental que sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato.*



87.- Esta formación especializada resulta, asimismo, coherente con la previsión genérica recogida en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 5 APLO, conforme al cual «[l]os Colegios de Abogados facilitarán a sus miembros el acceso a formación específica sobre los aspectos materiales y procesales de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, tanto desde la perspectiva del Derecho interno como del Derecho de la Unión Europea y Derecho internacional, así como a programas de formación continua en materia de lucha contra la violencia sobre la infancia y la adolescencia».

88.- El **apartado 3 del artículo 12 del Anteproyecto**, junto al mandato dirigido a los Colegios de Abogados y de Procuradores para adoptar las medidas necesarias que permitan la designación urgente de profesionales, incorpora la siguiente previsión:

*«[E]n todo caso, el abogado designado ostentará habilitación legal para la representación procesal de la víctima hasta la designación de procurador».*

89.- No puede olvidarse que nuestro sistema jurídico se encuentra basado, como regla general, en una concepción dual de las funciones de defensa y representación que queda plasmada en las normas derecho procesal español. Así, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, distinguiendo entre la función de representación procesal (Procurador) y la defensa técnica (Abogado), con una regulación separada de ambas profesiones, (artículos 23 y siguientes); o en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, (artículo 118.3).

90.- También puede citarse, al efecto, el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, así como determinadas disposiciones contenidas en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, y el Real Decreto-Ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, que descansa sobre la configuración de un único título que habilita para el desempeño de las profesiones de abogado y de procurador, manteniendo la prohibición de ejercicio simultáneo de ambas profesiones ya plasmada en el apartado 3 del artículo 23 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El Informe de este órgano constitucional al citado Anteproyecto ha sido aprobado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 31 de enero de 2019.





91.- En relación con los Procuradores, el artículo 543 de la LOPJ les otorga la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa. La previsión incorporada al Anteproyecto constituiría una habilitación legal para el ejercicio de una función, la representación procesal, íntimamente relacionada con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al margen de la regla general, establecida en las correspondientes normas procesales y, de manera especial, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, -artículo 4-, por lo que se sugiere que caso de optar el prelegislador por el mantenimiento de esta habilitación, se inserte en las normas procesales, a través de la correspondiente disposición final.

### III

92.- El **Título II del APLO** se dedica al "[d]eber de comunicación de situaciones de desprotección, riesgo o violencia", señalando al respecto el apartado II de la Exposición de Motivos APLO que:

*«[...] se establece un deber genérico, que afecta a toda la ciudadanía, de comunicar de forma inmediata a la autoridad competente la existencia de indicios de desprotección, riesgo o violencia ejercida sobre niños, niñas o adolescentes. Se trata de una obligación mucho más amplia que el deber general de denunciar la comisión de hechos delictivos previsto en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, cualquier situación que afecte a la integridad física, mental o moral de una persona menor de edad, sea o no constitutiva de delito, debe ser puesta en inmediato conocimiento de las autoridades.*

*Este deber de comunicación se configura de una forma más exigente para aquellos colectivos que, por razón de su profesión u oficio, tienen un contacto habitual con personas menores de edad o les corresponde una función de protección: miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, autoridades o empleados públicos, personal sanitario, personal de centros escolares y personas que trabajen en centros en los que residan habitualmente niños, niñas o adolescentes.*

*En estos supuestos, se prevé la obligación de las Administraciones Públicas competentes en cada caso de facilitar mecanismos adecuados de comunicación e intercambio de información.*

*Asimismo, se prevé la dotación por parte de las Administraciones Públicas competentes de los medios necesarios y accesibles para que sean los*



*propios niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, o que hayan presenciado una situación de violencia, los que puedan comunicarlo de forma segura, fácil y confidencial.*

*Además, se regula de forma específica el deber de comunicación de la existencia de contenidos en red que constituyan una forma de violencia o abuso sobre los niños, niñas o adolescentes sean o no constitutivos de delito, en tanto que el ámbito de internet y redes sociales es especialmente sensible a estos efectos.*

*En todo caso, la ley garantiza la confidencialidad y la seguridad de las personas que cumplan con su deber de comunicación de situaciones de desprotección, riesgo o violencia, con el objetivo de incentivar el cumplimiento de tal deber.»*

93.- El deber de *comunicación* o denuncia, general de la ciudadanía y cualificado de determinadas personas, por razón de su cargo, se recoge en la regulación española en los artículos 262 (parcialmente modificado por la Ley de 14 de abril de 1955) y 264 de la LECrim, desde su redacción inicial, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

94.- A su vez, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, vino a establecer *"el deber que tienen todas las personas que tuvieran noticia de un hecho que pudiera constituir un delito contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos o de explotación de menores, de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal"* (apartado II de la Exposición de Motivos), modificando, a tal efecto, los artículos 13 y 14 de la LOPJM, 1/1996.

95.- Conforme al artículo 13 de la LOPJM 1/1996, rubricado *"[o]bligaciones de los ciudadanos y deber de reserva"*:

*«1. Toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.*

*2. Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización.*



*3. Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva.*

*En las actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor.*

*4. Toda persona que tuviera noticia, a través de cualquier fuente de información, de un hecho que pudiera constituir un delito contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos, o de explotación de menores, tendrá la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación procesal penal.*

*[5. ...]»*

96.- Conforme al artículo 14 LOPJM 1/1996:

*«Atención inmediata*

*Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal.*

*La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.»*

97.- En línea con la regulación vigente, transcrita, el **artículo 13 del Anteproyecto**, que lleva por rúbrica "[d]eber de comunicación de la ciudadanía" ordena que:

*«Toda persona que advierta indicios de una situación de desprotección, de riesgo o de violencia ejercida sobre una persona menor de edad, está obligada a comunicarlo de forma inmediata a la autoridad competente y, si los hechos pudieran ser constitutivos de delito, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial, sin perjuicio de prestar la atención inmediata que la víctima precise».*



98.- Esta obligación se refuerza, en el **artículo 14 del Anteproyecto**, en los siguientes términos:

*«Artículo 14. Deber de comunicación cualificado.*

*1. El deber de comunicación previsto en el artículo anterior es especialmente exigible a las siguientes personas, cuando tuvieran conocimiento por razón de su cargo o profesión de una situación de desprotección, riesgo o violencia ejercida sobre una persona menor de edad:*

- 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.*

*2. Cuando las personas a las que se refiere el apartado anterior tuvieran conocimiento de la existencia de una situación de riesgo o desprotección de una persona menor de edad, deberá comunicarlo de forma inmediata a los servicios sociales de atención primaria competentes.*

*Además, en los procedimientos de carácter urgente, cuando exista la sospecha o indicios razonables de que la salud y/o seguridad del niño, niña o adolescente pudiera encontrarse amenazada y no hubiera una figura familiar o de apego que pueda garantizarlas, las personas a las que se refiere el apartado 1 deberán comunicarlo de forma inmediata a los servicios sociales especializados de protección de menores competentes.*

*3. Cuando las personas a las que se refiere el apartado 1 advirtieran indicios razonables de la comisión de un delito, deberán comunicarlo de forma inmediata a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial. Igualmente, deberán comunicar de forma inmediata a la Agencia Española de Protección de Datos las posibles infracciones de la normativa sobre protección de datos personales de una persona menor de edad.*

*4. En todo caso, las personas a las que se refiere el apartado 1 deberán facilitar toda la información de que dispongan, así como prestar su máxima colaboración.»*

99.- Según expone la MAIN, al abordar el contenido y análisis jurídico de la norma proyectada, se configura como "un deber más exigente para aquellos colectivos que, por razón de su profesión u oficio, tienen un contacto habitual con personas menores de edad o les corresponde una función de



*protección*". Entre los colectivos enumerados, sin embargo, no se encuentran recogidos los servicios sociales de atención primaria, a los que se dedica el Capítulo VI del Título III del Anteproyecto, por lo que resultaría conveniente su inclusión.

100.- Siguiendo con la delimitación subjetiva del deber de comunicación cualificado, si bien el apartado 1 c) de este precepto se refiere al personal sanitario de los servicios de salud públicos y privados, resulta oportuno destacar, desde este momento, la ausencia en el Anteproyecto que se informa de previsiones específicas en relación a los Médicos Forenses, en tanto personal que sirve a la Administración de Justicia, cuya regulación recoge la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el Libro VI, rubricado "[d]e los Cuerpos de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia y de otro personal", en los artículos 470 y siguientes.

101.- Asimismo, podría resultar conveniente incorporar al Anteproyecto referencias relativas al Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, en tanto órgano técnico adscrito al Ministerio de Justicia, cuya misión principal es auxiliar a la Administración de Justicia y contribuir a la unidad de criterio científico, a la calidad de la pericia analítica y al desarrollo de las ciencias forenses (artículo 480.1 LOPJ), y a los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, configurados, en el artículo 479 LOPJ, como órganos técnicos adscritos al Ministerio de Justicia, o en su caso a aquellas Comunidades Autónomas con competencia en la materia, cuya misión principal es auxiliar a la Administración de Justicia en el ámbito de su disciplina científica y técnica.

102.- **En el artículo 14.1.c)**, junto al personal sanitario de los servicios de salud públicos y privados, habría de incorporarse referencia expresa al personal del Cuerpo de Médicos Forenses, para cuyo acceso se ha de estar en posesión de los títulos oficiales de Licenciado o Graduado en Medicina y de especialista en Medicina Forense y, en su caso, al resto de Cuerpos especiales enumerados en el artículo 475 LOPJ.

103.- Al *deber de comunicación* se refieren, igualmente, los apartados 1 y 4 del artículo 13 de la LOPJM, redactados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, anteriormente transcritos, habiendo de señalar, al respecto, que **la disposición final primera del Anteproyecto** suprime el apartado 4 del artículo 13 LOPJM, cuyo contenido viene a ser recogido en el artículo 13 del Anteproyecto, no observándose, sin embargo, que el reconocimiento del "[d]eber de comunicación de la ciudadanía", en la norma proyectada,



implique la necesidad de suprimir lo dispuesto en el artículo 13.4 de la LOPJM.

104.- Del tenor literal del artículo 14 del Anteproyecto se desprende la integración, en este precepto, de diferentes situaciones de muy distinta índole e intensidad, que quedarían afectadas por el deber de comunicación cualificado: situación de desprotección, riesgo o violencia ejercida sobre una persona menor de edad, situación de riesgo o desprotección de una persona menor de edad, sospecha o indicios razonables de que la salud y/o seguridad del niño, niña o adolescente pudiera encontrarse amenazada, indicios razonables de la comisión de un delito, posibles infracciones de la normativa sobre protección de datos personales de una persona menor de edad y sospecha de casos de personas menores de edad víctimas de violencia.

105.- El **artículo 15 APLO** se refiere a la *«[c]omunicación de situaciones de violencia por parte de niños, niñas y adolescentes»*, contemplando el apartado 2 de este precepto que *«[l]as Administraciones Públicas establecerán mecanismos de comunicación seguros, eficaces, confidenciales, adaptados y accesibles para los niños, niñas y adolescentes, a los que las personas menores de edad, así como sus representantes legales puedan acceder de forma anónima... »*

106.- Atendida la garantía de confidencialidad y seguridad que consagra el artículo 18 del Anteproyecto, podría resultar conveniente valorar la supresión, en el apartado 2 del artículo 15 del Anteproyecto, de la referencia al anonimato, en tanto se vincula a la comunicación de hechos o situaciones de violencia padecida por ellos mismos o que hubieran presenciado, y que, por tanto, a pesar de no constituir una denuncia, pudieran dar inicio a investigaciones sobre hechos presuntamente delictivos.

107.- El **apartado 1 del artículo 17 del Anteproyecto** se refiere al *"[d]eber de comunicación de contenidos ilícitos en internet"* estableciendo la obligación de toda persona, física o jurídica, que advierta la existencia de contenidos disponibles en red que constituyan una forma de violencia o abuso contra cualquier niño, niña o adolescente, de comunicarlo a la autoridad competente y, en el caso de que los hechos pudieran ser constitutivos de delito, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial.



108.- En relación con esta previsión, debe ponerse de manifiesto que conforme al artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dentro de las funciones de supervisión y control en materia de mercado de comunicación audiovisual, corresponde a la CNMC supervisar y controlar el correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual.

109.- Conforme a la regulación actual, recogida en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, (artículo 2), son servicios de comunicación audiovisual aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales; siendo modalidades del servicio de comunicación audiovisual, el servicio de comunicación audiovisual televisiva, (de visionado simultáneo, a petición o en movilidad) y el servicio de comunicación audiovisual radiofónica, (de audición simultánea, a petición o en movilidad).

110.- Sin embargo, a los efectos del texto que se informa, resulta importante destacar la aprobación de la reciente Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, que se inscribe en el paquete de propuestas legislativas presentadas por la Comisión Europea en la Estrategia para la creación de un Mercado Único Digital (2015), en tanto la transposición de dicha Directiva, que habrá de tener lugar antes del 19 de septiembre de 2020, conllevará la inclusión en el ámbito de aplicación de la normativa audiovisual de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma y de ciertas redes sociales, con incidencia, por tanto en el ámbito de supervisión y control del correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual.

111.- Debe recordarse, igualmente, que conforme al apartado 2 del artículo 84 de la LO 3/2018, LOPD, la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de



protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

112.- Por su parte, el **apartado 2 del artículo 17 del Anteproyecto** establece, con acierto, que las Administraciones Públicas deberán garantizar la disponibilidad de canales confidenciales de denuncia de la existencia de tales contenidos para, seguidamente señalar que *«[e]stos canales podrán ser gestionados por líneas de denuncia nacionales homologadas por redes internacionales, siempre en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad»*.

113.- En relación con el segundo inciso del artículo 17.2 del Anteproyecto debe traerse a colación que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo importantes modificaciones en los delitos contra la libertad sexual, como se afirma en el apartado XII de su Exposición de Motivos, con la finalidad de llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, que obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

114.- La LO 1/2015 prestó especial atención al castigo de la pornografía infantil, ofreciendo, en el apartado 1 del artículo 189 CP, una definición legal de este concepto tomada de la Directiva 2011/93/UE, [que abarca no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores, o personas con discapacidad necesitada de especial protección, participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida], sancionando los actos de producción y difusión, e incluso la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen personas menores de edad o personas con discapacidad necesitada de especial protección, y castigando el mero uso o la adquisición de pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, a través de la introducción, en el artículo 189.5 CP, de





un nuevo párrafo para sancionar a *quien acceda a sabiendas a este tipo de pornografía por medio de las tecnologías de la información y la comunicación*, en la conciencia de que las nuevas tecnologías constituyen una vía principal de acceso a los soportes de la pornografía.

115.- Por esta misma razón, la Ley Orgánica 1/2015, recogió, con carácter imperativo, que *"[l]os jueces y tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español"* previendo, asimismo, que *"[e]stas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal"* (artículo 189.8 CP).

116.- Esta nueva regulación penal y, de manera especial, la tipificación, junto a la distribución y difusión, del acceso *"a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación"*, ha de ponerse en conexión con la previsión establecida en el **apartado 2 del artículo 17 del Anteproyecto**, con incidencia en la *gestión* de los canales de denuncia de la existencia de tales contenidos, de manera que cuando nos encontremos ante *pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección*, dichos canales habrán de gestionarse directamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

117.- El **artículo 18 del Anteproyecto**, que lleva por rúbrica *"[c]onfidencialidad y seguridad"*, prevé en sus apartados 3 y 4 que:

*«3. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad adoptarán de forma inmediata todas las medidas provisionales de protección de las personas denunciantes que resulten adecuadas y pertinentes en atención a las circunstancias del caso.*

*4. El Juzgado de Instrucción, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar las medidas de protección previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, cuando lo estime necesario en atención al riesgo o peligro que derive de la formulación de denuncia conforme a los artículos anteriores.»*



118.- Por lo que respecta a la Ley Orgánica 19/1994, de protección a testigos y peritos en causas criminales, integrada por cuatro artículos, debe destacarse que la disposición adicional segunda de la misma preveía que "*el Gobierno, en el plazo de un año a partir de la publicación de la presente Ley, dictará las disposiciones reglamentarias que resulten necesarias para su ejecución*", sin que hasta la fecha se haya llevado a efecto esta previsión.

119.- En lo que concierne a la protección de las víctimas, el apartado 3 del artículo 25 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, al tratar de las *medidas de protección*, recoge expresa mención a la posibilidad de acordar alguna o algunas de las medidas de protección a que se refiere el artículo 2 de la Ley Orgánica 19/1994, sugiriendo al respecto la conveniencia de instar al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, para que impulse la modificación legislativa pertinente con el objeto de actualizar la regulación recogida en la citada Ley Orgánica 19/1994.

120.- El artículo 682 LECrim, redactado por la Ley 4/2015, LEVD, habilita al Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, para restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio y prohibir que se graben, todas o alguna de las audiencias, cuando resulte imprescindible para preservar el orden de las sesiones y los derechos fundamentales de las partes y de los demás intervinientes, especialmente el derecho a la intimidad de las víctimas, el respeto debido a la misma o a su familia, o la necesidad de evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso, contemplando, a estos efectos, entre otras medidas, la posibilidad de prohibir que se facilite la identidad de las víctimas, de los testigos o peritos o de cualquier otra persona que intervenga en el juicio.

#### **IV**

121.- El **título III del Anteproyecto** se dedica a la concienciación, prevención y detección, englobando los artículos 19 a 49, distribuidos a lo largo de diez capítulos.

122.- Debe destacarse que el Convenio de Lanzarote, en su artículo 5.1, incluido dentro del capítulo dedicado a las *medidas preventivas*, señala, con carácter imperativo, que los Estados firmantes adoptarán todas las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para promover la *sensibilización* en cuanto a la protección y los derechos de los niños por parte de las personas que mantienen un contacto habitual con ellos en los



sectores de la educación, la sanidad, la protección social, la justicia y las fuerzas del orden, así como en los ámbitos relacionados con el deporte, la cultura y el ocio.

123.- El **apartado 2 del artículo 19 APLO** prevé que:

«Anualmente, las personas titulares del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, con la colaboración del Alto Comisionado para la lucha contra la pobreza infantil, elevarán al Consejo de Ministros un informe de evaluación acerca del grado de cumplimiento y la eficacia de la Estrategia de erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia.

Dicho informe contendrá datos desagregados por sexo y edad y, al menos, deberá incluir un análisis estadístico de los casos de violencia que se hayan producido, diferenciando el ámbito en el que han tenido lugar, el tipo de violencia ejercida, así como los colectivos en situación de especial vulnerabilidad que se han visto afectados.

Los resultados de dicho informe se harán públicos para general conocimiento, y deberán ser tenidos en cuenta para la elaboración de las políticas públicas correspondientes.”

124.- Por lo que respecta a la figura del Alto Comisionado para la lucha contra la pobreza infantil, esta se encuentra recogida en el artículo 10 del Real Decreto 419/2018, de 18 de junio, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno, en los siguientes términos:

*«1. Bajo la dependencia directa del Presidente del Gobierno existirá un Alto Comisionado para la lucha contra la pobreza infantil, con rango de Subsecretario, que se encargará de la coordinación de actuaciones dirigidas a luchar contra la desigualdad y la pobreza infantil y, en particular, llevará a cabo las siguientes funciones:*

*a) Establecer instrumentos de planificación y seguimiento de políticas públicas dirigidas a luchar contra la pobreza infantil.*

*b) Diseñar sistemas de evaluación del impacto de las decisiones políticas en la desigualdad y la pobreza infantil.*

*c) Proponer a los departamentos ministeriales medidas e iniciativas en los ámbitos de su competencia.*

*d) Elaborar análisis y estudios sobre desigualdad y pobreza infantil.*

*e) Impulsar la actuación de la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias y establecer relaciones de colaboración y cooperación con otras Administraciones territoriales.*



*f) Analizar el estado de la protección de la infancia de acuerdo con la Convención de los derechos del Niño y el resto de acuerdos internacionales suscritos sobre la materia.*

*2. Con funciones de apoyo técnico al Alto Comisionado, se crea en el Gabinete del Presidente del Gobierno la Oficina del Alto Comisionado para la lucha contra la pobreza infantil, cuyo titular tendrá rango de director general.»*

125.- Dentro del capítulo II ("*[n]iveles de actuación*"), del título III, el **artículo 21 del Anteproyecto**, ("*[d]e la prevención*"), prevé que «*[l]as Administraciones Públicas competentes establecerán planes y programas de prevención primaria, secundaria y terciaria para la erradicación de la violencia contra la infancia y la adolescencia*», planes y programas que comprenderán medidas específicas en los ámbitos familiar, educativo, de servicios sociales, sanitario, *judicial* y de los medios de comunicación y las nuevas tecnologías en el marco de la estrategia para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia y deberán ser evaluados en los términos que establezcan las Administraciones Públicas competentes.

126.- El **artículo 22 del APLO**, bajo la rúbrica de "*[p]revención de la radicalización en los niños, niñas y adolescentes*", ordena a las Administraciones Públicas competentes adoptar las medidas de prevención y protección necesarias para proteger a las personas menores de edad frente a los procesos de radicalización y adoctrinamiento que conducen a la violencia, así como para el tratamiento y asistencia de los mismos en los casos en que esta llegue a producirse.

127.- Ha de ponerse de manifiesto que la lucha contra la radicalización constituye uno de los tres retos apremiantes identificados en la Agenda Europea de Seguridad 2015-2020, presentada por la Comisión Europea el 28 de abril de 2015.

128.- En el ámbito nacional, en relación con la importancia de la prevención de la radicalización, merece ser destacada la reciente Orden PCI/179/2019, de 22 de febrero, por la que se publica la Estrategia Nacional contra el Terrorismo 2019, aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional, incardinada en el Sistema de Seguridad Nacional, entendiéndose que el terrorismo y el extremismo violento, en todas sus manifestaciones, constituyen una de las principales amenazas para la Seguridad Nacional y el ordenamiento democrático, afectando a los valores y principios esenciales que rigen nuestra convivencia; y uno de cuyos cuatro pilares es la prevención, dirigida a detectar e impedir la aparición, desarrollo y



expansión de extremismos violentos, abordando sus causas y apoyando y protegiendo a las personas y colectivos más vulnerables, entre los que, sin duda, se encuentran las personas menores de edad y las personas con discapacidad.

129.- El **capítulo III del título III** aborda las medidas relativas al *ámbito familiar*. En particular, el **artículo 26 del Anteproyecto**, bajo la rúbrica de “[s]ituación de crisis familiar”, dispone que:

*«1. Las Administraciones Públicas deberán prestar especial atención a la protección del interés superior del menor en los casos de ruptura de la convivencia de sus progenitores o de uno de ellos en el caso de ruptura de familias reconstituidas. Para ello, fomentarán la orientación y mediación familiar, los puntos de encuentro familiar y otros recursos o servicios especializados que permitan una adecuada atención y protección a la infancia y adolescencia, así como un acompañamiento profesional especializado a los progenitores, o en su caso, a los tutores o guardadores, durante el proceso de ruptura y en el ejercicio de sus responsabilidades parentales.*

*2. Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán implementar medidas de política familiar especialmente dirigidas a las familias en situación de crisis con hijos o hijas menores de edad, a fin de garantizar que la ruptura de los progenitores no implique consecuencias perjudiciales para los mismos.*

*3. El Juzgado que conozca de un procedimiento derivado del conflicto parental, en el caso de que lo considere beneficioso para el niño, niña o adolescente, podrá derivar a los progenitores, tutores y guardadores legales a cualquiera de los servicios mencionados en el apartado 1, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil. No cabe la derivación a mediación en los casos previstos en el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ni cuando alguno de los progenitores, tutores o guardadores esté incurso en un procedimiento penal por violencia sobre las personas menores de edad a su cargo.*

*A estos efectos, se promoverá la suscripción de acuerdos y protocolos de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Administraciones competentes en la gestión de dichos servicios.»*



130.- Procede detenerse en la previsión de la mediación intrajudicial que contempla este artículo, y que vincula a la adopción de las medidas judiciales de protección de los hijos previstas en el artículo 158 del Código Civil. Si bien es cierto que la amplitud de este precepto permitiría incluir en su ámbito la derivación a mediación, no cabe olvidar que el mismo regula la adopción por el juez de las medidas oportunas, con carácter general, para apartar al menor de un peligro o de evitarles perjuicios, y que el marco normativo propio de la mediación se encuentra en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, entre cuyos principios fundamentales se encuentra el de la voluntariedad y la libre disposición (artículo 6). Lo que no empece a que las medidas legislativas de impulso a la mediación, actualmente en fase de anteproyecto, contemplen la obligatoriedad "mitigada" de la mediación para determinadas materias y procedimientos, y circunscrita a la concurrencia a una sesión informativa o, en su caso, exploratoria, sin menoscabo de aquellos principios y sin menoscabo de los derechos de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva recogidos en el artículo 47 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea y 24.1 de la Constitución, tal y como han sido interpretados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (cfr. STJUE de 14 de junio de 2017, Menini, as. C- 75/15, ECLI:EU:C:2017:457) y el Tribunal Constitucional (cfr. STC 1/2018, de 11 de enero de 2018).

131.- Debe destacarse, en este ámbito, el Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar, aprobado por el Pleno del Observatorio de la Infancia el 9 de junio de 2014, como marco de actuación conjunta e integral, susceptible de desarrollo en cada comunidad autónoma, que vino a introducir, entre otras mejoras, el fomento de la igualdad y equidad en la atención a las niñas y niños víctimas de maltrato en el ámbito familiar, menores con discapacidad física, intelectual, sensorial o mental, o en su caso, las de las niñas y niños procedentes de otros países y culturas.

132.- El **capítulo IV del título III del Anteproyecto** se dedica al *ámbito educativo*.

133.- En el artículo 29.3 del Anteproyecto, y de manera similar en el artículo 52.2, se hace referencia a lo establecido en la normativa vigente en materia de protección de datos. Sin perjuicio de estas concretas referencias, insertadas en lo atinente, respectivamente, al ámbito educativo y los centros de protección, se sugiere valorar la conveniencia de adicionar en el articulado una referencia expresa a la normativa vigente en materia de protección de datos, particularmente el Reglamento (UE) 2016/679 del



Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro desde el 25 de mayo de 2018 (artículo 99 del RGPD), y la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en tanto aplicables a los distintos ámbitos tratados en el Anteproyecto.

134.- En relación con la educación resulta importante destacar que el artículo 6 del Convenio Lanzarote señala lo siguiente:

*«Artículo 6. Educación de los niños.*

*Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que los niños reciban, durante su educación primaria y secundaria, información sobre los riesgos de explotación y abuso sexual, así como sobre los medios para protegerse, adaptada a su etapa evolutiva. Esta información, proporcionada, en su caso, en colaboración con los padres, se inscribirá en el contexto de una información de carácter más general sobre la sexualidad y prestará especial atención a las situaciones de riesgo, especialmente las derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.»*

135.- En cuanto a la traslación, a nivel normativo, del citado precepto del Convenio de Lanzarote ha de traerse a colación el Real Decreto 126/2014, de 28 de febrero, por el que se establece el currículo básico de la Educación Primaria, cuyo artículo 10, bajo la rúbrica de "[e]lementos transversales" dispone, entre otros aspectos lo siguiente:

*«1. Sin perjuicio de su tratamiento específico en algunas de las asignaturas de cada etapa, la comprensión lectora, la expresión oral y escrita, la comunicación audiovisual, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, el emprendimiento y la educación cívica y constitucional se trabajarán en todas las asignaturas.*

*2. Las Administraciones educativas fomentarán la calidad, equidad e inclusión educativa de las personas con discapacidad, la igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de discapacidad, medidas de flexibilización y alternativas metodológicas, adaptaciones curriculares, accesibilidad universal, diseño para todos, atención a la diversidad y todas aquellas medidas que sean necesarias para conseguir que el alumnado con discapacidad pueda acceder a una educación educativa de calidad en igualdad de oportunidades.*



*3. Las Administraciones educativas fomentarán el desarrollo de los valores que fomenten la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y la prevención de la violencia de género, y de los valores inherentes al principio de igualdad de trato y no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social.*

*Las Administraciones educativas fomentarán el aprendizaje de la prevención y resolución pacífica de conflictos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, así como de los valores que sustentan la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político, la paz, la democracia, el respeto a los derechos humanos y el rechazo a la violencia terrorista, la pluralidad, el respeto al Estado de derecho, el respeto y consideración a las víctimas del terrorismo y la prevención del terrorismo y de cualquier tipo de violencia.*

*La programación docente debe comprender en todo caso la prevención de la violencia de género, de la violencia terrorista y de cualquier forma de violencia, racismo o xenofobia, incluido el estudio del Holocausto judío como hecho histórico.*

*Se evitarán los comportamientos y contenidos sexistas y estereotipos que supongan discriminación.*

*Los currículos de Educación Primaria incorporarán elementos curriculares relacionados con el desarrollo sostenible y el medio ambiente, los riesgos de explotación y abuso sexual, las situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, así como la protección ante emergencias y catástrofes. [...]»*

136.- Atendido el tenor del citado precepto podría resultar conveniente cohonestar la referencia a la transversalidad, del segundo párrafo del artículo 27 del Anteproyecto, con los "[e]lementos transversales" recogidos en las normas que disciplinan los currículos básicos.

137.- En cuanto al **artículo 32 del Anteproyecto**, cuyo contenido ha de ponerse en conexión con la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales, a que se refiere el capítulo II del título V, podría sugerirse que al tratar de "los centros educativos", se adicione referencia expresa a su carácter público o privado, al igual que se hace en el artículo 36, referido a los centros y servicios sanitarios.

138.- Asimismo, tras la referencia a los directores, podría valorarse la sustitución de la conjunción disyuntiva "o" por la conjunción copulativa "y", de manera que la supervisión de la contratación a que se refiere el artículo 32 del Anteproyecto recaiga sobre las Administraciones educativas, los directores y los titulares de los centros educativos.





139.- Cierra el Capítulo IV, el **artículo 33 APLO**, bajo la rúbrica de "[f]ormación en materia de seguridad digital", ordenando que:

*«Las Administraciones Públicas deberán incorporar contenidos obligatorios y específicos para la capacitación de los menores de edad en materia de seguridad digital. Dicha formación se incluirá tanto en los bloques de contenidos como con carácter transversal, debiendo implantarse desde la etapa de educación primaria.»*

140.- En relación con este mandato debe destacarse que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introdujo, por primera vez en la legislación española, una mención expresa a la alfabetización digital y mediática, como herramienta imprescindible para que las personas menores de edad puedan desarrollar su pensamiento crítico y tomar parte activa en una sociedad participativa y en un mundo actual que no puede entenderse al margen de las TIC.

141.- La citada Ley 26/2015, acertadamente, vino a incorporar la alfabetización digital y mediática, no como derecho independiente, ni tampoco como nuevo derecho, sino como parte del genérico derecho a la información de los menores, es decir, "a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo". Con esta configuración se inserta en la norma legal, afirmando la necesidad de *prestar especial atención a la alfabetización digital y mediática*, y de que su implantación, como no podía ser de otro modo, se haga "de forma adaptada a cada etapa evolutiva". A continuación, el legislador introdujo una referencia expresa al binomio seguridad/responsabilidad, toda vez que es necesario que la alfabetización digital y mediática transmita los conocimientos necesarios para que las personas menores de edad puedan "actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos". Es el artículo 42 del Anteproyecto, el que recoge referencia expresa a los citados, e inseparables, ámbitos de seguridad y responsabilidad.

142.- Por lo que respecta al sector audiovisual, el considerando 59 de la Directiva (UE) 2018/1808, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, se refiere de manera expresa a la *alfabetización mediática*, en los siguientes términos:



*«(59) La «alfabetización mediática» abarca las competencias, los conocimientos y las capacidades de comprensión que permiten a los ciudadanos utilizar con eficacia y seguridad los medios. A fin de que los ciudadanos puedan acceder a la información y utilizar, analizar de manera crítica y crear contenidos mediáticos de un modo responsable y seguro, los ciudadanos deben poseer capacidades de alfabetización mediática avanzadas. La alfabetización mediática no debe limitarse al aprendizaje de herramientas y tecnologías, sino que también debe tener el fin de aportar a los ciudadanos el pensamiento crítico necesario para discernir, analizar realidades complejas y reconocer la diferencia entre opiniones y hechos. Por consiguiente, es necesario que tanto los prestadores de servicios de comunicación como los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos, en cooperación con todas las partes interesadas, promuevan el desarrollo de la alfabetización mediática en todos los sectores de la sociedad para los ciudadanos de todas las edades y para todos los medios y que se sigan de cerca los avances a ese respecto.»*

143.- Asimismo, debe recordarse que la disposición adicional séptima del Real Decreto 126/2014, dedicada a las [a]cciones informativas y de sensibilización, vino a establecer que *"[l]os Ministerios de Educación, Cultura y Deporte y de Justicia, en colaboración con las Administraciones educativas y con organizaciones y entidades interesadas, promoverán la divulgación entre el alumnado de información sobre los riesgos de explotación y abuso sexual, así como sobre los medios para protegerse, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual"*.

144.- Por su parte, la LOPD 3/2018 recoge, en el artículo 83, el *"[d]erecho a la educación digital"*, con el siguiente tenor:

*«1. El sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo, en particular en lo que respecta al alumnado con necesidades educativas especiales.*

*Las Administraciones educativas deberán incluir en el diseño del bloque de asignaturas de libre configuración la competencia digital a la que se refiere el apartado anterior, así como los elementos relacionados con las situaciones*



*de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red.*

*2. El profesorado recibirá las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos referidos en el apartado anterior.*

*3. Los planes de estudio de los títulos universitarios, en especial, aquellos que habiliten para el desempeño profesional en la formación del alumnado, garantizarán la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet.*

*4. Las Administraciones Públicas incorporarán a los temarios de las pruebas de acceso a los cuerpos superiores y a aquéllos en que habitualmente se desempeñen funciones que impliquen el acceso a datos personales materias relacionadas con la garantía de los derechos digitales y en particular el de protección de datos.»*

145.- Asimismo, el artículo 97 de la LO 3/2018, LOPD, contempla, en términos imperativos, bajo la rúbrica de "[p]olíticas de impulso de los derechos digitales", que el Gobierno, en colaboración con las comunidades autónomas, de un lado, elaborará un Plan de Acceso a Internet con determinados objetivos, entre los que se incluye el fomento de "*medidas educativas que promuevan la formación en competencias y habilidades digitales básicas a personas y colectivos en riesgo de exclusión digital y la capacidad de todas las personas para realizar un uso autónomo y responsable de Internet y de las tecnologías digitales*" y, de otro, aprobará un Plan de Actuación dirigido a promover las acciones de formación, difusión y concienciación necesarias *para lograr que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de las redes sociales y de los servicios de la sociedad de la información equivalentes de Internet con la finalidad de garantizar su adecuado desarrollo de la personalidad y de preservar su dignidad y derechos fundamentales.*

146.- La obligatoriedad de la notificación a la autoridad competente en materia de protección de menores se recoge en el apartado 2 del artículo 35 APLO al tratar del protocolo común de actuación sanitaria «[q]ue evalúe y proponga las medidas necesarias para la correcta aplicación de la ley y cualesquiera otras medidas que se estimen precisas para que el sector sanitario contribuya a la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia», y que habrá de elaborar la Comisión frente a la violencia en los niños, niñas y adolescentes, en el plazo de seis meses desde su constitución.



147.- De manera coherente con la observación formulada en relación al artículo 14 APLO y la delimitación del ámbito subjetivo del deber cualificado de notificación, en el **apartado 2 del artículo 35 APLO**, en tanto aborda «*[l]a obligatoriedad de la notificación a la autoridad competente en materia de protección de menores, así como la colaboración con los Servicios Sociales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el Ministerio Fiscal*», habría de incorporarse referencia expresa a los distintos profesionales del ámbito forense.

148.- Derivado de lo anterior, se sugiere valorar la correspondiente inclusión de referencia al ámbito forense, en el apartado II de la Exposición de Motivos, en tanto, se refiere a las medidas contenidas en el capítulo V respecto "al ámbito sanitario".

149.- Sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo 5.1 del Anteproyecto, en relación a la formación de los distintos profesionales que tengan un contacto habitual con las personas menores de edad, podría valorarse la introducción de referencia específica al respecto para el personal del ámbito sanitario, al que se refiere el **Capítulo V del Título III del Anteproyecto**.

150.- Asimismo, como ya se ha indicado, podría resultar conveniente incorporar al Anteproyecto referencias relativas al Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y a los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

151.- El **Capítulo VII del Título III del Anteproyecto** viene referido a las nuevas tecnologías, dedicando el artículo 42 al *uso seguro y responsable de Internet* y el artículo 43 al *diagnóstico y control de contenidos*.

152.- El artículo 42 APLO alude a las obligaciones legales de los progenitores establecidas, con carácter general, en el apartado 1 del artículo 84 de la LO 3/2018, LOPD, bajo la rúbrica de "*[p]rotección de los menores en Internet*" al disponer que los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.

153.- El contenido del **apartado 2 del artículo 42 APLO**, en tanto dispone que «*[l]as Administraciones Públicas pondrán a disposición de los niños, niñas y adolescentes, familias, educadores y profesionales que trabajen con*



*personas menores de edad un servicio específico de línea de ayuda sobre el uso seguro y responsable de Internet, que ofrezca a los usuarios asistencia y asesoramiento ante situaciones potenciales de riesgo y emergencia de los menores en Internet»,* debe ponerse en conexión con la observación formulada en relación al apartado 2 del artículo 17 del Anteproyecto y la gestión de los canales de denuncia de la existencia de determinados contenidos, a fin de recordar que, cuando nos encontremos ante pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los canales de denuncia habrán de gestionarse directamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

154.- Por lo que respecta al **artículo 43 del Anteproyecto** y al control de contenidos, debe ponerse de manifiesto que conforme al artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dentro de la funciones de supervisión y control en materia de mercado de comunicación audiovisual, corresponde a la CNMC supervisar y controlar el correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual y, en particular:

- Supervisar la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente y los códigos de autorregulación en los términos establecidos en el artículo 9 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.
- Velar por el cumplimiento de los códigos de autorregulación sobre contenidos audiovisuales verificando su conformidad con la normativa vigente, en los términos establecidos en el artículo 12 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.

155.- Nuevamente, debe traerse a colación la reciente Directiva (UE) 2018/1808, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, cuyo plazo de transposición finaliza el 19 de septiembre de 2020 (artículo 2.1), toda vez que introduce importantes modificaciones, a tener en cuenta, para potenciar la autorregulación efectiva y el control de contenidos.

156.- El **artículo 47 del Anteproyecto**, que se refiere a los "[c]riterios de actuación" de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, comienza afirmando que:

- «1. La actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en los casos de violencia sobre la infancia y la adolescencia, se registrará por el



*respeto a los derechos de niños, niñas y adolescentes y la consideración de su interés superior.»*

157.- Este precepto parece olvidar que el mandato dirigido a las FFCCS se recoge, con carácter general, para todas las Administraciones públicas, a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuya razón de ser se explicita, con detalle, en el apartado II de su Exposición de Motivos, en los siguientes términos:

*«Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.*

*A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.»*

158.- Los criterios de actuación a que se refiere el **artículo 47 del Anteproyecto** han de ponerse en conexión con el contenido de la Ley



4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, particularmente, con los artículos 19, 20 y 21, referidos, respectivamente al derecho de las víctimas a la protección, al derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor y a la protección de la víctima durante la investigación penal.

159.- De igual modo, debe recordarse que conforme al artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, ésta, además de cumplir con los deberes de información que prevé la legislación vigente, ha de *llevar a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal.*

## V

160.- El **Título IV del Anteproyecto** se refiere a las "[a]ctuaciones en centros de protección", sugiriendo su puesta en conexión con las categorías de centros de acogimiento residencial existentes en la legislación vigente, incluyendo a los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, creados por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

161.- La redacción del **primer párrafo del artículo 50 APLO**, en tanto impone a los centros de protección de menores, la obligación de «[a]plicar los protocolos de actuación que establezcan los servicios sociales especializados de protección de menores», parece entrar en colisión con lo dispuesto en el apartado l) del artículo 21.1 LOPJM 1/1996 que recoge, dentro de las obligaciones básicas de "las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentren" acogidos residencialmente los menores, la de establecer "los necesarios mecanismos de coordinación con los servicios sociales especializados para el seguimiento y ajuste de las medidas de protección".

162.- La supervisión por parte del Ministerio Fiscal, a que se refiere el **artículo 52 del Anteproyecto**, resulta coherente con la atribución de "superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores" derivada de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



163.- Cierra el Anteproyecto el título V que, bajo la rúbrica "*[d]e la organización administrativa*", se integra por dos capítulos, dedicados, respectivamente, al Registro Central de información y a la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales, abarcando los artículos 53 a 57.

164.- El **artículo 53**, único que integra el capítulo I es del siguiente tenor literal:

*«[E]n el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta ley, mediante orden ministerial de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social se determinará la creación del Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia, así como la información concreta y el procedimiento a través del cual el Consejo General del Poder Judicial, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las distintas Administraciones Públicas deben suministrar los datos requeridos al registro.*

*En particular, dicha orden ministerial señalará los criterios básicos de notificación, que como mínimo serán los siguientes:*

- a) Con respecto a la víctima: edad, sexo, tipo de maltrato o violencia, gravedad, nacionalidad y, en su caso, discapacidad.*
- b) Con respecto al agresor: edad, sexo y relación con la víctima.*
- c) Medidas puestas en marcha, en su caso, relativas a la intervención frente a la violencia sobre la infancia y adolescencia.»*

165.- Complementa este precepto la **disposición transitoria única del Anteproyecto**, "*[r]emisión de información al Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia*", conforme a la cual:

*«[H]asta que no se lleve a cabo la creación del Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia, la remisión de la información que deben realizar las Administraciones Públicas al citado registro se remitirá al Observatorio de la Infancia.»*

166.- Por su parte, se afirma en la MAIN que *«[e]xiste también un alto grado de consenso en la ausencia de datos globales, fiables y sistemáticos sobre la envergadura de este fenómeno. En efecto, el abordaje de la cuestión estadística de la violencia que sufren las personas menores de edad se caracteriza por su dispersión y falta de rigurosidad»* (página 79) y que *«el Registro Unificado de casos de Sospecha de Maltrato Infantil (RUMI), dependiente del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social*





*(en adelante MSCBS), el único directamente orientado a la detección precoz del maltrato infantil, [...]»*, (página 80 de la MAIN).

167.- Según consta en el Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, número 20, publicado en enero de 2019 por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, durante el año 2017 se han registrado un total de 16.777 notificaciones de casos de sospecha de maltrato infantil, arrojando la cifra más alta de toda la serie temporal del Registro Unificado de casos de sospecha de Maltrato Infantil (RUMI), iniciada en el año 2012, que registró 9.060 notificaciones de casos de sospecha de maltrato infantil. Estos datos son procedentes de la aplicación online del Registro Unificado de casos de sospecha de Maltrato Infantil (RUMI), que registra notificaciones que contengan información básica de las posibles víctimas, pero en ningún caso datos que permitan la identificación de las mismas.

168.- Por lo que respecta al **deber de recogida de datos**, viene establecido en diferentes normas. Así, el apartado 2 del artículo 10 del Convenio de Lanzarote obliga a adoptar las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para crear o designar *«mecanismos de recogida de datos o puntos de contacto, a nivel nacional o local y en cooperación con la sociedad civil, a efectos de observar y evaluar el fenómeno de la explotación y el abuso sexual de los niños, dentro del debido respeto a las exigencias de protección de los datos de carácter personal»*.

169.- Del mismo modo, resalta la importancia de recogida de datos la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, por ejemplo, en el considerando (25) al referirse a *«la recogida armonizada de datos»*, en el considerando (28), al señalar que *«[p]ara evaluar los resultados de las acciones de lucha contra la trata, la Unión debe seguir desarrollando su trabajo sobre metodologías y métodos de recopilación de datos para producir estadísticas comparables»* o en el artículo 19, al establecer que *«[l]os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer ponentes nacionales o mecanismos equivalentes. El cometido de tales mecanismos incluirá la evaluación de las tendencias de la trata de seres humanos, la cuantificación de los resultados de las acciones de la lucha contra la trata, incluida la recopilación de estadísticas en estrecha cooperación con las correspondientes organizaciones de la sociedad civil presentes en este ámbito, y la información»*.



170.- También se refiere, específicamente, a la recogida de datos, la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, al señalar en el considerando (44) que:

*«Se alienta a los Estados miembros a crear mecanismos para la recogida de datos, o puntos de información, a nivel nacional o local y en colaboración con la sociedad civil, con objeto de observar y evaluar el fenómeno de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores. Para poder evaluar adecuadamente los resultados de las acciones adoptadas para luchar contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, la Unión debe seguir desarrollando su trabajo acerca de las metodologías y modos de recogida de datos para elaborar estadísticas comparables.»*

171.- Expuesto lo anterior, la creación de un Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia merece una valoración positiva de cara a unificar los criterios básicos de notificación que permitan valorar, de manera adecuada el fenómeno de la violencia contra la infancia y la adolescencia, debiendo recordar, en cuanto a los datos que constan en el Registro de notificaciones de casos de sospecha de maltrato infantil, que *«a pesar de que cada notificación corresponde a un menor es importante recordar que no se puede considerar nunca el número de notificaciones como el número de menores que han sufrido maltrato durante ese año, ya que para un mismo menor puede haber varias notificaciones a lo largo del año»*. Por otro lado, debe ponerse de relieve la dificultad práctica en la obtención de datos a partir de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales dado que actualmente los boletines estadísticos, aprobados por la Comisión Nacional de Estadística Judicial, no recogen esos datos ni tampoco se desprenden de los sistemas de gestión procesal.

172.- Con carácter previo al análisis del Capítulo II del Título V, ha de ponerse de manifiesto que del Convenio de Lanzarote y de la Directiva 2011/93/UE se desprenden cuatro cuestiones, diferentes, pero íntimamente interrelacionadas. Son las siguientes:

1. La necesidad de articular la obligación de almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de todas las personas condenadas por cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio de Lanzarote, obligación que el Tratado impone sin limitación alguna:



*«Registro y almacenamiento de datos*

*Artículo 37. Registro y almacenamiento de datos nacionales sobre los delincuentes sexuales convictos.*

*1. A efectos de la prevención y enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio, cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para recoger y almacenar, de conformidad con las disposiciones aplicables sobre protección de datos de carácter personal y otras normas y garantías apropiadas que el derecho interno prevea, los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio.*

*2. Cada Parte, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, comunicará al Secretario General del Consejo de Europa el nombre y dirección de una sola autoridad nacional responsable a los efectos del apartado 1.*

*3. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que la información a que hace referencia el apartado 1 pueda transmitirse a la autoridad competente de otra Parte, de conformidad con las condiciones establecidas en su derecho interno y los instrumentos internacionales pertinentes.»*

En España, esta obligación se incorporó a nuestro Derecho interno a través del artículo 129 *bis* del Código Penal, adicionado por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con el siguiente tenor literal:

*«Artículo 129 bis.*

*Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.*

*Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.»*



Aun cuando no forme parte del Anteproyecto objeto del presente informe, pero entendiéndose como cuestión directamente vinculada al mismo, y, en particular, al contenido del capítulo II del título V, atendido el carácter imperativo de la obligación impuesta por el artículo 37 del Convenio de Lanzarote, no sometida a limitación o condición alguna, se sugiere valorar la conveniencia de modificar su regulación actual, incluso a través de su configuración como pena privativa de derechos (art. 39 CP), a fin de garantizar el debido cumplimiento de la obligación de almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio de Lanzarote, como exige el citado Tratado Internacional, ratificado por España.

2. La creación de un registro de delincuentes sexuales, como medida administrativa adicional, al margen de la obligación que el Convenio de Lanzarote impone a los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al Convenio de Lanzarote. Esta medida se recoge en el Considerando 43 de la Directiva 2011/93/UE, que contempla la posibilidad de establecer registros de delincuentes sexuales, si bien como decimos, como medida administrativa adicional y cuyo carácter es potestativo para los Estados miembros de la Unión:

*«Los Estados miembros podrán considerar la adopción de medidas administrativas adicionales en relación con los delincuentes, tales como establecer la inscripción de personas condenadas por las infracciones contempladas en la presente Directiva en registros de delincuentes sexuales. El acceso a estos registros debe estar sujeto a limitaciones con arreglo a los principios constitucionales nacionales y las normas aplicables en materia de protección de datos, por ejemplo permitiendo el acceso solamente a las autoridades judiciales o a los cuerpos y fuerzas de seguridad.»*

3. La inhabilitación derivada de sentencias condenatorias, cuyo régimen se aborda en la disposición final segunda del Anteproyecto.
4. El derecho del empleador a ser informado de las condenas por infracciones sexuales contra menores al contratar personal para puestos que impliquen contactos directos y regulares con menores.



A estas dos últimas cuestiones se refieren el Considerando (40) y el artículo 10 de la Directiva 2011/93/UE, en los siguientes términos:

*«(40) Cuando la peligrosidad o los posibles riesgos de reincidencia en las infracciones así lo aconsejen, los delincuentes condenados deben ser inhabilitados, con carácter temporal o permanente, en caso necesario, para el ejercicio, al menos con carácter profesional, de actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores.*

*Los empresarios tienen derecho a ser informados, cuando contraten personal para un puesto que implique tales contactos directos y regulares con menores, de las condenas por infracciones sexuales contra menores que consten en los antecedentes penales, o de las inhabilitaciones vigentes.*

*A efectos de la presente Directiva, la noción de empresario también debe abarcar a las personas que estén al frente de una organización dedicada a labores de voluntariado que guarden relación con la vigilancia o el cuidado de menores y que impliquen contactos directos y regulares con ellos. El modo de facilitar esa información, por ejemplo, por medio de la persona en cuestión, así como su contenido exacto, el sentido de las actividades de voluntariado organizadas y los contactos directos y regulares con los menores deben establecerse conforme a la legislación nacional.»*

*«Artículo 10 Inhabilitación derivada de sentencias condenatorias*

*1. A fin de evitar el riesgo de reincidencia en los delitos, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que una persona física que haya sido condenada por una infracción contemplada en los artículos 3 a 7 pueda ser inhabilitada, con carácter temporal o permanente, para el ejercicio de actividades, al menos profesionales, que impliquen contactos directos y regulares con menores.*

*2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los empresarios, al contratar a una persona para realizar actividades profesionales o actividades de voluntariado organizadas que impliquen contactos directos y regulares con menores, tengan derecho a solicitar información, de conformidad con el Derecho nacional, por cualquier medio apropiado, como el acceso previa petición o a través del interesado, de la existencia de condenas por infracciones contempladas en los artículos 3 a 7 que consten en el registro de antecedentes penales, o de cualquier inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores derivada de dichas condenas penales.*

*3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, con vistas a la aplicación de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, la información relativa a la existencia de condenas penales por cualquiera de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 7, o de cualquier*



*inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores derivada de dichas condenas penales, sea transmitida con arreglo a los procedimientos establecidos en la Decisión marco 2009/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros, cuando se solicite la información de conformidad con el artículo 6 de dicha Decisión marco con el consentimiento de la persona interesada.»*

173.- Expuesto lo anterior, el **capítulo II del título V del Anteproyecto** se refiere a la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales creado por el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, integrado en el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia regulado en el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, cuya gestión corresponde a la Secretaria de Estado de Justicia a través de la Secretaría General de la Administración de Justicia, y que constituye un sistema de información, de carácter no público y gratuito, relativo a la identidad, perfil genético, penas y medidas de seguridad impuestas a aquellas personas condenadas en sentencia firme, tanto en España como en otros países, por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales o por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, regulados en el Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con independencia de la edad de la víctima.

174.- Conforme al artículo 3.2 del Real Decreto 1110/2015, "[I]a finalidad del Registro es contribuir a la protección de los menores contra la explotación y el abuso sexual, con independencia de quién sea el autor del delito, mediante el establecimiento de un mecanismo de prevención que permita conocer si quienes pretenden el acceso y ejercicio de profesiones, oficios y actividades que impliquen el contacto habitual con menores, carecen o no de condenas penales por los delitos a los que se refiere el apartado anterior. Asimismo, el Registro tiene como fin facilitar la investigación y persecución de los delitos a que se refiere el presente real decreto con objeto de proteger a las víctimas menores de edad de la delincuencia sexual, introduciendo medidas eficaces que contribuyan a la identificación de sus autores y de cooperación con las autoridades judiciales y policiales de otros países, en particular con los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa."

175.- La Exposición de Motivos del Anteproyecto señala que «[...] con el objetivo de subsanar deficiencias observadas en los últimos años, se



*clarifica cuál debe ser el momento de acreditación de tal requisito, señalándose como tal el momento inicial de acceso a la profesión, oficio o actividad», si bien, el tenor literal del artículo 54.1 del Anteproyecto, como seguidamente se expondrá, se refiere a los momentos de acceso y ejercicio.*

176.- El **apartado 1 del artículo 54** recoge, con una redacción similar, la previsión ya establecida en el apartado 5 del artículo 13 de la LOPJM 1/1996, que fue introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con la siguiente redacción:

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

177.- **La disposición final primera del Anteproyecto** suprime el transcrito apartado 5 del artículo 13 LOPJM, cuyo contenido viene a ser recogido, en términos similares, en el artículo 54 del Anteproyecto, no observándose, sin embargo, que la dicción de la norma proyectada implique la necesidad de suprimir lo dispuesto en el artículo 13.5 de la LOPJM.

178.- El **apartado 2 del artículo 54** viene a definir, a los efectos de esta ley, qué debe entenderse por *«profesiones, oficios y actividades que implican contacto habitual con personas menores de edad»*, englobando en dicho concepto *“todas aquellas, retribuidas o no, que por su propia naturaleza y esencia conllevan el trato repetido y no meramente ocasional con niños, niñas o adolescentes, así como, en todo caso, todas aquellas que tengan como destinatarios principales a niños, niñas o adolescentes»*, e incorporando la nota de *habitualidad* exigida por el Convenio de Lanzarote (contacto directo y regular según la Directiva 2011/93/UE).

179.- La definición recogida en el Anteproyecto se acomoda a las exigencias establecidas en la Directiva 2011/93/UE, cuyo considerando (40), anteriormente transcrito, señala que *la noción de empresario también debe abarcar a las personas que estén al frente de una organización dedicada a*



*labores de voluntariado que guarden relación con la vigilancia o el cuidado de menores y que impliquen contactos directos y regulares con ellos.*

180.- Seguidamente, los **artículos 55, 56 y 57 del Anteproyecto** concretan esta exigencia, respectivamente, para los trabajadores por cuenta ajena o voluntarios, los trabajadores por cuenta propia y los trabajadores o voluntarios en el sector público, señalando, al respecto, la Exposición de Motivos que *«[a] fin de ampliar la protección, se extiende la obligación de acreditar el requisito de no haber cometido delitos contra la libertad e indemnidad sexuales a todos los trabajadores y trabajadoras, lo sean por cuenta propia o por cuenta ajena, tanto del sector público como del sector privado».*

181.- Del mismo modo, en la **Exposición de Motivos** se afirma que *“[s]e prevé que, durante el ejercicio de la profesión, oficio o actividad, el trabajador o trabajadora no tenga obligación de volver a acreditar la ausencia de sentencias condenatorias por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”,* afirmación que no se corresponde con el tenor literal del segundo párrafo del artículo 55 APLO, conforme al cual *«[n]o será necesario que el empleador exija la reiteración de la aportación de la certificación negativa actualizada durante el ejercicio de la profesión, oficio o actividad»*, sugiriéndose al prelegislador cohonestar ambas previsiones.

182.- Si bien, atendiendo a la dicción literal, la delimitación temporal recogida en el artículo 54 APLO aborda tanto el *acceso* como el *ejercicio*, se observa que los artículos 55, 56 y 57 del Anteproyecto, como señala la Exposición de Motivos, se centran únicamente en el momento inicial o previo al ejercicio de la actividad de que se trate, y así se desprende de las referencias a *“[q]uien pretenda el acceso, [...] mediante la aportación, en el momento de inicio de la profesión, oficio o actividad”* (artículo 55), *“[q]uien pretenda ejercer [...] en el momento de cursar su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”* (artículo 56) y a *“[q]uien pretenda ejercer [...] con carácter previo al inicio de la profesión, oficio o actividad”*.

183.- Siendo cierto que tanto el Convenio de Lanzarote como la Directiva 2011/93/UE abordan este requisito con una delimitación temporal inicial o previa, *“aspirantes a ejercer dichas profesiones”, “al contratar una persona”* o *“cuando contraten personal”*], no puede olvidarse que ambos instrumentos establecen normas mínimas, susceptibles de ampliación o mejora, entendiéndose, por ello, como más acertada, en aras de reforzar la protección de las personas menores de edad, la delimitación temporal recogida en el artículo 54 del Anteproyecto, en tanto aborda las fases de





*acceso y ejercicio* de la actividad de que se trate, que debería trasladarse a los artículos 55, 56 y 57.

184.- Un claro ejemplo del carácter de norma de mínimos que ostentan el Convenio y la Directiva, es la regulación del *"embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos"*, a que se refieren el artículo 6 de la Directiva 2011/93/UE y el artículo 23 del Convenio de Lanzarote (*"[p]roposiciones a niños con fines sexuales"*), conocido coloquialmente como *grooming*, en el que la legislación penal española, en el apartado 2 del artículo 183 ter CP, adicionado por la LO 1/2015, cuenta, junto con el tipo general, con un tipo específico de grooming, exclusivamente tecnológico, que no viene acompañado de *actos materiales encaminados al acercamiento*.

185.- En ese sentido, entendiéndose acertada la previsión incorporada en el **segundo párrafo del artículo 55**, conforme a la cual *"[n]o será necesario que el empleador exija la reiteración de la aportación de la certificación negativa actualizada durante el ejercicio de la profesión, oficio o actividad"*, ello no obsta ni supone un impedimento a hacer recaer, sobre quienes ejerzan esta profesiones, oficios y actividades, la asunción de la obligación de poner en conocimiento del empleador o "empresario" cualquier condena firme posterior que suponga una alteración del contenido del certificado inicialmente aportado, cuya articulación podría configurarse, por ejemplo, a través de la correspondiente declaración responsable, suscrita en el momento de la aportación de la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales a que se refieren los artículos 55 a 57 del Anteproyecto.

186.- En cuanto al contenido del capítulo II del título V, que amplía el régimen vigente al respecto, recogido en la Ley 26/2015, se sugiere la valoración de la incorporación de la correspondiente **disposición transitoria** para facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación, delimitando de forma precisa la aplicación temporal y material de la regulación recogida en el Anteproyecto, incluyendo, en su caso, la declaración de la aplicación retroactiva de la norma nueva, para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor.

## VI

187.- La **Disposición adicional primera del Anteproyecto**, referida a la *"dotación presupuestaria"*, en tanto se proyecta sobre el Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias,



habrá de tener en cuenta las previsiones establecidas al respecto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

188.- **La Disposición adicional tercera**, bajo el enunciado "*Soluciones habitacionales*", establece: «[L]as Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, priorizarán las soluciones habitacionales ante los desahucios de familias en el que alguno de sus miembros sea una persona menor de edad.»

189.- Esta disposición debe situarse en el contexto de las sucesivas normas y reformas legislativas que han tenido por objeto la protección de los deudores, dentro de los procedimientos de ejecución hipotecaria y de desahucios arrendaticios, que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y de riesgo de exclusión social, originadas fundamentalmente como consecuencia de la crisis económica que ha afectado en pasados años a España, y que ha provocado un aumento del número de familias que carecen de los recursos económicos básicos, lo que ha determinado a su vez un aumento considerable de los casos de incumplimiento sobrevenido de las obligaciones derivadas de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria y de los contratos de arrendamiento, dando lugar a numerosos procesos de ejecución hipotecaria y de desahucio por falta de pago de la renta que, en muchas ocasiones, culminan con la pérdida de la vivienda habitual.

190.- De este modo, a los Reales Decretos-ley 8/2011, de 1 de julio, 6/2012, de 9 de marzo, y 27/2012, de 15 de noviembre, han seguido la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, la Ley 25/2015, de 28 de julio, sobre las mismas materias, que además de modificar los requisitos para considerar que se producen situaciones de riesgo de exclusión social y situaciones de especial vulnerabilidad, prolongó los plazos de suspensión de los lanzamientos prevista en la Ley 1/2013 durante los cuatro años siguientes a su entrada en vigor y ha modificado el régimen de adhesión al "Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual" establecido en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo y en la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

191.- Recientemente se han promulgado el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de mayo, sobre las mismas materias, y la Ley 5/2018, de 11 de junio, de



modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en relación con la ocupación ilegal de viviendas –cuya constitucionalidad fue declarada por la STC 32/2019, de 28 de febrero de 2019-. Esta última modifica el artículo 150 de la LEC, al que añade un apartado cuarto, conforme al cual, cuando la notificación de la resolución contenga fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, el órgano judicial dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados; y modifica también el artículo 441, al que añade un nuevo apartado 1 bis, para establecer que, una vez identificados los ocupantes de la vivienda cuya recuperación de la posesión se haya demandado, y en todo caso al acordar la entrega de la vivienda al demandante y el desalojo de los ocupantes, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social para que puedan adoptar las medidas de protección que en cada caso procedan.

192.- Es especialmente relevante la Disposición adicional de esta misma Ley 5/2018, que bajo el título “Coordinación y cooperación entre Administraciones públicas”, establece: «1. Las distintas Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, incorporarán, en los protocolos y planes para garantizar políticas públicas en materia de vivienda, medidas ágiles de coordinación y cooperación, especialmente con los responsables de los servicios sociales en el ámbito autonómico y local, al objeto de prevenir situaciones de exclusión residencial y para que resulte eficaz la comunicación prevista en el apartado 4 del artículo 150 y en el apartado 1 bis del artículo 441 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a fin de dar respuesta adecuada y lo más inmediata posible a aquellos casos de vulnerabilidad que se detecten en los procedimientos conducentes al lanzamiento de ocupantes de viviendas y que exigen actuaciones previas y coordinadas de las administraciones competentes [...].»

193.- A este respecto, ha de recordarse que este órgano constitucional tiene suscritos con distintas Comunidades Autónomas y Federaciones de Municipios diversos convenios de colaboración sobre la detección de supuestos de vulnerabilidad con ocasión del lanzamiento de vivienda familiar y medidas de carácter social en los procedimientos judiciales dirigidos al lanzamiento de la vivienda habitual. De este modo, se han suscrito convenios de esta naturaleza y con este objeto con las Comunidades Autónomas de Andalucía, de Castilla-la Mancha, con la Comunidad Foral de Navarra, con las Comunidades Autónomas de Aragón, de Valencia, de Galicia y de La Rioja, con el Principado de Asturias, con la



Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y con las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Madrid. En todos ellos, y como denominador común, se contempla, además de mecanismos para la detección temprana de los supuestos de vulnerabilidad, cauces de comunicación de los órganos judiciales con los servicios competentes en materia de política social con el objeto de que, tras informarles de la posible existencia de situaciones de vulnerabilidad, puedan adoptar las medidas oportunas y, particularmente, puedan ofrecer soluciones habitacionales.

194.- Junto con este marco legal y convencional, han de situarse las distintas normas provenientes de los órganos legislativos y de gobierno de diferentes Comunidades Autónomas, como la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, la Ley andaluza 4/2013 y el Decreto-ley del Gobierno andaluz 6/2013, la Ley canaria 2/2014, la Ley valenciana 2/2017, la Ley del Parlamento vasco 3/2015, la Ley extremeña 2/2017, y la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2016, –salvo en lo relativo a la expropiación del uso de viviendas a entidades financieras, aspecto en el que fue declarada su inconstitucionalidad por STC 93/2015, de 14 de mayo, después seguida de las SSTC 16/2018, 32/2018, 43/2018, 80/2018, 97/2018, 106/2018 y 8/2019-, el Decreto-ley del Gobierno de Aragón 3/2015, de 15 de diciembre –sobre el que recayó la STC 5/2019, de 17 de enero-, o la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, que fue parcialmente declarada inconstitucional, en la regulación procesal que contiene su artículo 3 para la resolución en las situaciones de sobreendeudamiento, por la STC 13/2019, de 31 de enero.

195.- Por otra parte, para fijar adecuadamente el objeto de la disposición analizada, y al paso del informe del relator especial sobre el derecho a la vivienda presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de febrero de 2008, así como de las diversas observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas sobre desalojos forzosos, conviene retener que, tal y como puntualiza la señalada STC 32/2019, el artículo 47 CE no reconoce un derecho fundamental, sino que enuncia «[u]n mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus competencias (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; y en el mismo sentido, SSTC 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3, y 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4). Los poderes públicos vienen así obligados a promover las condiciones necesarias y a establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, den particular regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, conforme determina el art. 47



CE». El Alto Tribunal recuerda, además, que cuando el artículo 25.1 de la Declaración universal de derechos humanos y el artículo 11.1 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales reconocen el derecho de las personas a un nivel de vida suficiente que les asegure, entre otros beneficios, una vivienda adecuada, no están reconociendo un derecho subjetivo exigible, sino que configuran un mandato para los Estados parte de adoptar medidas apropiadas para promover políticas públicas encaminadas a facilitar el acceso de todos los ciudadanos a una vivienda digna.

196.- Y en ese mismo sentido debe entenderse el artículo 34.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, cuando reconoce el derecho a una ayuda social y una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales. Tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su auto de 16 de julio de 2015 (asunto C-539/14), el artículo 34.3 de la Carta no garantiza el derecho a la vivienda, sino el «[d]erecho a una ayuda social y una ayuda de vivienda», en el marco de las políticas sociales basadas en el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

197.- Conviene, por otra parte, corregir el error material que se aprecia al referirse a las "soluciones", en vez de a las "soluciones" habitacionales.

**b) Modificaciones de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor**

198.- A través de la **Disposición final primera**, integrada por cinco apartados, se modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

199.- En primer lugar "*[s]e suprime el apartado 4 y 5 del artículo 13*", ambos introducidos por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuyo contenido viene a ser recogido, respectivamente, en los artículos 13 y 54 del Anteproyecto, no observándose, como ya se ha indicado al abordar el análisis de los mismos, que la dicción de la norma proyectada implique la necesidad de suprimir lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 13 de la LOPJM.



200.- No obstante, caso de entenderse procedente el mantenimiento de la previsión de supresión recogida en el Anteproyecto, se sugiere valorar la utilización del plural, al ser dos los apartados suprimidos.

201.- El apartado dos de la **Disposición final primera** introduce un nuevo artículo 14 bis en la LO 1/1996 con el siguiente contenido:

*«1. Cuando la urgencia del caso lo requiera, sin perjuicio de la guarda provisional a la que se refiere el artículo anterior y el artículo 172.4 del Código Civil, la actuación de los Servicios Sociales será inmediata.*

*2. La atención inmediata a que se refiere este artículo no está sujeta a requisitos procedimentales ni de forma, y comprende la adopción de cualquier medida que resulte necesaria para preservar la vida, la integridad física o moral o la salud de la persona menor de edad y se entiende en todo caso sin perjuicio del deber de prestar a dichos menores el auxilio inmediato que precisen.»*

202.- A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en las Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, se sugiere modificar el **apartado dos de la Disposición final primera del Anteproyecto** añadiendo al nuevo artículo 14 bis LOPJM la correspondiente titulación *que indique el contenido o la materia a la que se refiere.*

203.- El **apartado tres de la Disposición final primera** modifica los apartados 1 y 2 del artículo 17 de la LO 1/1996, incorporando al citado precepto, con carácter ejemplificativo, un amplio elenco de indicadores de riesgo, a diferencia del vigente artículo 17 LOPJM, redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que únicamente se refiere, de manera expresa, como indicador de riesgo, *“entre otros”, a “tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente”*. Alguno de los supuestos indiciarios de riesgo enumerados en el apartado 2 del referido artículo 17 podría considerarse que entran en conflicto con el derecho fundamental de los padres a la educación de sus hijos (art. 27 CE) o con el derecho fundamental a la libertad ideológica o religiosa (art. 16 CE), por lo que se sugiere la introducción en el enunciado del apartado 2 del artículo 17 de una cláusula de salvaguarda mediante la que se modalice la enumeración con el inciso final, *«siempre que no entren en conflicto con otros derechos fundamentales, en particular, los reconocidos en los artículos 16 y 27 de la Constitución»*.



204.- La letra v del artículo 17.2 LOPJM introduce como indicador de riesgo «[c]ualquier otra causa prevista en las legislaciones autonómicas». Debe advertirse que incorporar al catálogo de indicadores de riesgos establecido por una ley estatal circunstancias previstas en leyes autonómicas quiebra el principio de territorialidad que rige la eficacia de las normas autonómicas, por lo que se aconseja la supresión de la letra v, sin perjuicio, obviamente, de que el legislador autonómico en el ámbito de las competencias estatutariamente asumidas pueda definir otros supuestos de indicadores de riesgos distintos y adicionales a los previstos en la ley estatal. En relación a la referida enumeración de indicadores de riesgo debe destacarse que parece apreciarse un error de redacción en la letra i), en tanto alude a "*[l]a falta de alojamiento alternativo en los casos en que se haya a ejecutar un desahucio*".

205.- Asimismo, el contenido de la letra t) de la citada enumeración, en tanto afirma que "*[l]a concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero no determinará la separación del entorno familiar*", no parece definir ningún indicador concreto de riesgo, sino modular las consecuencias que puedan derivarse de *circunstancias o carencias materiales*, reproduciendo, en términos similares y menos categóricos una previsión recogida hoy en el apartado 1 del artículo 17 de la LOPJM.

206.- Atendida la modificación operada en los apartados 1 y 2 del artículo 17 de la LOPJM 1/1996, podría resultar conveniente que el Anteproyecto redefiniera la numeración de los vigentes apartados 2 a 10 del citado precepto, que no parecen alterarse por el texto objeto del presente informe, conforme a los cuales:

*«2. En situación de riesgo de cualquier índole, la intervención de la administración pública competente deberá garantizar, en todo caso, los derechos del menor y se orientará a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra, y a promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar.*

*3. La intervención en la situación de riesgo corresponde a la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, en coordinación con los centros escolares y servicios sociales y sanitarios y, en su caso, con las entidades colaboradoras del respectivo ámbito territorial o cualesquiera otras.*



4. La valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar. Se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración del proyecto. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos en el intento de consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.

5. Los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, dentro de sus respectivas funciones, colaborarán activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas indicadas en el referido proyecto. La omisión de la colaboración prevista en el mismo dará lugar a la declaración de la situación de riesgo del menor.

6. La situación de riesgo será declarada por la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable mediante una resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. La resolución administrativa incluirá las medidas tendentes a corregir la situación de riesgo del menor, incluidas las atinentes a los deberes al respecto de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores. Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

7. Cuando la administración pública competente esté desarrollando una intervención ante una situación de riesgo de un menor y tenga noticia de que va a ser trasladado al ámbito de otra entidad territorial, la administración pública de origen lo pondrá en conocimiento de la de destino al efecto de que, si procede, ésta continúe la intervención que se venía realizando, con remisión de la información y documentación necesaria. Si la administración pública de origen desconociera el lugar de destino, podrá solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de que procedan a su averiguación. Una vez conocida la localización del menor, se pondrá en conocimiento de la Entidad Pública competente en dicho territorio, que continuará la intervención.

8. En los supuestos en que la administración pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el período previsto en el proyecto de





*intervención o Convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal.*

*Cuando la Entidad Pública considere que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente para apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la administración pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Este último hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros.*

*9. La administración pública competente para intervenir en la situación de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección.*

*10. La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo. En tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor.»*

207.- En el **apartado cuatro de la Disposición final primera** se observa un error material en el título del nuevo artículo 17 bis de la LOPJM (“catrorce”).



**c) Modificaciones en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**

**I**

208.- El Anteproyecto modifica **la circunstancia 4ª del artículo 22**, que queda redactada como sigue:

*«4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación, identidad sexual o de género, razones de género, razones de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca su discapacidad o cualquier otro motivo basado en un prejuicio discriminatorio, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la recaiga la conducta.»*

209.- El prelegislador incorpora con buen criterio dentro de la agravante genérica de discriminación un nuevo motivo discriminatorio consistente en la motivación delictiva basada en «razones de aporofobia o de exclusión social». Se trata de una ampliación de la agravante genérica por la incorporación de una circunstancia que implica la discriminación o el rechazo a las personas en situación de pobreza, desvalorándose así la carga ofensiva, humillante o intimidatoria hacia un colectivo social formado por personas que viven en condiciones de especial vulnerabilidad. En relación a la exclusión social, resulta predicable lo mismo que lo expuesto para la aporofobia. El prelegislador incluye como motivo de discriminación el hallarse quien la sufre en una situación de exclusión social, esto es, el rechazo a quien no puede participar en la vida social, económica y cultural por carecer de derechos, recursos y capacidades básicas que le impiden, en definitiva, tener una participación social plena, ensamblando así otras situaciones como son la vulnerabilidad, desigualdad, la pobreza y la marginación.

210.- La incorporación de este nuevo motivo discriminatorio a la agravante genérica del artículo 22.4ª CP viene a colmar la laguna señalada en la STS 7728/2006, de 9 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2006:7728) en los siguientes términos:

*«En el texto legal cabe diferenciar dos partes, aunque no quepa separar una de otra. En la primera, terminada con una cláusula de relativa apertura, se hace referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Y, en esa*



*fórmula abierta, ha de incluirse el caso que nos ocupa: los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de mendigo sin techo.*

*En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en números clausus; la discriminación ha de centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (la víctima). Lo que refuerza la seguridad jurídica, exigible por los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP. Pero, con la utilización de tal cierre, corre peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia, casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad.*

*Y no cabe aseverar que la situación del indigente sin techo responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía.»*

211.- En la misma circunstancia 4ª del artículo 22 se incorpora como circunstancia genérica «*cualquier otro motivo basado en un prejuicio discriminatorio*», ampliándose así el espectro de situaciones que pueden dar lugar al rechazo de una persona, más allá de las expuestas anteriormente, con lo que el prelegislador opta por superar el carácter cerrado de los motivos discriminatorios penalmente relevantes, adoptando una cláusula abierta. Esta amplitud conceptual y esa finalidad tuitiva, si bien podrían entenderse abrigadas por el principio constitucional de igualdad, que supondría la protección de otros colectivos distintos de los expresamente relacionados pero también susceptibles de protección, al configurarse como una circunstancia que puede suponer una agravación de la pena, y dada la naturaleza propia del Derecho Penal, plantea dudas desde el punto de vista de los principios de tipicidad y taxatividad, pues resulta inevitable que sea el aplicador de la norma quien por vía interpretativa determine las concretas circunstancias discriminatorias que integran la agravante genérica, sin poder apoyar el juicio interpretativo en una previa desvalorización del legislador de la específica motivación delictiva de la que se trate. De acuerdo con la doctrina constitucional, la garantía material del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), «comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones



(*lex certa*), en virtud del cual el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales, promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones» (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 8). El grado de indeterminación y apertura con que se ha tipificado la agravante resulta, pues, incompatible con las exigencias constitucionales de predeterminación y certeza en el ámbito de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, por lo que se propone la supresión de este último inciso del artículo 22.4 CP en la redacción proyectada.

212.- El precepto termina por incluir una consideración digna de mención, cual es la intranscendencia de que las condiciones o circunstancias aludidas, esto es, *«motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación, identidad sexual o de género, razones de género, razones de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca su discapacidad o cualquier otro motivo basado en un prejuicio discriminatorio»*, concurren efectivamente en la persona sobre la que recae la conducta típica. Se incorpora, así, al texto legal el criterio jurisprudencial ampliamente asentado de que para apreciar la agravante de discriminación se debe probar que el sujeto activo actuó impulsado por un móvil discriminatorio, con independencia de que se haya acreditado o atribuido al sujeto pasivo la concurrencia de la circunstancia personal o social generadora del prejuicio discriminatorio (SSTS 5418/2002, de 17 julio de 2002 [ECLI:ES:TS:2002:5418]; 5121/2012, de 4 julio de 2012[ECLI:ES:TS:2012:5121]). Tal especificación legal es coherente con la naturaleza subjetiva de esta agravante genérica que se funda en la mayor culpabilidad o desvalor de quien actúa con móviles discriminatorios.

## II

213.- El Anteproyecto modifica **los apartados 2 y 3 del artículo 36 del Código Penal y adiciona un apartado 4**, quedando redactados de la siguiente forma:

*«2. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.*

*Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.*



*En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:*

- a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.*
- b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.*
- c) Delitos del artículo 183.*
- d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de dieciséis años.*

*En los supuestos de las letras c) y d), el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido la mitad de la condena.»*

214.- El prelegislador, en este segundo apartado del artículo 36 del Código Penal, aumenta la edad de la víctima de los delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código Penal, esto es, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en su modalidad de delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores tipificados en los artículos 187 a 190, de los trece a los dieciséis años. Con ello, sigue el criterio fijado en su momento, con relación a los delitos contra la libertad sexual, para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, *«que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»*.

215.- El texto proyectado incorpora, como se aprecia, un último párrafo al ordinal segundo del artículo 36 del Código Penal con el siguiente contenido: *«En los supuestos de las letras c) y d), el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido la mitad de la condena.»* El prelegislador con esta previsión rompe la regla establecida para la concesión de los permisos ordinarios entre los que se encuentran los permisos de salida, y que de conformidad con lo previsto en el artículo 154



del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, requieren la clasificación en segundo o tercer grado penitenciario y la extinción en todo caso de una cuarta parte de la condena o condenas, además de la observancia de buena conducta. Dice el precitado artículo del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, en relación a los permisos ordinarios:

*«1. Se podrán conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta [...]».*

216.- De esta forma, el prelegislador establece una exigencia más rigurosa para la concesión de los permisos penitenciarios ordinarios a quienes cumplan penas, tras haber sido declarados autores criminalmente responsables de un delito de los previstos en los artículo 183 del Código Penal –abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años- y artículos 187 a 190 – delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, cuando la víctima sea menor de 16 años- del mismo texto legal. Con esta redacción el prelegislador viene a equiparar el régimen de cumplimiento de las penas por este tipo de delitos al de la pena de mayor gravedad prevista en nuestra legislación penal, cual es la prisión permanente revisable, en el que también se establece una limitación en el régimen de concesión de permisos de salida penitenciarios (art. 36.1.b, segundo párrafo, CP). La prohibición proyectada de acceso a los permisos de salida carece de justificación, pues debe recordarse que, conforme a la regulación del Reglamento Penitenciario, el modelo de concesión de permisos de salida se basa en el pronósticos individualizado sobre la procedencia de la salida del condenado que debe realizar el equipo de tratamiento en cada caso; valoración que está sometida al control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, no sólo mediante el régimen de autorizaciones de los permisos superiores a dos días, sino también por la vía de recurso que puede interponer el Ministerio Fiscal. En definitiva, los permisos de salida ordinarios son concebidos en la legislación penitencia como un instrumento idóneo para la preparación a la vida en libertad, facilitan la reinserción, reducen los efectos negativos del encarcelamiento prolongado y favorecen los vínculos familiares y sociales; son, por tanto, un elemento esencial del tratamiento penitenciario.



217.- Otra novedad que introduce el prelegislador en el artículo 36 es la numeración con ordinal tercero del actual último párrafo del apartado 2 del referido artículo, que pasa a tener el siguiente tenor:

*«3. El juez de vigilancia penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonablemente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en los dos últimos párrafos del apartado anterior».*

218.- En coherencia con lo afirmado anteriormente respecto de los permisos de salida, la prohibición proyectada de la reversión al régimen ordinario de cumplimiento para el caso del cumplimiento de penas por los delitos previstos en el artículo 183 CP y en los artículos 187 a 190 CP, cuando las víctimas sean menores de 16 años, comporta un mayor rigor en el cumplimiento para los penados por estos delitos y no resulta justificada, pues el mecanismo de reversión al régimen ordinario de cumplimiento está dotado de suficientes garantías para asegurar el carácter correcto de la decisión, introduciéndose, en cambio, con esa prohibición un elemento de desconfianza hacia la elaboración de los pronósticos individualizados y el juicio valorativo del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

### **III**

219.- **El párrafo b) del artículo 39** queda redactado de la siguiente forma:

*«b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades, sean o no retribuidas, o de los derechos de paria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho. El juez podrá restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio, retribuido o no, permitiendo, si ello fuera posible, el ejercicio de aquellas funciones no directamente relacionadas con el delito cometido.»*

220.- El prelegislador modifica el artículo relativo a las penas privativas de derechos en el sentido de sustituir la expresión originaria contenida en la letra b) del artículo 39: *«u otras actividades determinadas en este Código»*, por: *«u otras actividades, sean o no retribuidas»*, a la vez que se añade la



siguiente referencia al final del precepto: «El juez podrá restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio, retribuido o no, permitiendo, si ello fuera posible, el ejercicio de aquellas funciones no directamente relacionadas con el delito cometido.»

221.- La modificación relativa a los derechos profesionales debe ser valorada positivamente por cuanto, al socaire de la redacción originaria, muchas actividades quedaban al margen de la posible privación de su ejercicio por el simple motivo de que las mismas no se hallaban "determinadas" en el Código Penal, cuando nada más lejos de la realidad, son múltiples las que, de toda índole y naturaleza, no se encuentran referenciadas en el texto penal. Es precisamente en la parte especial del Código Penal donde, en ciertos tipos penales, se concreta el contenido de esta pena. No merece consideración alguna, puesto que no ha sido objeto de modificación por el prelegislador, la referencia contenida en el mismo precepto consistente en "cualquier otro derecho", y que el prelegislador podía haber acotado, dado que la expresión presenta como principal problema la posible extensión de esta pena a "cualquier derecho" y su posible pugna con el principio de legalidad por abrigar un amplio margen de discrecionalidad. Se requerirá, en cualquier caso, que esas "*otras actividades, sean o no retribuidas*" presenten una estricta conexión con el delito cometido y el derecho de cuyo ejercicio va a ser privado, a la vez que una adecuada motivación, ex artículo 120 de la Constitución Española, de las razones y procedencia de su imposición. Igualmente favorable, y enlazado con lo anterior, es la posibilidad que el prelegislador confiere al Juez de restringir la inhabilitación a determinadas funciones o aspectos de una determinada actividad, y de permitir, de ser ello posible, el ejercicio de funciones no directamente relacionadas con el delito cometido, lo que implica la valoración de las mismas por parte de la autoridad judicial dando juego a una evidente discrecionalidad que requerirá de cierta acotación jurisprudencial.

#### IV

222.- El prelegislador modifica **el artículo 45**, que queda redactado en los siguientes términos:

«La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio u otras actividades, sean o no retribuidas, o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa o motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena. El juez podrá restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio, retribuido o no,





permitiendo, si ello fuera posible el ejercicio de aquellas funciones no directamente relacionadas con el delito cometido.»

223.- Se adecúa así el contenido de este precepto a las modificaciones operadas en el artículo 39, cuando se extiende la privación de derechos profesionales a "*otras actividades, sean o no retribuidas*", a la vez que se introduce también en el mismo precepto la misma posibilidad de la que dispondrá la autoridad judicial de poder: «restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio, retribuido o no, permitiendo, si ello fuera posible el ejercicio de aquellas funciones no directamente relacionadas con el delito cometido».

## V

224.- **El artículo 46 del Código Penal** queda redactado de la siguiente forma:

«La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de condena. La pena de privación de la patria potestad implica al pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo aquellos derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado que se determinen judicialmente. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo del penado.

Para concretar qué derechos de los menores o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, el Juez o Tribunal valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto.

A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas.»

225.- La modificación merece una valoración positiva por cuanto se añade a la subsistencia de derechos de los que son titulares los hijos respecto del penado la exigencia de que sean determinados judicialmente. De esta forma, se aboga por la subsistencia de aquellos derechos, como ya se hacía



en la redacción anterior, pero se añade una exigencia de su determinación judicial.

226.- El prelegislador suprime la referencia a que la autoridad judicial atienda a las circunstancias del caso para acordar las penas a las que se refiere el precepto, respecto de «[...] todos o alguno de los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo del penado [...]», pero la recupera y amplía cuando en el segundo inciso del precepto, dispone que para precisar «[q]ué derechos de los menores o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, el Juez o Tribunal valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto». La modificación no puede merecer más que una consideración muy favorable por cuanto recoge expresamente el interés superior del menor o de la persona con discapacidad en relación con las circunstancias del caso concreto y los consagra como elementos de los que deberá servirse el juez para la determinación del tipo de derechos de los menores o personas con discapacidad, que deben subsistir en caso de privación de la patria potestad y determinar respecto de qué personas se acuerda la pena.

227.- En efecto, resulta necesario detenerse en este particular relativo al interés superior del menor de edad o de la persona con discapacidad, que se introduce como parámetro a tener en cuenta por parte de la autoridad judicial a un doble efecto, de una parte, para la concreción del tipo de derechos de los menores o personas con discapacidad que deben subsistir en caso de privación de los derechos de patria potestad, y de otra, la determinación de las personas respecto de las que se acuerda la pena.

228.- La Convención de Derechos del Niño de 1989 pasa de proclamar derechos de nueva creación en favor de los niños a establecer obligaciones a cargo de los Estados a los efectos de garantizar una efectiva protección de los derechos de los niños, que son en puridad, los mismos derechos que las demás personas. La Convención incluye dos principios esenciales, de una parte, el interés superior del niño, y de otra, el principio de que el niño sea escuchado en todas aquellas decisiones que le afecten. El primero se encuentra recogido en el artículo 3.1 de la Convención cuando dispone: «1. *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*»; y el segundo, en el artículo 12.1 del mismo texto legal, al disponer lo siguiente: «1. *Los*



*Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.»*

229.- Resulta también necesario referirse al contenido de la Observación General sobre el Interés Superior del Niño que se elaboró, por parte del Comité, en cumplimiento de la tarea asignada por la Convención consistente en la clarificación del significado y alcance del interés superior del niño, siendo el párrafo 5 de la precitada Observación General el que identifica una triple significación del concepto, de una parte, como un derecho sustantivo, en segundo lugar, como un principio jurídico interpretativo fundamental y por último, una norma de procedimiento, en el sentido que, la evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

230.- La inclusión del interés superior del menor de edad o de la persona con discapacidad en el artículo objeto de examen adquiere una especial relevancia por cuanto debe catalogarse como un concepto jurídico indeterminado, pero no discrecional, integrado en una norma penal. Se trata en efecto, de un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido deberá precisarse en cada caso, siendo por tanto, de naturaleza flexible y que deberá ajustarse adecuándose a las circunstancias y particularidades de cada caso en concreto. Precisamente la Observación General 14 hace referencia expresa a la flexibilidad del concepto y expone que justamente dicha cualidad permite su adaptación a cada niño. Una evaluación en particular, sin que ello, debemos añadir, convierta al concepto en discrecional, esto es, que dependa de aspectos culturales; siendo la propia Observación General 14 la que incluye una lista de elementos que, sin establecer un sistema de *númerus clausus*, constituyen útiles indicadores para la evaluación del interés superior del niño que tendrá que realizar cualquiera que deba abordar la tarea de toma de decisiones en relación al menor, distinguiéndose entre los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño los criterios para un equilibrio entre los elementos de la evaluación del interés superior, y finalmente las garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño. A modo de cita, cabe señalar que, como elementos que deben tenerse en cuenta para la referida evaluación del interés superior del niño, se recogen la opinión del niño, su identidad y su posible situación de vulnerabilidad, entre otros. Precisamente, la incorporación por parte del prelegislador,



inmediatamente después de hacer referencia al interés superior de la persona menor o con discapacidad, a "*las circunstancias del caso concreto*" enerva cualquier tipo de sombra sobre la discrecionalidad del concepto.

231.- Convendría, en cualquier caso, que el prelegislador, al regular la privación del ejercicio de los derechos inherentes a las figuras tutelares, tuviese en cuenta la también proyectada reforma del régimen jurídico de la discapacidad, que se construye desde un nuevo paradigma que contempla a las personas con discapacidad desde el pleno reconocimiento de la personalidad y con plena capacidad jurídica y de obrar, y en el que el sistema de protección se construye sobre la base de apoyos concretos para la realización de las actividades de la vida, siendo excepcional la atribución al curador de facultades representativas; y donde la tutela se reserva para los menores de edad no sujetos a la patria potestad, desapareciendo tanto la patria potestad prorrogada como la rehabilitación de la patria potestad.

## VI

232.- El Anteproyecto modifica **el párrafo introductorio del artículo 49**, que queda redactado de la siguiente forma:

«Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas así como en la participación del penado en talleres o programas formativos de reeducación, laborales, culturales de educación vial, sexual, resolución pacífica de conflictos, parentabilidad positiva y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes: [...]».

233.- La novedad radica, de una parte, en la inclusión de talleres o programas formativos de «resolución pacífica de conflictos, parentabilidad positiva y otros similares [...]», y de otra, que los programas formativos serán de reeducación, pues la redacción anterior era la que sigue: «[...] talleres o programas formativos o de reeducación, laborales [...]». Con ello se significa que al amparo de la nueva regulación todos los programas formativos tendrán aquella naturaleza. Esta última consideración merece una valoración favorable.

234.- En lo atinente a la primera de las consideraciones, esto es, la inclusión de talleres o programas formativos de «*resolución pacífica de*



*conflictos, parentabilidad positiva y otros similares [...]»*, es de destacar la labor realizada por el prelegislador en el sentido de añadir a los programas existentes otra modalidad relativa a la resolución pacífica de conflictos, y un segundo referente a la “*parentabilidad positiva*”, que encuentra su origen en la Recomendación Rec (2006) 19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentabilidad, y para cuya comprensión deberá atenderse a lo considerado en relación al artículo 24.3 a) del Anteproyecto de Ley, una previsión ésta que se encuadra en lo dispuesto en la precitada Recomendación en sus artículos 3.3 y 3.4 referidos a los servicios para apoyar a los padres y a los servicios para padres en situación de riesgo de exclusión social.

## VII

235.- El prelegislador modifica **el artículo 55 del Código Penal**, de manera que al precepto originario le añade un segundo párrafo con el siguiente contenido:

«El juez impondrá, en todo caso, la privación de la patria potestad en los casos de homicidio doloso o asesinato, aunque la pena impuesta fuera inferior a diez años cuando la víctima sea alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173.»

236.- La previsión que contiene ahora el artículo de referencia supone un importante y significativo viraje, por cuanto la pena accesoria de privación de la patria potestad pasa de estar vinculada a la duración de la pena privativa de libertad impuesta a su obligatoria imposición en caso de homicidio doloso o asesinato en caso de que la víctima «*sea alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173.*» La mención merece un juicio favorable. Sin embargo, al acogerse esta previsión en un párrafo segundo del mismo artículo, parece que queda desvinculada de la exigencia prevista en el párrafo primero del artículo, esto es, «*cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia.*»

237.- Debería resultar claro, también en estos supuestos de homicidio doloso y de asesinato, cuando la víctima sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, que el derecho a la patria potestad debe estar en relación directa con el delito cometido, puesto que de lo contrario podría afectarse el principio de proporcionalidad de la pena. Como consideración de menor entidad, debe reseñarse la necesidad de que se incluya una coma entre las palabras *años* y *cuando* de este precepto en la redacción dada por el prelegislador.



## VIII

238.- El texto proyectado introduce una modificación al **artículo 57.1** del Código Penal consistente en incorporar al catálogo de modalidades delictivas los delitos contra las relaciones familiares, una tipología delictiva que antes no estaba prevista en el elenco que ofrece el precepto, lo que permitirá la aplicación de las mencionadas penas accesorias para el caso de comisión de los delitos previstos y penados en el Título XII del Libro II del Código Penal. Esta previsión merece una valoración positiva, pues se incorpora al catálogo de delitos a los que cabe la aplicación de una pena accesoria de las precisadas, que se ensamblan bajo un mismo título de amplios contornos, pero que da cabida a figuras penales que tutelan bienes jurídicos de muy diversa índole, la seguridad del menor, su derecho a la formación, el derecho al domicilio de menor, su propia integridad física, entre otros.

## IX

239.- El prelegislador modifica el **párrafo 6º del apartado 1º del artículo 83**, de manera que, en consonancia con la nueva redacción del artículo 49 precisado, añade: «[...] *resolución pacífica de conflictos, parentalidad positiva y otros similares.*» La mención debe ser valorada positivamente.

## X

240.- Otra novedad introducida por el prelegislador consiste en que el **apartado 8 del artículo 90** del Código Penal pasa a estar conformado por un solo párrafo, de manera que el actual único párrafo pasa a ser un nuevo apartado noveno en el que, además, se produce una ampliación de las modalidades delictivas que el mismo contenía en su redacción primitiva. Así, el precepto queda redactado de la siguiente manera:

«9. Los apartados 2 y 3 no serán aplicables a las personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos enumerados en párrafo tercero del artículo 36.2. »

241.- Recordemos que el artículo 36.2 se refiere en particular a los siguientes delitos:



- a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.
- b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.
- c) Delitos del artículo 183.
- d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de dieciséis años.

242.- Se observa cómo el prelegislador va más allá de lo que contenía la redacción originaria del precepto, pues el mismo hacía referencia únicamente a los delitos previstos en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal y a los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. De esta manera, además de estos últimos y de los delitos cometidos en el seno de grupos terroristas y los delitos de terrorismo, la exclusión alcanza los delitos del artículo 183 y los delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la víctima sea menor de dieciséis años. La novedad merece una consideración favorable por cuanto representa una exclusión de la excepción del régimen general de cumplimiento de las penas de prisión superiores a cinco años y de las exigencias para la concesión de la libertad condicional, algo que por otra parte ya enunciaba la Exposición de Motivos del texto que ahora se informa.

## XI

243.- El Anteproyecto modifica asimismo **el artículo 107** para introducir, en consonancia con las modificaciones operadas en los artículos 39 y 45, la referencia a «[...] *otras actividades, sean o no retribuidas [...]*». La novedad no merece, pues observación crítica alguna.

## XII

244.- El prelegislador introduce otra significativa novedad en el **artículo 130 apartado primero, párrafo 5º**, en el sentido de sustituir el párrafo cuyo contenido era el siguiente: «*Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección*», por «*Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír a la persona menor de edad si tuviera capacidad para expresarse y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, o a la persona con discapacidad. También deberá oír a sus representantes legales.*»



245.- Como cabe observar, se modifican los requisitos para rechazar la eficacia del perdón como causa extintiva de la responsabilidad criminal, en el caso de que los ofendidos fueran menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Se añade a los requisitos preexistentes para que los jueces y tribunales puedan rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes legales de las personas menores de edad o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, la audiencia de la persona menor de edad si tuviera capacidad para expresarse y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, o la de la persona con discapacidad.

246.- La referencia expresa a los doce años obedece a que es esa la edad en la que se considera que la persona menor de edad tiene madurez suficiente para ser oída, tal y como se infiere de los artículos 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de los artículos 156, 159, 161 y 171 ter del Código Civil, así como de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Debe observarse además que, en relación con la mención que hace el precepto a los «representantes legales», la redacción deberá acompasarse con la reforma en trámite del régimen de protección de las discapacidad en el que se parte con carácter general del reconocimiento de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad complementado en lo necesario por los apoyos precisos, y donde sólo excepcionalmente procederá la sustitución de la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos por el curador con facultades representativas.

### XIII

247.- El prelegislador **modifica el apartado primero del artículo 132** del Código Penal para, manteniendo la literalidad del párrafo primero, introducir novedades en el segundo, y añadir un tercero. Ambos párrafos suponen una regulación concreta del inicio del plazo de prescripción cuando la víctima de los delitos fuera menor de dieciocho años. En su redacción originaria, el párrafo segundo del apartado primero decía: *«En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.»*. El prelegislador propone ahora la siguiente redacción:





«En los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y contra las relaciones familiares, excluidos los delitos contemplados en el párrafo siguiente, cuando la víctima fuere menor de dieciocho años, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento».

248.- Se observa la incorporación a este catálogo de los delitos contra las relaciones familiares y la exclusión, por estar ubicados en el siguiente párrafo, de los delitos de tentativa de homicidio, los delitos de lesiones de los artículos 149 y 150, el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los delitos de trata de seres humanos. Así, el párrafo, en puridad no presenta más novedades que las expuestas, siendo el tercero el que sí supone un novedoso tratamiento al inicio de la prescripción.

249.- En efecto, el **párrafo tercero del apartado primero del artículo 132** queda con la siguiente redacción:

«[E]n el delito de tentativa de homicidio, en los delitos de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, cuando la víctima fuere menor de dieciocho años, los términos se computarán desde que la víctima alcance los treinta años de edad, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento.»

250.- La razón de ser de esta ampliación hasta los treinta años viene recogida en la Exposición de Motivos del texto proyectado, y se resume en evitar la existencia de espacios de impunidad en delitos que estadísticamente se ha probado que son de lenta asimilación en las víctimas en el plano psicológico y, muchas veces, de tardía detección. Con esta modificación se transpone la obligación contenida en el artículo 15.2 de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que exige a los Estados miembros se adopten las medidas necesarias para que se pueden enjuiciar esta clase de infracciones *«durante un periodo de tiempo suficiente después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad y que esté en consonancia con la gravedad de la infracción cometida»*. La extensión de la regulación del inicio de la prescripción a otros delitos cuyo sujeto pasivo sean menores o personas con discapacidad, distintos de los contemplados en la Directiva, merece un juicio favorable.



251.- Es necesario detenernos, sin embargo, en lo que prevé la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor en su artículo 15, dedicado a la prescripción, cuando dispone: «1. *Los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben: 1.º Con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal, cuando se trate de los hechos delictivos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años. [...]»*; pues, en atención a esta previsión y a la nueva redacción del artículo 132, podrán llegarse a incoar expedientes contra presuntos autores que superaran de manera considerable la mayoría de edad, suponiendo ello cierta pugna con los principios de celeridad y reeducación que informan la jurisdicción de menores.

#### **XIV**

252.- El texto proyectado introduce un conjunto de artículos que contienen nuevos tipos penales que cabe calificar como de riesgo o peligro de carácter abstracto-concreto, que presentan como rasgo común el adelantamiento de la barrera de protección penal en aras a preservar, sobre la base del principio de precaución, el bien jurídicamente protegido, que en primera instancia se identifica con la seguridad colectiva, entendida como sinónimo de creación de un clima de garantía social en el que no se ven amenazados los bienes jurídicos protegidos, ya individuales, ya colectivos; y en un grado ulterior entronca con concretos bienes jurídicos de carácter individual, como la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad e indemnidad sexual o la salud de las personas, y específicamente de los menores de edad y personas con discapacidad.

253.- El análisis dogmático de este tipo de figuras delictivas ha de conducir a una aplicación razonable de estos delitos que legitime la intervención del legislador penal y a restringir el alcance práctico de los tipos penales a ámbitos en los que sea posible hablar de una intervención de estas características. En este sentido, el principio de precaución no puede desvirtuar los principios de lesividad y de intervención penal mínima. Cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha definido esta categoría de delitos a partir del carácter necesario y suficiente de la ejecución de una acción peligrosa idónea para producir un peligro para el bien jurídicamente protegido, de suerte que la imposibilidad de la producción del peligro excluye la tipicidad. Y en estas modalidades delictivas de peligro abstracto-concreto, también denominadas de peligro hipotético, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un



resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos, la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro

254.- Los tipos penales que se introducen en **los artículos 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis** responden a estas características, y desde esta perspectiva, ha de considerarse legitimada la intervención penal y la actuación del prelegislador. En ellos, la conducta típica se contrae a «[l]a distribución o difusión pública a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar», según los casos, el suicidio de personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de protección (artículo 143 bis), la autolesión de estas personas (artículo 156 ter), y la comisión de los delitos previstos en el Capítulo V –delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores- y en los Capítulos II bis –de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años- y IV –delitos de exhibicionismo y provocación sexual- del Título VIII –delitos contra la libertad e indemnidad sexuales- del Código Penal (artículo 189 bis). Y se tipifica asimismo «[l]a distribución o difusión pública a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover o facilitar, entre personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de protección, el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas [...]» (artículo 361 bis).

255.- Se trata, por tanto, de conductas en las que el elemento típico se resume en la realización, a través de los medios que proporcionan la tecnología y la sociedad de la información, de comportamientos idóneos para producir el riesgo para el bien jurídicamente protegido, distintos, por tanto, de aquellos en los que dicho peligro pueda materializarse y que lesionen los concretos bienes jurídicos tutelados en cada caso, a saber, la vida e integridad física, la libertad e indemnidad sexual y la salud de las personas que, por razón de su minoría de edad o discapacidad, se encuentran necesitadas de protección. Este acotamiento del elemento caracterizador del tipo permite, bien desde el principio de precaución como criterio político-criminal y como criterio normativo de imputación, bien desde un análisis dogmático de las conductas penales, situar estas dentro de las restricciones típicas que legitiman la intervención penal, sin que se identifiquen en términos absolutos con una concepción del injusto orientada



causalmente y con la mera tipificación de la presunción legal del inicio de un proceso causal lesivo.

256.- Descendiendo al análisis de cada precepto en particular, se advierte que, tanto en el artículo 143 bis como en el artículo 156 ter, el prelegislador ha incluido una regla aplicable al eventual concurso de delitos que pueda darse en cada caso, como resultado de la concreción del riesgo en otra conducta típica también eventualmente concurrente, según los supuestos.

257.- De este modo, el párrafo tercero del artículo 143 bis dispone que «[C]uando el acto sancionado en este artículo ocasionare, además del riesgo prevenido, el suicidio de una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección, los Jueces y tribunales resolverán el concurso de delitos conforme a las normas contenidas en el artículo 77.2 de este Código»; y el párrafo tercero del artículo 156 ter establece: «[C]uando el acto sancionado en este artículo ocasionare, además del riesgo prevenido, la autolesión de una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección, los Jueces y Tribunales resolverán el concurso de delitos conforme a las normas contenidas en el artículo 77.2 de este Código».

258.- Dejando al margen una hipotética concepción de estas disposiciones como configuradoras de subtipos agravados de los tipos penales previstos en cada caso, sobre la base de la imputación –objetiva- del resultado punible en que se concreta el riesgo prevenido con la conducta tipificada en los artículos 143 bis y 156 ter, y sobre la base también de considerar la regla concursal del artículo 77.2 del Código Penal como instrumento para la determinación de la pena, se ha de centrar la atención en que el prelegislador ha optado por articular de forma expresa la regla del concurso medial o ideal de delitos prevista en el apartado primero del señalado precepto que, en el caso contemplado en el artículo 143 bis, se explica por el carácter típico de la conducta en que se concreta el riesgo prevenido en la norma, que se identifica con la sancionada en el artículo 143 del Código Penal.

259.- No obstante, conviene alertar sobre esta técnica normativa y someter a la consideración del prelegislador la conveniencia y la oportunidad de introducir esta regla. Con independencia de que no es usual incorporar a los tipos penales las reglas que definen los concursos de delitos ni, en general, las reglas para la aplicación de las penas, que el Código Penal recoge en el Título III del Libro I, al incorporar a los artículos 143 bis y 156 ter esta regla se corre el riesgo de predeterminar normativamente la imputación del resultado en que se concreta el peligro prevenido y de predeterminar asimismo la apreciación de la concurrencia delictual, limitando las



facultades del tribunal. No puede perderse de vista que en estos delitos de peligro abstracto-concreto, en el que el bien jurídicamente protegido presenta un carácter instrumental respecto de la indemnidad de otros bienes jurídicos personales protegidos por la tipificación de la conducta y el resultado en que se materializa el riesgo, la aplicación de las reglas concursales –del concurso ideal, en concreto- puede producir problemas al entrar en colisión con el principio *non bis in ídem*.

260.- Cuando esta regla se refiere, por otra parte, a la autolesión de la persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección, surge el problema de determinar cuál es la conducta típica en que se concreta el riesgo prevenido y que ha de entrar en concurso con la conducta tipificada en el artículo 156 ter. Teniendo en cuenta que la autolesión no es en sí misma una conducta tipificada, el concurso de delitos solamente sería concebible desde la hipótesis de la realización de la conducta sancionada a través de la autoría mediata a que se refiere el artículo 28 del Código Penal para la eventual comisión de un delito de lesiones en donde la víctima es a su vez instrumento para la comisión del hecho punible.

261.- Es significativa la omisión de esta regla en los tipos penales de los artículos 189 bis y 361 bis, cuando es dable la misma hipótesis de concreción del riesgo prevenido en ellos materializándose en las conductas típicas que protejan la libertad e indemnidad sexuales, particularmente las previstas en el Capítulo V –delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores- y en los Capítulos II bis –de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años- y IV –delitos de exhibicionismo y provocación sexual- del Título VIII –delitos contra la libertad e indemnidad sexuales- del Código Penal, así como aquellas que protejan en sus distintas modalidades la integridad física y la salud de las personas menores de edad y con discapacidad necesitadas de protección. Con independencia de que, como se ha expuesto, quepa someter a la consideración del prelegislador la conveniencia de mantener una regla concursal en la definición de estos tipos penales, razones de coherencia justificarían dar, en todo caso, un mismo tratamiento normativo a todos ellos.

262.- Por otra parte, debe entenderse involuntaria la omisión que realiza el prelegislador cuando en los artículos 143 bis y 156 ter, en lugar de referirse a las personas «[...] *necesitadas de especial protección*», alude a «*personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de protección*». Sorprende, de no ser así, el empleo de los términos «[personas] [...] *necesitadas de protección*», habida cuenta de que el legislador penal prevé esta especial protección en el artículo 258 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30



de marzo, y sustituye todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a los términos «*incapaz*» o «*incapaces*» por los de «*persona con discapacidad necesitada de especial protección*» o «*personas con discapacidad necesitadas de especial protección*».

263.- El párrafo segundo de los artículos 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis hace referencia, de forma coherente con la modificación proyectada en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se examinará con posterioridad –y al que se hace desde ahora expresa remisión–, a la medida cautelar que el Juez de Instrucción puede adoptar en los supuestos contemplados en dichos preceptos, de oficio o a instancia de parte, consistente en la retirada de contenidos ilícitos de páginas webs, así como la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos.

#### **XV**

264.- El Anteproyecto modifica **el artículo 148. 3º del Código Penal** para elevar la edad de la víctima, que pasa de los doce a los catorce años. De este modo, se amplía el radio de aplicación del subtipo penal en los términos justificativos que se contienen en la Exposición de Motivos del texto proyectado, y que pueden reducirse a que ésta es una esfera de protección más apropiada por razón de la vulnerabilidad que se manifiesta en esa franja vital. Dicha modificación lo es también en consonancia con las previsiones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal –artículos 77.3, 448 bis o 703 bis–. Por lo expuesto, la incorporación merece una valoración positiva.

#### **XVI**

265.- Se introduce un nuevo **artículo 156 quinquies** con el contenido que sigue a continuación:

«[A] los condenados por la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 147, 148, 149, 150 y 153 se les podrá imponer, además de las penas que procedan, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de actividades, retribuidas o no, que conlleve contacto regular o directo con personas menores de dieciocho años, por un tiempo de entre tres y cinco años, con atención a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado».

266.- El prelegislador introduce una pena de imposición facultativa para los delitos de lesiones dolosos, que evoca al artículo 192.3 del Código Penal –también objeto de modificación, como se verá más adelante–, que contiene una disposición común aplicable a ciertos delitos contra la libertad sexual.



Sin embargo, se trata de una evocación ficticia por cuanto el artículo 192.3 *in fine* tiene el siguiente tenor «[...] A los responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos II bis o V se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial [...]», es decir, se trata de una pena no potestativa sino de obligada imposición, a diferencia de la que introduce ahora el prelegislador.

267.- Nos hallamos, en el caso del artículo 156 quinquies, como se acaba de indicar, ante una pena de inhabilitación potestativa, que puede ser impuesta o no al condenado, y puede serlo como pena conjunta a la señalada en el tipo, por cualquier delito doloso de lesiones, e incorpora, como criterios de aplicabilidad, la gravedad del delito, el número de delitos cometidos y las circunstancias que concurran en el condenado. Sin embargo, resulta cuanto menos significativo que a pesar de que la pena que introduce el artículo 156 quinquies tiene una evidente dimensión protectora de los menores de edad y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, no atiende, sin embargo, a los efectos de su imposición, ni a las características del sujeto pasivo del delito, ni a la naturaleza del mismo, ni mucho menos a la pena de la que pueda ser accesoria, sea privativa de libertad o no, de manera que su imposición pueda resultar inane en caso de acompañar a una pena privativa de libertad de igual o superior extensión, ya que al ser de distinta naturaleza su cumplimiento debe ser simultáneo, lo que puede traducirse, en la práctica, en su imposición en caso de un delito leve con la misma o mayor extensión que en el caso de un delito menos grave o grave. Por ello, resultaría más adecuado, en aras a una mayor adecuación al principio de proporcionalidad, que se condicionara la imposición de esta pena a las circunstancias del delito cometido, y que su imposición guarde, así, vinculación con las personas menores de edad para cuya protección se concibe, excluyéndose su imposición como accesoria de delitos leves de lesiones, sobre todo porque ex artículo 33 del Código Penal la pena de inhabilitación no se contempla para los delitos leves, y porque ex artículo 57 del mismo texto legal los delitos leves pueden ir acompañados de algunas de las prohibiciones del artículo 48 del Código Penal con una limitación de duración de seis meses.

## **XVII**

268.- El prelegislador introduce un **nuevo apartado tercero al ordinal sexto del artículo 177 bis del Código Penal** con el siguiente contenido:



«[E]n todo caso, sin perjuicio de las penas previstas en este artículo, cuando la trata de seres humanos persiguiera la finalidad prevista en la letra b) del apartado primero, se impondrá la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta».

269.- El prelegislador opta por una pena de obligada imposición con un marco penológico único en el articulado del Código Penal, atendiendo a la finalidad perseguida y a la existencia de marcos de duración parecidos para delitos como los previstos en los artículos 570 quáter y 579 bis, lo cual no merece mayores consideraciones.

### **XVIII**

270.- El texto proyectado introduce otra novedad en **el apartado tercero y en el nuevo apartado cuarto del artículo 192**, que quedan con el siguiente contenido:

«3. El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, y la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años.

4. El Juez o Tribunal impondrá a los responsables de los delitos comprendidos en el presente Título, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a veinte años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurren en el condenado».

271.- El nuevo apartado tercero coincide con el primero en su redacción todavía vigente, siendo su única novedad la inclusión del carácter «retribuido o no», del ejercicio de la profesión u oficio sobre el que pesa la pena de inhabilitación de imposición facultativa. Se trata, sin embargo, de una modificación que, si bien debe ser, como ya se ha expuesto en otros apartados anteriores, valorada positivamente, no puede serlo en el aspecto atiente a que la misma no se haya llevado a cabo en todos los casos en los que se hace mención expresa a este tipo de penas. De otra parte, el nuevo





apartado cuarto se corresponde con el vigente artículo 192.3 *in fine* del Código Penal. Ya se ha señalado en líneas anteriores que, de una parte, se amplía a todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales el ámbito objetivo de la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea retribuido o no, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad. Ampliación que, por cierto, debe ser valorada positivamente por cuanto, con anterioridad venía limitada a los delitos de los Capítulos II bis ó V del Título VII del Libro II del Código Penal. Se trata, en puridad, de una ampliación que guarda relación con la redacción del nuevo artículo 156 quinquies ya analizado, con la diferencia de que en dicho precepto la pena de inhabilitación es de imposición potestativa, mientras que en el presente resulta de aplicación imperativa. Resultan también reproducibles los argumentos expuestos en relación al principio de proporcionalidad que se han realizado en relación al artículo 156 quinquies.

#### **XIX**

272.- El texto proyectado **deroga el apartado tercero del artículo 201 del Código Penal**. La derogación de este apartado conlleva la exclusión del perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Sin embargo, se sigue manteniendo el carácter semipúblico de estos delitos, exigiéndose por ello como requisito de procedibilidad la denuncia de la persona agraviada, lo que por otra parte no deja de resultar un tanto particular, por la ausencia de persona agraviada, al menos de una manera directa, en delitos como los tipificados en los artículos 197 bis y ter del Código Penal.

#### **XX**

273.- El Anteproyecto modifica **el apartado segundo del artículo 220 del Código Penal**, cuya redacción originaria: «2. *La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación*», queda sustituida por la que sigue: «2. *La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros una persona menor de dieciocho años para alterar o modificar su filiación*».

274.- La sustitución de la expresión «*un hijo*» por la de «*una persona menor de dieciocho años*» supone, de una parte, que el delito deja de ser un tipo especial propio, por cuanto se amplía el sujeto activo del mismo a cualquier persona menor de dieciocho años, y por otra parte, limita el sujeto pasivo a las personas menores de edad. Sin embargo, nada se dice respecto de la entrega de un mayor de edad discapacitado necesitado de especial protección para alterar o modificar su filiación, por lo que el precepto podría incluir expresamente esta situación.



**d) Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882**

**I**

275.- La disposición final tercera introduce determinadas modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que afectan a tres ámbitos: a) la previsión como primeras diligencias de la retirada provisional de los contenidos ilícitos de los servicios de la sociedad de la información, la interrupción provisional de los servicios que los ofrezcan o el bloqueo provisional cuando los servicios radiquen en el extranjero (art. 13 LECrim); b) normas específicas sobre la dispensa del deber de declarar de los parientes cuando el testigo o la víctima sea menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 416 LECrim); c) la regulación de la exploración del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección en fase de instrucción como prueba preconstituida (art. 448 bis, 703 bis, 707, 730, 777.3 y 788.2 LECrim).

**II**

276.- El anteproyecto de Ley introduce un **segundo párrafo en el artículo 13 LECrim** que dispone lo siguiente:

«En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el Juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.»

277.- De acuerdo con la exposición de motivos del anteproyecto, la introducción de esta medida cautelar:

*«[...] es coherente con la introducción por esta ley de nuevos tipos penales consistentes en la difusión pública a través de internet de contenidos que inciten a personas menores de edad o a personas discapacitadas necesitadas de especial protección al suicidio o la autolesión, o que favorezcan trastornos alimenticios, o que promuevan o faciliten la comisión de delitos contra la indemnidad sexual de personas menores de edad. Esta medida cautelar también*



*es efectiva durante la instrucción de causas penales por delitos que existían con anterioridad, como el de pornografía infantil. Con la adopción de esta medida cautelar se pone fin de forma anticipada a la lesión del bien jurídico protegido en cada caso.»*

278.- El prelegislador introduce en la ley procesal penal una medida de restricción de contenidos ilícitos difundidos a través de los servicios de la sociedad de la información con la que se pretende evitar la continuidad delictiva y la permanencia del ataque al bien jurídico protegido por las normas penales, con el fin de salvaguardar los derechos de la víctima e impedir la propagación y multiplicación del delito. A pesar de la calificación en el propio texto proyectado como medida cautelar, no estamos ante una medida cautelar en sentido estricto, esto es, una medida ordenada a garantizar el normal desarrollo del proceso y el cumplimiento de la sentencia y, en consecuencia, a posibilitar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, sino que, más bien, como indica su ubicación sistemática en el artículo 13 LECrim, se trata de una medida de protección a los ofendidos o perjudicados por la difusión de los contenidos ilícitos.

279.- La previsión de esta medida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituye, ciertamente, una novedad, pero viene a plasmar en la norma rituaría un tipo de actuación frente al fenómeno de la ciberdelincuencia que ya se contempla en la Ley 24/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE, en adelante) y en el propio Código Penal.

280.- La LSSICE en su artículo 8 regula las restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información. En concreto, dispone que por la autoridad competente cabe adoptar las medidas necesarias para interrumpir la prestación del servicio de la sociedad de la información o para retirar los datos cuando atenten o puedan atentar contra alguno de los siguientes principios:

*«a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.*

*b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.*

*c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y*



*d) La protección de la juventud y de la infancia.*

*e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.»*

281.- De acuerdo con el último párrafo del artículo 8.1 LSSICE, «*[e]n todos los casos en los que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información*».

282.- Por su parte, el artículo 11 LSSICE establece el deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación con las autoridades competentes que requieran alguna de las medidas de restricción de los servicios de la sociedad de información, a fin de impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos continúen difundiéndose. De una lectura integrada de este precepto junto con el artículo 8 LSSICE cabe identificar las siguientes medidas que las autoridades pueden requerir de los prestadores de servicios de intermediación:

- a) La retirada de datos y contenidos ilícitos en un determinado servicio de la sociedad de la información (por ejemplo, una página web). Se trata de una medida dirigida a evitar la permanencia en el mundo digital de contenidos que contravengan alguno de los principios enumerados en el artículo 8.1 LSSICE, que resulten claramente identificables y separables de otros contenidos lícitos.
- b) La interrupción o bloqueo de la prestación de un servicio de la sociedad de información. A través de esta medida se impide el acceso por los usuarios a todo el contenido alojado en un determinado servidor en los supuestos, al ser total o mayoritariamente de carácter ilícito y no tener carácter más o menos puntual y separable de eventuales contenidos lícitos.
- c) Impedir el acceso desde España al servicio de la sociedad de la información que contenga contenidos ilícitos y su prestador esté establecido en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo. Se trata de una medida que evita tener que acudir a mecanismos de cooperación judicial internacional para lograr la ejecutabilidad de medidas judiciales de retirada o interrupción del servicio que afecten a prestadores establecidos en el extranjero.

283.- Finalmente, el artículo 11.4 LSSICE dispone que las anteriores medidas «*serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias y se*



*adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten».*

284.- El Código Penal prevé de forma expresa en la tipificación de determinados delitos la adopción de medidas de neutralización de contenidos ilícitos difundidos a través de páginas web, aplicaciones de Internet o, en general, servicios de la sociedad de la información. En concreto, con una redacción más o menos equivalente, aunque no idéntica, se establece la posibilidad de adoptar medidas de retirada de contenidos o interrupción del servicio en relación con la difusión de pornografía infantil (art. 189.8 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, previsión con la que se traspone la obligación de adoptar medidas contra los sitios web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil establecida en el artículo 25 de la Directiva 2011/93/UE), la infracción de derechos de propiedad intelectual (art. 270.3 CP, modificado por la LO 1/2015), la comisión de delitos de incitación al odio (art. 510.6 CP, introducido por la LO 1/2015) y el enaltecimiento o justificación del terrorismo (art. 578.4 y .5 CP, en la redacción dada por la LO 2/2015).

285.- A los anteriores supuestos añade ahora el anteproyecto la posibilidad de adoptar este tipo de medidas en relación con la distribución o difusión pública a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de protección al suicidio (art. 143 bis AL), a la autolesión (art. 156 ter AL), al consumo de productos o sustancias o a la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios que suponga un riesgo para la salud de las persona (art. 361 bis AL), o a promover, fomentar o incitar a la comisión de delitos de abusos y agresiones sexuales a menores, de exhibición y provocación sexual y de prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 bis AL).

286.- Desde el punto de vista sustantivo, las medidas contempladas en el precepto proyectado se acomodan a lo previsto tanto en la LSSICE como en los preceptos del Código Penal señalados, estableciéndose los tres tipos de medidas de restricción posibles: retirada de contenidos, interrupción del servicio y el bloqueo del acceso desde España al servicio ubicado en el extranjero, todas de carácter provisional, de acuerdo con la fase cautelar en la que son acordadas.

287.- Una primera cuestión que plantea la nueva redacción del artículo 13 LECrim es su alcance en relación con las previsiones contenidas en el Código Penal vigente, así como en las modificaciones proyectadas de ese texto legal. La redacción del segundo párrafo del artículo 13 LECrim está



formulada en términos generales de modo que cabe entender que este tipo de medidas cautelares o de protección pueden ser acordadas respecto de *cualquier* delito cometido a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación. Si la nueva habilitación contenida en el artículo 13 LECrim tiene un alcance general de aplicación, cabe plantearse qué tipo de relación debe establecerse entre este precepto y las específicas previsiones de este tipo de medidas en el Código Penal vinculadas a determinadas conductas delictivas (arts. 189.8, 270.3, 510.6 y 570.4 y .5 CP; así como los proyectados artículos 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis CP introducidos por el Anteproyecto). Los preceptos penales vendrían a expresar los casos en los el legislador ha considerado la adopción de medidas de restricción sobre servicios de la sociedad de la información (retirada, interrupción del servicio y bloqueo del acceso desde España) como adecuadas, necesarias y proporcionadas en relación con la gravedad de los delitos. De este modo las específicas previsiones del Código Penal tendrían para el aplicador del nuevo artículo 13 LECrim un valor indicativo de la gravedad de los delitos respecto de los que resulta justificado, en términos de proporcionalidad, anudar la adopción de estas medidas restrictivas con carácter cautelar.

288.- De este modo, el juez de instrucción al amparo del nuevo artículo 13 LECrim podrá acordar, como primeras diligencias, la retirada provisional de contenidos ilícitos, la interrupción de los servicios que ofrezcan dichos servicios o su bloqueo provisional, siempre que concurren los presupuestos de este tipo de medida cautelar, esto es, el *fumus boni iuris* consistente en la ilicitud indiciaria del contenido difundido y el *periculum in mora* derivado de la necesidad de neutralizar la permanencia delictiva, en relación con delitos cometidos a través de internet, del teléfono u otra tecnología de la comunicación que revistan una gravedad equivalente a la de los tipos penales respecto de los que el legislador ha previsto específicamente este tipo de medidas.

289.- Un entendimiento de la nueva redacción del artículo 13 LECrim en este sentido merece una valoración favorable pues viene a cubrir una laguna de protección cautelar frente a ataques a bienes jurídicos penalmente protegidos cometidos mediante internet u otras tecnologías de la información. El anteproyecto corrige así un déficit de la vigente ley procesal penal en términos de legalidad y seguridad jurídica, pues acudir al vigente artículo 13 LECrim como norma habilitadora para acordar la retirada de contenidos o el bloqueo de páginas web como medidas de protección, fuera de los casos expresamente contemplados en el Código Penal, pudiera resultar dudoso desde el punto de vista de la calidad de ley, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



290.- El alcance general de la habilitación del nuevo párrafo segundo del artículo 13 LECrim permite, por lo demás, rectificar la inconsistencia existente en la redacción vigente del artículo 510.6 CP en relación con los artículos 189.8, 270.3 y 578.5 CP, pues mientras en estos últimos se prevé que las medidas de retirada y bloqueo se puedan adoptar de forma cautelar, en el primero se limita disponer que podrán ser acordadas en la sentencia, por tanto, como medidas definitivas y no como medidas provisionales.

291.- Mientras los referidos preceptos del Código Penal tienen carácter orgánico, el artículo 13 LECrim tiene carácter ordinario, pues así se desprende de la Ley 27/2003, de 31 de julio, que modificó este precepto previamente reformado por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de lo que cabe inferir que el legislador ha entendido que la materia objeto de regulación no incide en la reserva de Ley Orgánica dispuesta en el artículo 81.1 CE. Entendimiento que se mantiene, por lo demás, en el anteproyecto como se desprende de la disposición final undécima que declara el carácter ordinario, entre otras, de la disposiciones que modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

292.- Las medidas de retirada, interrupción o bloqueo que se prevén en el proyectado artículo 13 LECrim constituyen límites al ejercicio de la libertad de comunicación, reconocida en el artículo 20.1.d CE, establecidos en razón de la necesaria protección de los derechos fundamentales de las víctimas y de otros bienes jurídicos de relevancia constitucional, como la protección de la infancia y la juventud (art. 20.4 CE), y como consecuencia de la ilicitud del contenido de lo difundido y divulgado derivada de su tipificación como delito. Es más, cabe entender que la prohibición penal de la difusión de determinados contenidos o informaciones prohibidas *delimita* el ámbito protegido por la libertad de información, de modo que este tipo de contenidos penalmente ilícitos quedan fuera del contenido propio del derecho fundamental. De este modo, retirar o impedir su difusión no constituye, propiamente, una restricción al contenido de un derecho, sino la consecuencia apropiada de la prohibición penal. Es claro, por tanto, que la regulación proyectada no incide sobre materia reservada a Ley Orgánica, al no constituir lo que el Tribunal Constitucional ha calificado de «*restricciones directas del derecho fundamental*» que constituyen un forma de desarrollo del derecho fundamental (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11).

293.- La ubicación sistemática de la previsión proyectada merece alguna reflexión. El prelegislador ha estimado como *sedes materiae* más adecuada la regulación procesal de las primeras diligencias que, por su carácter urgente, corresponde adoptar al Juez inmediatamente que tenga noticia de



la perpetración del delito, aun no siendo el competente. No resulta objetable esta opción del anteproyecto dado el carácter tuitivo para las víctimas que tienen las medidas previstas. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, cabe plantear como alternativa la inserción de esta norma habilitadora para acordar restricciones en la difusión a través de internet y otras tecnologías de la comunicación en el marco del capítulo V del Libro IV como eventual artículo 823 ter. En efecto, en el referido capítulo se prevén las medidas de secuestro de publicaciones y de prohibición de difusión en relación con los delitos cometidos, respectivamente, a través de medios de difusión mecánicos (art. 816 a 823 LECrim) y a través de medios sonoros o fotográficos, difundidos por escrito por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares (art. 823 bis LECrim). La adaptación y actualización de esta regulación a la realidad de los medios de comunicación actuales aconsejaría incorporar el tratamiento específico de las medidas de restricción procedentes respecto de los delitos cometidos a través de internet, del teléfono u otras tecnologías de la información o la comunicación.

294.- En cuanto a la forma de adopción de las medidas contempladas en el segundo párrafo del artículo 13 LECrim, se dispone que el Juez podrá acordarlas de oficio o a instancia de parte, lo cual es coherente con el principio de oficialidad que rige, con carácter general, en la fase de instrucción, salvo para las medidas cautelares personales que inciden sobre el derecho de libertad personal que están sometidas al principio acusatorio (art. 505 LECrim).

295.- Debe advertirse que la regulación propuesta no resultará aplicable a los supuestos de medidas de retirada o bloqueo referidas a pornografía infantil, pues para este tipo de delito el artículo 189.8 CP condiciona la adopción por el Juez de estas medidas con carácter cautelar a la previa petición del Ministerio Fiscal. El carácter orgánico del precepto le hace resistente a la nueva regulación procesal proyectada, por lo que para mantener el carácter homogéneo del tratamiento procesal de estas medidas resulta necesario acometer la reforma del segundo párrafo del artículo 189.8 CP, eliminando el inciso final «a petición del Ministerio Fiscal».

296.- Si bien, como se ha señalado, las medidas de restricción al tener por objeto contenidos ilícitos no inciden directamente sobre el ámbito protegido por la libertad de información, debe tenerse en cuenta que a la hora de configurar su concreto alcance puede incurrirse en exceso, afectando a contenidos lícitos protegidos por el derecho fundamental. En este contexto, conviene recordar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH Yildirim c. Turquía, de 18 de diciembre de 2012; Cengiz





y otros c. Turquía, de 1 de diciembre de 2015) que ha subrayado la importante conexión que se establece entre la nuevas formas de comunicación a través de internet y el derecho a la libertad de expresión, protegido por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no sólo desde la perspectiva del emisor de las informaciones sino también de los usuarios que acceden a los servicios *on line*. Así, en la STEDH Cengiz y otros c. Turquía se ha afirmado:

*«Internet se ha convertido en uno de los principales medios a través de los que los individuos ejercen su derecho a la libertad de recibir y comunicar información e ideas, aportando herramientas esenciales para la participación en actividades y debates sobre temas políticos y temas de interés general. [...] Además, en cuanto a la importancia de los sitios de Internet para el ejercicio de la libertad de expresión, dada su accesibilidad y su capacidad para almacenar y comunicar grandes cantidades de información, Internet juega un papel importante en la mejora del acceso por el público a las noticias y en facilitar la difusión de información en general. La actividad expresiva generada por el usuario en Internet proporciona una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión.»* (par. 49 y 52)

297.- A partir de esta jurisprudencia, el Tribunal de Estrasburgo ha considerado contrarias al Convenio medidas de bloqueo del acceso a webs de carácter general e indiscriminado por resultar desproporcionadas en relación con la finalidad perseguida. Es por ello necesario garantizar que la medida de bloqueo afecte efectivamente al contenido ilícito y que no exista peligro alguno de que se bloquee el acceso a materiales legales.

298.- Las previsiones contenidas en los vigentes artículos 189.8, 270.3, 510.6 y 578.4 CP se configuran en términos respetuosos con el principio de proporcionalidad. En particular, el artículo 578.4 CP explicita los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de acordar este tipo de medidas: a) cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar la difusión, y b) cuando se difundan exclusiva o preponderantemente contenidos penalmente ilícitos.

299.- Desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, la regulación proyectada debe mejorarse, en el sentido de especificar que la interrupción provisional de los servicios debe ceñirse a aquellos «que ofrezcan exclusiva o preponderantemente dichos contenidos». Esta misma fórmula debe incorporarse en los correspondientes preceptos del Código Penal proyectados (art. 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis) sustituyendo la expresión «predominante», que resulta gramaticalmente incorcondante.



### III

300.- El apartado dos de la disposición final tercera da nueva redacción al **artículo 416 LECrim**. En particular se introducen dos nuevos párrafos en la letra a del apartado 1 del citado artículo a través de los que se regula, por un lado, el régimen de ejercicio del derecho de dispensa del deber de declarar cuando el testigo es menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, y, por otro lado, se establece un límite al derecho de dispensa para el caso de que la víctima sea un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección sujeta a algún régimen de guarda y custodia del testigo o se halle integrado en el núcleo de convivencia familiar. La redacción de los dos nuevos párrafos se formula en los siguientes términos:

«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.»

301.- El artículo 24.2 CE en su inciso final establece que *«[l]a ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos»*. Se proclama, así, un derecho de rango constitucional a favor de determinados terceros a no declarar en el ámbito del proceso penal. Dada la formulación del derecho, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para determinar los límites y modulaciones del ejercicio de este derecho, sin poder, en todo caso, afectar al contenido esencial del mismo (art. 53.1 CE).

302.- El desarrollo legal de este derecho constitucional se contiene en los artículos 261, 416 y 707 LECrim que contemplan, respectivamente, los supuestos de dispensa del deber de denunciar o declarar. La dispensa del



deber de declarar por razón de parentesco tiene como finalidad, en palabras de la STS 460/1973, de 26 de noviembre de 1973 (ECLI:ES:TS:1973:460), «*sortear la colisión entre la voz de la sangre y el deber ciudadano de colaborar con la justicia*». En términos más descriptivos, la STS 1629/2018, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1629), ha señalado que «*[l]a dispensa está prevista en nuestro ordenamiento, a semejanza de muchos otros, como fórmula o válvula de escape que se brinda a la persona con fuertes vínculos afectivos con reconocimiento legal (matrimonio o situación asimilada; filiación, relación de consanguinidad) para eludir el conflicto entre esos lazos que presionan para no perjudicar de ninguna forma al pariente, menos aun provocando directa o indirectamente su condena penal y probable privación de libertad; y el imperativo legal de declarar la verdad sobre todo lo que se le pregunte en un proceso penal, bajo la amenaza de sanción penal (delito de falso testimonio) y con la fuerza de un previo juramento (o promesa) legal. El legislador (y, antes, el constituyente), con buen sentido, considera conveniente un mecanismo de equilibrio que pasa por levantar en esos casos el deber general de todo ciudadano de declarar. Y no hace distinciones según se sea víctima o persona no afectada por el delito objeto de esclarecimiento o enjuiciamiento (sin perjuicio de que en el art. 263 LECrim encontramos alguna asimetría en la regulación de ese tema en sede de denuncia, frente a la testifical del art. 416 LECrim)*» (FJ 3).

303.- Existe una nutrida jurisprudencia sobre esta dispensa del deber de declarar por razón del parentesco articulada en torno a los siguientes elementos centrales: a) el derecho de dispensa es una garantía establecida para el testigo, y no para el imputado, y su fundamento se encuentra en la protección de las relaciones familiares, preservando la paz y la intimidad en las mismas (art. 18 y 39 CE); b) constituye una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos, debiendo considerarse nulas y no utilizables las declaraciones prestadas contra el procesado sin la previa advertencia al testigo de la dispensa del deber de declarar; c) se admite, sin embargo, que la presencia espontánea del testigo, aun no habiendo sido advertido, puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (SSTS, Sala de lo Penal 6855/2004, de 27 de octubre [ECLI:ES:TS:2004:6855]; 1947/2007, de 22 de febrero [ECLI:ES:TS:2007:1947]; 2751/2007 de 10 de mayo [ECLI:ES:TS:2007:2751]; 135/2009, de 27 de enero [ECLI:ES:TS:2009:135]; 1547/2009, de 26 de marzo [ECLI:ES:TS:2009:1547]; y, entre las más recientes, SSTS STS 1629/2018, de 25 de abril [ECLI:ES:TS:2018:1629]; 870/2019, de 12 de marzo [ECLI:ES:TS:2019:870]). Esta interpretación de la configuración



legal del derecho de dispensa ha sido acogida por el Tribunal Constitucional en su STC 94/2010, de 15 de marzo.

304.- En relación con el testimonio de los menores parientes de la persona imputada o acusada, el Tribunal Supremo ha sostenido que el ejercicio del derecho de dispensa depende de las condiciones de madurez del menor, pues sólo alcanzado un determinado grado de desarrollo personal puede estar en condiciones de poder representarse cabalmente el conflicto entre el deber de decir la verdad y los vínculos emotivos, de solidaridad o lealtad y decidir ejercer el derecho de dispensa.

305.- Es particularmente relevante la cita de la STS 4870/2014, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4870) cuya doctrina ofrece elementos de interés para calibrar el alcance de la reforma proyectada:

*«Aquí el menor, dada su baja edad, no podía acogerse a ese derecho o facultad por sí mismo: un niño, ni con cuatro ni con siete (folio 206), ni con ocho (folio 289), ni con once años (acto del juicio oral), goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión; ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella.*

*No hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usar de esa habilitación. Pero sí ha de contarse con la indispensable madurez según un juicio ponderativo que deberá efectuar el Juzgador. Los arts. 162.1 Código Civil y 2 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor invitan a ese entendimiento.*

*Esas condiciones de madurez probablemente pueden presumirse de manera indubitada a partir de una edad (quizás los dieciséis años, sin pretender con esto fijar fronteras claras y precisas) (i); ha de confiarse a un juicio casuístico en otra franja de edad (ii); y, por fin, ha de negarse rotundamente por debajo de otra (¿doce años?: algunas normas toman ese momento como referente significativo: vid, por todos, art. 770 LEC) (iii)..*

*No ostentando capacidad para determinar en ese punto la propia conducta, en principio habrá de confiarse a los representantes legales (argumento ex art. 162 Código Civil) la decisión sobre si el menor debe declarar o no en los supuestos prevenidos en el art. 416 LECrim, aunque no lo especifique así claramente la Ley Procesal Penal a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (v.gr., el británico). Cuando se aprecia un conflicto de intereses con uno de los*



*progenitores (es patente que estamos ante uno de esos casos), será el otro progenitor el llamado a adoptar la decisión oportuna en nombre y representación del menor (art. 163 del Código Civil)».*

306.- El derecho de dispensa en el caso de los menores testigos, de acuerdo con esta jurisprudencia, se ejercerá directamente por el menor, en el caso de que haya adquirido la madurez suficiente, y por sus representantes legales o, en caso de conflictos de intereses, por el defensor judicial, en los supuestos de menores no maduros. Esta interpretación del alcance de la dispensa persigue, como señala el Alto Tribunal, evitar que lo que es una garantía procesal acabe siendo «una especie de boomerang que se vuelve contra ellos dejándolos desprotegidos y privándoles de la tutela judicial efectiva que han reclamado», un efecto desprotector que se describe en la sentencia de modo muy elocuente:

*«Ha de rechazarse enérgicamente la escena de un menor víctima de corta edad al que se sitúa en la tesitura de decidir si quiere o no declarar, espetándole para que exprese pública y solemnemente si quiere contribuir o no al "encarcelamiento" de un pariente cercano; aquí, su propio padre. Sin la certeza de que el menor reúne las mínimas condiciones de madurez intelectual y emocional para percibir el conflicto, ponderar los intereses enfrentados y tomar una decisión personal, libre y responsable en la medida de sus posibilidades, no puede situarse de manera fría y distante en esa encrucijada, en un trance nada conveniente para su interés y que puede agravar su victimización. No se priva al menor de esa facultad; serán sus representantes legales en la forma prevista en la legislación civil los llamados a decidir sobre su ejercicio.»*

307.- Ciertamente, el umbral de edad a partir del cual se reconoce madurez suficiente a los menores no recibe en nuestro ordenamiento un tratamiento uniforme. Así, los 12 años es la edad a partir de la que el menor debe ser oído en los casos de desavenencia entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad (art. 156 tercer párrafo y 159 CC) y en los procedimientos de separación y divorcio (art. 770.4ª LEC) o se debe contar con su consentimiento para el acogimiento (art. 173.2 CC) o la adopción (art. 177.1 CC). A partir de los 14 años, al menor se le reconoce idoneidad plena para ser testigo en el proceso civil (art. 361 LEC), capacidad para ejercer el derecho de opción por la nacionalidad española (art. 20.2.b CC) y para testar (art. 663 CC). La edad de 16 años es la fijada por el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, para prestar consentimiento informado, siempre que el menor sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la



intervención, con excepción de actuaciones de grave riesgo para su vida e integridad, supuestos en los que en todo caso habrá de manifestar su opinión, y de las intervenciones previstas en el artículo 9.5 de la referida Ley. Asimismo, el Código Penal reconoce a los mayores de 16 años capacidad para consentir libremente relaciones sexuales, salvo en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y los relativos a la prostitución, la explotación sexual y la corrupción de menores, en los que el umbral se sitúa en la mayoría de edad.

308.- En relación con el ejercicio del derecho de dispensa, la STS 1202/2017, de 28 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:1202), en línea con la jurisprudencia expuesta, ha sostenido que la apreciación de la madurez suficiente del menor requiere de un juicio ponderativo, pero *«no cabe duda de que una joven de 17 años, cuya capacidad no está judicialmente modificada, que ha entendido el alcance de la advertencia que se le efectuó y sus consecuencias, reúne las condiciones no solo para ser oída, sino también para que su opinión libremente formada se respete en los aspectos que a ella afectan. Y en lo que ahora nos atañe, a decidir acerca de la dispensa de declarar en contra del acusado que el artículo 416 LECrim reconoce por razón de parentesco»* (FJ 4).

309.- Este es el panorama jurisprudencial que ha podido tener el prelegislador a la hora de configurar el proyectado 416 LECrim. En relación con el establecimiento por parte de la jurisprudencia del criterio de la madurez como determinante para la capacidad de ejercicio del derecho de dispensa, contrasta la opción del anteproyecto de excluir, con carácter general, a los menores de edad del ejercicio de derecho del artículo 416 LECrim, encomendándolo en todo caso a sus representantes legales, y en caso de conflicto de intereses con uno de ellos, al otro, y en última instancia, al Ministerio Fiscal. La exposición de motivos justifica esta regulación en que *«se trata con ello de colmar con ello una laguna existente en nuestro derecho y de dar una pauta clara y homogénea de actuación al órgano instructor»*.

310.- El anteproyecto compatibiliza esta exclusión de los menores de edad del ejercicio del derecho de dispensa con el derecho a ser oído reconocido en el artículo 12.1 de la Convención de Derechos del Niño y establecido por el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, incorporando la previsión de que *«se respetará el derecho de la persona menor de edad de ser oída en los términos establecidos en la legislación vigente»*.



311.- La presunción de incapacidad del menor de edad para ejercer el derecho de dispensa de la que parte el anteproyecto no resulta acorde con el principio bien establecido tanto en el derecho internacional como en nuestro ordenamiento de atender al desarrollo de las capacidades del menor para reconocerle el ejercicio de derechos (art. 5 Convención de Derechos del Niño; art. 2.3 LO 1/1996; art. 162.1º CC). Esta limitación al ejercicio de un derecho constitucional (art. 24.2 CE), claramente conectado con el derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), no parece justificarse en una necesidad imperiosa de proteger a todos los menores, independientemente de su edad y madurez, del trance de decidir por sí mismos el conflicto entre el deber de declarar como testigo y los lazos sentimentales o de solidaridad para con el pariente imputado.

312.- Resulta estimable el propósito del prelegislador de ofrecer una pauta clara y homogénea en la actuación instructora estableciendo un umbral de edad fijo para el ejercicio del derecho de dispensa, pero no resulta razonable excluir en todo caso al menor maduro. Puede discutirse cuál es la edad a partir de la cual cabe estimar la adquisición de la madurez apropiada para afrontar el tipo de decisión que plantea el derecho de dispensa, pero atendiendo a los tres escalones de madurez que establece nuestro ordenamiento cabe señalar que el umbral de 16 años parece suficiente para el ejercicio de este derecho.

313.- La previsión de que en el supuesto de falta de capacidad, el ejercicio del derecho corresponda a los representantes legales del menor resulta indiscutible. Más dudas, sin embargo, ofrece la previsión de que, en caso de conflicto con sus representantes legales, decidirá el Ministerio Fiscal. No debe olvidarse que el Ministerio Fiscal es titular de la acción pública y parte en el proceso (art. 105 LECrim) y, al tiempo, se le encomienda una función tuitiva en el proceso de los intereses del menor (art. 2.5.c LO 1/1996). Sin embargo, la regulación proyectada comporta un riesgo de confusión entre la misión de promover la acción de la justicia en la persecución del delito y la encomienda al ministerio público de proteger el interés superior del menor a la hora de ejercer el derecho de dispensa. Atribuir al Ministerio Fiscal, en caso de conflicto de intereses del menor con sus representantes legales, la decisión de si este declarará o no como testigo en la fase de instrucción puede comportar una apariencia de falta de neutralidad. Los riesgos señalados podrían sortearse acudiendo a la institución prevista con carácter general para los casos de conflicto de intereses que es el defensor judicial (art. 163 CC) y que ha sido expresamente señalada por la jurisprudencia como la vía procedente del ejercicio del derecho de dispensa en este tipo de supuestos. Es la figura del defensor judicial, por lo demás, la solución



prevista, con carácter general, para los casos de víctimas menores de edad respecto de las que se aprecie la existencia de conflicto de intereses con sus representantes legales (art. 26.2.a Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito), en el marco de lo establecido por el artículo 24.1.b de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos.

314.- Por otro lado, en el esquema proyectado la previsión de que el menor sea oído siempre tanto si el ejercicio del derecho de dispensa corresponde a los representantes legales como al Ministerio Fiscal plantea dudas acerca del objeto y el valor de la declaración del menor, si bien resulta razonable partir de que la materia propia de la escucha sea la comprobación de un eventual conflicto de intereses.

315.- En relación con las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, debe señalarse, asimismo, que la atribución en todo caso del ejercicio del derecho de dispensa a los representantes legales no se ajusta a la reforma en trámite de nuestra legislación en materia de protección de la discapacidad en la que se opta, decididamente, por un nuevo paradigma en torno al cual se estructura el régimen jurídico civil y procesal de la discapacidad, que gravita en torno a la consideración de que las personas que sufren algún tipo de discapacidad, física, psíquica, intelectual, sensorial o funcional, son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones que las demás personas, y con acceso al sistema de apoyos que se diseña para el pleno y adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones. La redacción proyectada, por tanto, del artículo 416.a, tercer párrafo, LECrim deberá acompañarse al nuevo régimen de ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad.

316.- El anteproyecto introduce un cuarto párrafo en el artículo 416.a LECrim en el que se establece un límite al derecho de dispensa 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, u otro régimen de representación legal, o integrada de hecho en su núcleo de convivencia familiar.

317.- Ya se ha puesto de manifiesto que el derecho configurado en el artículo 24.2 CE, desarrollado por el artículo 416 LECrim, es un derecho de configuración legal, correspondiendo, por tanto, al legislador un amplio margen en el establecimiento de su extensión y límites. En el presente





caso, el prelegislador ha primado el deber de colaboración con la Justicia (art. 118 CE) frente a las consideraciones de protección de la intimidad familiar (art. 18.1 CE) en razón de la especial vulnerabilidad de las víctimas. El establecimiento de este límite al derecho de dispensa ha de valorarse favorablemente pues constituye una restricción justificada en un interés público prevalente en la investigación penal de los delitos en que sean víctimas menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

#### IV

318.- Buena parte de las modificaciones de la LECrim introducidas por la disposición final tercera del Anteproyecto tienen por objeto establecer una nueva regulación de la prueba preconstituida tanto en el procedimiento ordinario como en el procedimiento abreviado más completa y protectora de las personas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección.

319.- Se incorpora un **nuevo artículo 448 bis LECrim** que establece el carácter obligatorio de la prueba preconstituida de la exploración de las personas menores de 14 años y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección tanto como víctimas, como testigos en la fase de instrucción de un procedimiento que tenga por objeto delitos cuyo bien jurídico protegido esté constituido por bienes de carácter personal («homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo»). Asimismo, fuera de estos supuestos, con carácter subsidiario, la prueba preconstituida tiene carácter facultativo respecto de *«cualquier persona mayor de catorce años»*, en atención de su especial vulnerabilidad y de la naturaleza del delito.

320.- Se establece en el nuevo artículo 448 bis LECrim el conjunto de salvaguardas procedimentales que debe respetarse en la producción de la prueba a fin de satisfacer los requerimientos del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). La incorporación de la prueba preconstituida al juicio oral se regula en el artículo 703 bis LECrim, estableciendo que la reproducción en la vista de la grabación procederá a instancia de la parte interesada, sin que sea necesaria la presencia de la persona explorada, salvo cuando lo acuerde motivadamente el Juez o el Tribunal en el caso de que lo solicite la representación procesal de ésta o



que la prueba preconstituida no reúna los requisitos del artículo 448 bis y cause indefensión a alguna de las partes.

321.- Las modificaciones que afectan al segundo párrafo del artículo 707 LECrim y al apartado 2 del artículo 730 LECrim son meramente técnicas, incorporando en la redacción de los preceptos las oportunas remisiones a los nuevos artículos 703 bis y 448 bis. Finalmente, se adiciona un apartado 3 al artículo 777 LECrim y un apartado 2 al artículo 788 LECrim mediante los que se incorpora el régimen de la prueba preconstituida en el procedimiento abreviado.

322.- Debe adelantarse que la regulación proyectada merece un juicio positivo por cuanto, en líneas generales, expresa un equilibrio razonable, respetuoso con los derechos de defensa del investigado/acusado, por un lado, y garante de los derechos de víctimas y testigos menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, evitando los riesgos de victimización secundaria derivados de la reiteración de declaraciones en el proceso y la prolongación de las actuaciones. De este modo cabe apreciar que la opción proyectada se sitúa en línea con los estándares fijados en esta materia por normas internacionales y de derecho de la Unión Europea, se adecúa a la doctrina constitucional y recoge los desarrollos jurisprudenciales impulsados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

323.- En el ámbito internacional, el Convenio del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual de 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote) dispone en su artículo 35.2 la necesidad de adoptar medidas para que las entrevistas a los menores víctima de esta clase de delitos sean grabadas y que esas grabaciones puedan ser aceptadas como prueba en el juicio oral. Asimismo, en el marco del denominado *soft law*, las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, contienen la recomendación (Regla 37) de *«la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad. A estos efectos, puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales»*.

324.- En el marco del Derecho de la Unión Europea, la Directiva 2012/29/UE, de derechos y protección de las víctimas de los delitos,



establece la obligación de los Estados miembros de garantizar que «*en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en los procesos penales*» (art. 24.1.a), debiendo determinar el Derecho nacional las normas procesales de estas grabaciones nacionales y su uso. También la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, establece la obligación de los Estados miembros de garantizar que las declaraciones de los menores víctima o testigo sean grabadas por medios audiovisuales y que puedan ser admitidas tales grabaciones como prueba en el proceso penal (art. 20.4).

325.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad de las declaraciones de los menores de edad en fase de instrucción y su compatibilidad con el derecho al proceso justo o equitativo (art. 6.1 CEDH), en particular, con el derecho del acusado a interrogar a los testigos (art. 6.3.d CEDH). Desde la Sentencia S.N. c. Suecia, de 2 de julio de 2002, el Tribunal ha venido sosteniendo de manera sistemática que las medidas de protección de los menores de edad por razón de su especial vulnerabilidad para evitar su victimización a lo largo del proceso son compatibles con el derecho del imputado a un juicio justo siempre que se garantice la oportunidad de la defensa de formular preguntas al menor, directa o indirectamente (SSTEDH Bocos-Cuesta c. Holanda, de 24 de abril de 2007; W. c. Finlandia, de 10 de mayo de 2007; A.H. c. Finlandia, de 27 de enero de 2009; A.S. c. Finlandia, de 28 de septiembre de 2010).

326.- Nuestro Tribunal Constitucional ha interpretado el alcance del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) de acuerdo con el estándar fijado por el Tribunal de Estrasburgo (art. 10.2 CE). Así, en la STC 174/2011, de 7 de noviembre, ha sostenido que la regla general conforme a la cual las pruebas deben ser presentadas en el juicio oral en presencia del acusado y sometidas al principio de contradicción puede ser sometida a «*modulaciones y excepciones [que] atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado [...] En el caso del testimonio de los menores de edad que han sido víctimas de un delito contra la libertad sexual, la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo*



*personal [...] En definitiva, en estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral» (FJ 3). Este estándar de validez constitucional de la declaración de menores de edad como prueba constituida ha sido reiterado en la STC 57/2013, de 11 de marzo.*

327.- Desde la importante STS 1804/2009, de 10 de marzo, [ECLI:ES:TS:2009:1804], la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha mantenido una extensa y consolidada jurisprudencia que admite la plena validez de la exploración de menores como prueba preconstituida en aquellos casos en que concurra una causa legítima que impida la presencia del menor en el plenario, a fin de evitarle daños psicológicos, y se respete escrupulosamente en la práctica de la diligencia el principio de contradicción y el derecho de defensa. Es necesaria la presencia de las partes, aunque se realice sin confrontación visual (asistiendo a la exploración mediante videoconferencia o usando las denominadas cámaras Gesell), y debe poderse formular preguntas en el mismo acto o con posterioridad. Sin ánimo exhaustivo, cabe citar entre otras las siguientes resoluciones: SSTS 2887/2013, de 5 de junio [ECLI:ES:TS:2013:2887]; STS 4426/2015, de 14 de octubre [ECLI:ES:TS:2015:4426]; 3643/2016, de 22 de julio [ECLI:ES:TS:2016:3643]; 3745/2017, de 23 de octubre [ECLI:ES:TS:2017:3745]; 1891/2018, de 23 de mayo [ECLI:ES:TS:2018:1891]; 2354/2018, de 18 de junio [ECLI:ES:TS:2018:2354].

328.- Debe ponerse de manifiesto que la jurisprudencia parte de que la apreciación de la causa legítima que habilita la práctica de la prueba reconstituida precisa de una valoración del Juez a partir de un informe pericial en el que se ponga de manifiesto el riesgo de victimización secundaria para el menor. Se trata, pues, de un juicio casuístico, dependiente de las circunstancias del caso, y así, por ejemplo, puede identificarse supuestos en la jurisprudencia en que el Tribunal Supremo considera que no concurría causa legítima para la práctica de la prueba preconstituida porque la edad de los menores y las circunstancias concurrentes hacían perfectamente posible el interrogatorio en juicio (STS 4521/2016, de 11 de octubre [ECLI:ES:TS:2016:4521]: se considera que no está acreditado el impacto emocional que justifique relevar al menor de



comparecer en juicio, teniendo en ese momento 14 años y 9 meses; STS 3238/2017, de 17 de julio [ECLI:ES:TS:2017:3238]: dada la edad de los menores, 11 años, se considera posible el interrogatorio en juicio).

329.- De la jurisprudencia expuesta tanto del TEDH como del TC y del TS cabe derivar la idea de que la prueba preconstituida modula o matiza la regla general de producción de la prueba en el juicio oral sometida a los principios de inmediación y contradicción y que tiene, en cierto sentido, un carácter excepcional, en la medida en que ha de venir justificada por una causa legítima, apreciada caso a caso. De este entendimiento se aparta, en cierto modo, la regulación proyectada al configurar la exploración de los menores de 14 años y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección como obligatoria cuando se trate de la investigación de alguno de los delitos enumerados por el precepto.

330.- En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que configurar la prueba preconstituida en estos supuestos con carácter obligatorio no vulnera el artículo 24.1.a de la Directiva 2012/29/UE.

331.- En este sentido, hay que recordar que, en relación con la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, el Tribunal de Justicia ha subrayado la obligación de los Estados Miembros *«de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, un procedimiento especial, como el incidente de práctica anticipada de la prueba previsto en el Derecho de un Estado miembro y las formas particulares de declaración asimismo previstas, cuando dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública»* (STJUE Maria Pupino, de 16 de junio de 2005, C-105/03, p. 56). Ahora bien, lo exigido por el Derecho de la Unión Europea es que el Derecho nacional prevea *la posibilidad* de la prueba preconstituida, pues como ha puesto de manifiesto la sentencia X e Y, de 21 de diciembre de 2011, C-507/10, *«[s]i como se señaló, anteriormente, deben preverse por los Estados miembros medidas específicas a favor de las víctimas especialmente vulnerables, de ello no resulta necesariamente un derecho a favor de dichas víctimas de disfrutar, en cualquier caso, de un régimen como el del incidente probatorio durante la fase de instrucción, a fin de alcanzar los objetivos perseguidos por la Decisión marco»*.

332.- En los ordenamientos procesales de los países de nuestro entorno, la declaración del menor de edad en la fase de investigación con valor de prueba preconstituida se prevé como posibilidad abierta al Juez en atención



de las circunstancias, pero no como diligencia obligatoria por debajo de determinado umbral de edad (art. 392.1 bis *Codice de procedura penale*; art. 706-52 *Code de procedure penal*; art. 255a, segundo párrafo, *Strafprozessordnung*).

333.- La opción del prelegislador elimina para un amplio grupo de casos la apreciación casuística de la concurrencia de una causa legítima consistente en un riesgo de victimización y parte de la presunción legal de la necesidad de proteger a las víctimas o testigos menores de 14 años o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Se configura así una medida de protección procesal que, desde el punto de vista de la Directiva, cumple con el objetivo de protección establecido por el Derecho de la Unión Europea y que, desde el punto de vista de modulación o matización del derecho a un proceso con todas las garantías, está justificada por razones victimológicas: el prelegislador puede asumir razonablemente que estas dos categorías de personas por su especial vulnerabilidad tienen en todo caso un riesgo de victimización secundaria consistente en un mayor estrés emocional, angustia, depresión o miedo, que puede interferir en el proceso terapéutico de recuperación. Hay que añadir, por otro lado, que la preconstitución de la prueba en estos casos también encontraría justificación en razones epistémicas, pues al propiciar que la fuente de prueba se produzca en un espacio temporal relativamente corto se evitarían los riesgos de contaminación de la prueba como consecuencia de la fragilidad de la memoria de este tipo de personas, la reelaboración de los recuerdos o su bloqueo, tal y como ha señalado la psicología evolutiva en relación con esta categoría de testimonios.

334.- La configuración legal de la prueba preconstituida contribuye a la claridad en su aplicación y redundante, por ello, en una protección homogénea y sin fallas para todas las personas a las que el prelegislador estima, en todo caso, necesitadas de una especial protección. Debe advertirse, sin embargo, que de acuerdo con la jurisprudencia, la especial vulnerabilidad que justifica la excepción al régimen ordinario de la práctica de la prueba en el juicio oral concurre cuando se trate de menores de edad, o personas con discapacidad. Por ello la previsión la opción del prelegislador de facultar la práctica de prueba preconstituida respecto de «cualquier persona mayor de catorce años» debería limitarse a las personas menores de edad, mayores de catorce años. La regulación aplicable a la preconstitución de la prueba a la declaración de personas mayores de edad debe ser la prevista con carácter general en el artículo 448 LECrim.

335.- El precepto, por lo demás, establece de manera completa todas las garantías que deben rodear la prueba: principio de contradicción,



documentación de la exploración e intervención de personas expertas en la toma de declaración. La regulación debe valorarse positivamente pues dota de mayor precisión al procedimiento, incorporar plenamente las exigencias derivadas de la jurisprudencia del TEDH y del TC en relación con el derecho del acusado a interrogar a los testigos y establece los medios técnicos y personales necesarios para que la declaración se produzca en un entorno favorable y no invasivo para los testigos.

336.- Cabe realizar, sin embargo, alguna apreciación respecto de la exigencia de que «el investigado deberá estar presente en la exploración». Es cierto que el vigente artículo 448 LECrim dispone que el Juez realizará el examen del testigo «a presencia del procesado y de su abogado defensor», exigencia legal de la que algunas sentencias del Tribunal Supremo han derivado la ineficacia probatoria de las diligencia testificales producidas en la fase de instrucción al haberse realizado sin la presencia del inculpado, aunque sí de su letrado (SSTS 977/2009, de 24 de febrero [ECLI:ES:TS:2009:977]; y 1631/2009, de 2 de marzo [ECLI:ES:TS:2009:1631]). Ahora bien, existe también una doctrina de la Sala Segunda que mantiene que la no presencia del imputado es una irregularidad procesal que no determina, sin embargo, la exclusión de la prueba, salvo resulta una indefensión constitucional relevante (SSTS 659/2008, de 16 de enero [ECLI:ES:TS:2008:659]; 1804/2009, de 10 de marzo [ECLI:ES:TS:2009:1804]; 3920/2016, de 26 de julio [ECLI:ES:TS:2016:3920]); 101/2017, de 19 de enero [ECLI:ES:TS:2017:101]). En este sentido, el propio Tribunal de Estrasburgo ha admitido la validez de las declaraciones de menores en fase de instrucción aún sin la presencia del imputado pero con la posibilidad de que el abogado de la defensa pudiera formular preguntas (Sentencia S.N. c. Suecia.).

337.- A la vista de lo anterior, en atención, justamente, de la prevalencia de la necesidad de protección del menor o persona con discapacidad en que se fundamenta el nuevo régimen legal proyectada, parece más apropiado acudir, en este caso, a la técnica adoptada en la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, en su artículo 433 y considerar necesaria la presencia de la asistencia letrada del investigado y la citación de la persona encausada, pero no su presencia efectiva. Exigir la presencia del investigado en la práctica de la exploración comporta el riesgo de dejar al albur de la voluntad la eficacia de la medida de protección procesal de los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.



338.- Debe subrayarse que la eficacia y viabilidad del nuevo régimen proyectado de prueba preconstituida exigirá la puesta a disposición por parte de las Administraciones competentes, de forma perentoria, de los medios personales (personal experto para practicar las exploraciones) y materiales (soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, medios técnicos para evitar la confrontación visual con la persona explorada). Además, la dependencia de la aplicación de las previsiones procesales de la disponibilidad de estos medios determinará la necesaria colegiación de esfuerzos tanto del órgano jurisdiccional como de las administraciones prestadoras de medios personales y materiales. En este sentido, cabe señalar la positiva experiencia en la aplicación del vigente régimen contenido en los artículos 433 y 448 CP, modificados por la Ley 4/2015, de 27 de abril, derivada del protocolo de actuación adoptado en el Decanato de los Juzgados de Valencia.

339.- Finalmente, el artículo 448 bis LECRim proyectado dispone que *«las medidas previstas en este artículo no serán aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve»*. La ubicación de esta previsión en la economía del precepto determina que opere como cláusula de exclusión referida tanto a los supuestos de prueba preconstituida obligatoria como a los supuestos de prueba preconstituida de carácter facultativo (mayores de 14 años a la vista de su especial vulnerabilidad y de la naturaleza del delito cometido, para evitar causar un perjuicio irreparable).

340.- El alcance general de la exclusión de la prueba preconstituida en relación con los delitos leves no resulta acertado. Puede considerarse procedente y justificada la exclusión de este tipo de delitos del carácter obligatorio de la prueba preconstituida, pues el legislador legítimamente puede considerar que en este tipo de ataques de escasa entidad a bienes de tipo personal (por ejemplo, imprudencia grave con resultado de muerte-art. 142.2 CP; imprudencia menos grave con resultado de lesiones -art. 152.2 CP; detención por particular para presentar a la autoridad -art. 163.4 CP) no cabe presumir de forma general que existe en todo caso un riesgo de victimización secundaria. Ahora bien, no resulta igualmente plausible que no se habilite al Juez la apreciación casuística de la concurrencia de esa causa legítima que justifique la preconstitución de la prueba: las hipótesis de riesgo de victimización secundaria en supuestos de delitos leves pueden ser excepcionales, pero no por ello inexistentes, y sería bueno mantener cierta flexibilidad en la regulación, huyendo de opciones rígidas y uniformizadoras que puedan generar lagunas de protección.





**e) Modificaciones de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores**

**I**

341.- La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, introduciendo un nuevo artículo 72 bis con el siguiente tenor:

«Uno. La Administración penitenciaria elaborará programas específicos para los internos condenados por delitos relacionados con la violencia contra la infancia y adolescencia, al objeto de desarrollar en ellos una actitud de respeto hacia los derechos de niñas, niños y adolescentes, en los términos que se determinen reglamentariamente.

Dos. Las Juntas de Tratamiento valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de los internos a que se refiere el apartado anterior.»

342.- La previsión normativa constituye una especificación de la finalidad reeducadora de la pena en relación con las peculiaridades de la delincuencia contra la infancia y adolescencia y configura el tratamiento reeducador para los penados por este tipo de delitos en línea con las previsiones contenidas en el artículo 36.2 y 3 del Código Penal en la redacción dada por el Anteproyecto que gradúa el acceso a los beneficios penitenciarios a los progresos alcanzados por estos condenados en el objetivo de reinserción social. Por ello, la reforma merece una valoración positiva.

**II**

343.- La disposición final novena modifica el artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, introduciendo dos últimos párrafos, en los que se regulan los derechos de las víctimas cuando se trate de un delito de violencia de género cometido por un menor. En particular, se reconocen los siguientes derechos:

- Derecho a que le sean notificadas por escrito, mediante testimonio íntegro, las medidas cautelares de protección adoptadas, debiendo comunicarse tales medidas a las Administraciones públicas competentes para su adopción.



- Derecho a ser informada permanentemente de la situación procesal del presunto agresor, en particular, de la concesión de permisos y salidas del centro de internamiento del presunto agresor.

344.- La incorporación de estos derechos de la víctima de violencia de género en la Ley de responsabilidad del menor viene a dar traslado en esta norma procesal de la previsión que con carácter general se contiene en el artículo 5.3 del Estatuto de la Víctima, lo que redundará en una mayor seguridad al dejar clara la exigibilidad de estos derechos también en el ámbito de la justicia de menores.

**f) Modificaciones de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial**

**I**

345.- La Disposición final séptima del Anteproyecto modifica diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) para dar cabida a las disposiciones por virtud de las cuales se regula la formación de los aspirantes a la Carrera Judicial y Fiscal, de sus integrantes, de los Letrados y del personal de la Administración de Justicia en materia de derechos de la infancia y la adolescencia y sobre su tutela judicial.

346.- Modifica, así, el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 307 LOPJ, que pasa a tener la siguiente redacción:

«[L]a fase teórica de formación multidisciplinar incluirá el estudio en profundidad de la legislación nacional e internacional sobre los derechos de la infancia y la adolescencia, con especial atención a la Convención sobre los Derechos del Niño y sus observaciones generales».

347.- Se modifica asimismo el artículo 310, que queda redactado como sigue:

«[T]odas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las Carreras Judicial y Fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia de género, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional.



Asimismo, las pruebas selectivas contemplarán 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. El temario deberá garantizar la adquisición de conocimientos sobre normativa interna, europea e internacional, con especial atención a la Convención sobre Derechos del Niño y sus observaciones generales».

348.- Se modifica también el apartado 5 del artículo 433 bis, para darle la siguiente redacción:

«5. El Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contemplará la formación de los Jueces y Magistrados en el principio de igualdad entre mujeres y hombres y la perspectiva de género. Asimismo, el Plan contemplará la formación de Jueces y Magistrados en materia de derechos de la infancia y adolescencia.

La Escuela Judicial impartirá anualmente cursos de formación sobre la tutela jurisdiccional del principio de igualdad entre mujeres y hombres y la violencia de género, así como sobre la tutela judicial de los derechos de niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de incluir dicha formación de manera transversal en el resto de cursos. En todo caso, en los cursos de formación se introducirá el enfoque de la discapacidad de los niños, niñas y adolescentes».

349.- Por último, la disposición final séptima modifica el apartado 2 del artículo 434, al que da la siguiente redacción:

«2. Tendrá [el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia] como función la colaboración con el Ministerio de Justicia en la selección, formación inicial y continuada de los miembros de la Carrera Fiscal, de los Letrados de la Administración de Justicia y demás personal al servicio de la Administración de Justicia.

El Centro de Estudios Jurídicos impartirá anualmente cursos de formación sobre el principio de igualdad entre mujeres y hombres y su aplicación con carácter transversal por los miembros de la Carrera Fiscal, el Cuerpo de Letrados y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, así como sobre la detección y el tratamiento de situaciones de violencia de género.

Asimismo, el centro de Estudios Jurídicos impartirá anualmente cursos específicos de naturaleza multidisciplinar sobre la tutela judicial de los derechos de la infancia y la adolescencia. En todo caso, en los cursos de formación se introducirá el enfoque de la discapacidad de los niños, niñas y adolescentes».



350.- Tanto en la Exposición de Motivos como en la MAIN que acompaña el Anteproyecto normativo se explica que las modificaciones propuestas responden a la necesidad de ofrecer una formación especializada en las Carreras Judicial y Fiscal –y en el Cuerpo de Letrados y demás personal de la Administración de Justicia, se debería añadir- sobre los derechos de la infancia y la adolescencia y su tutela jurisdiccional, que es exigida por toda la normativa internacional en la medida en que las materias relativas a la infancia y a personas con discapacidad se refieren a colectivos vulnerables.

351.- En efecto, dentro del enfoque “*holístico*” de la aplicación de los artículos 4 y 19 de la Convención –utilizando el término empleado por la Observación General nº 13 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011)-, que se refieren a las medidas de carácter general de distinta naturaleza –legislativas, administrativas, sociales y educativas- que han de adoptar los Estados Partes para la protección de los niños y niñas en el marco de las obligaciones de la Convención, y siempre en atención al interés superior de los mismos, se encuentra la especialización de, en lo que ahora interesa, quienes desde los juzgados y tribunales y desde la Administración de Justicia intervienen en la tutela judicial de los derechos de aquellos.

352.- De este modo, en las Observaciones finales relativas a España en el 55º periodo de sesiones (de 13 de septiembre a 1º de octubre de 2010, CRC/C/ESP/CO/3-4), el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado español que adoptara *«[t]odas las medidas adecuadas para asegurarse de que el principio del interés superior del niño oriente todas las medidas y decisiones que adopten los gobiernos central y autonómicos en relación con las disposiciones jurídicas, así como las decisiones judiciales y administrativas que repercutan en los niños»*; y en concreto, que *«[E]valúe las consecuencias que tengan las medidas y decisiones adoptadas por los gobiernos en el interés superior del niño, a fin de mejorar su propia idea al respecto y su orientación sobre lo que constituye el “interés superior”, e imparta capacitación a todos los responsables de la adopción de decisiones (entre otros, jueces, funcionarios públicos y órganos legislativos)»*.

353.- También en las Observaciones finales relativas a España aprobadas en el 77º periodo de sesiones (14 de enero a 2 de febrero de 2018, CRC/C/ESP/CO/5-6), el Comité recomendó al Estado español que: *«[...] a) Intensifique esfuerzos para asegurar que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial esté incorporado de manera apropiada y sea interpretado y aplicado de manera consistente en todas las actuaciones y decisiones legislativas, administrativas y judiciales y en todas las políticas, los programas y los proyectos pertinentes que tengan*



*un efecto en los niños; b) Formule procedimientos y criterios uniformes para brindar a todas las personas competentes en posiciones de autoridad la orientación necesaria para determinar el interés superior del niño en todos los ámbitos y para otorgar la debida consideración primordial a ese principio; y c) Imparta a los profesionales que trabajan con los niños y para ellos formación sobre la manera de determinar el interés superior del niño».*

354.- A modo de digresión, dado su paralelismo con la materia objeto del proyecto normativo que se informa, y en la medida en que en ellas también se abunda en la especialización profesional, cabe indicar que en las Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 9 de abril de 2019, el Comité recomienda al Estado español que «[S]iga proporcionando formación a profesionales, y entre ellos jueces y agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, profesionales del sector sanitario y profesores, así como al personal que trabaja con las personas con discapacidad, al objeto de fomentar su sensibilización sobre los derechos que establece la Convención [Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006] (apartado 7, letra c, de las Observaciones)»; y más adelante recomienda al Estado español que «[G]arantice programas de formación de manera periódica y campañas de concienciación, dirigidos a abogados, funcionarios de los tribunales, jueces, fiscales y agentes del orden público, incluidos los agentes de la policía y los funcionarios de instituciones penitenciarias, sobre la necesidad de garantizar a las personas con discapacidad el acceso a la justicia» (apartado 25, letra c, de las Observaciones).

355.- Ya en sede doméstica, el informe de la Subcomisión de Estudio para abordar el problema de la violencia contra los niños y las niñas (BOCD núm. 696, de 2 de julio de 2015), incluye, entre sus conclusiones y propuestas – en particular, en las relativas a Justicia, Leyes y Estrategias-, la formación y la especialización de los jueces, fiscales y abogados en la lucha contra la violencia infantil.

356.- Y el Pacto de Estado contra la violencia de género instó a una formación especializada más amplia, no solo en dicha materia y respecto de los juzgados especializados en la misma, sino también respecto de los jueces de familia y de menores.

357.- Cabe añadir que la sensibilización, la información y los programas de formación se encuentran, por lo demás, en la base de los principios y las políticas de actuación que, siempre desde un enfoque integrador, se



contienen en otros instrumentos internacionales ratificados por España, como el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. También, en otro ámbito concurrente con la protección de los derechos de niños y niñas, se encuentran en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (artículo 4.1.i).

358.- Es en este marco donde se sitúan las modificaciones propuestas por el prelegislador, que en esencia tienen por objeto facilitar a los integrantes de las Carreras Judicial y Fiscal, así como a los Letrados y demás personal de la Administración de Justicia, el conocimiento y la formación necesaria en materia de tutela de los derechos de la infancia y adolescencia conforme al principio básico de protección del interés superior del menor, tanto en la fase de selección, como en las fases de formación inicial y de formación continuada e internacional.

359.- Cumple recordar, en este punto, que el estatuto jurídico de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial así como del personal al servicio de la Administración de Justicia, es decir, el conjunto de derechos y deberes de quienes forman parte de aquel y de esta, está sujeto al principio de reserva de ley y, por ende, cualificada, en la medida en que ha de ser regulado por ley orgánica, y específicamente por la LOPJ, tal y como se deriva del mandato del artículo 122.1 CE (SSTC 60/1986 y 108/1986). Por tanto, cuestiones como la selección, el nombramiento, los destinos, los ascensos, el régimen disciplinario etc., deben estar al margen de la regulación gubernamental, lo que no excluye la posibilidad de que determinados aspectos secundarios puedan ser regulados reglamentariamente. Como precisa la STC 105/2000, de 13 de abril, «[...] nada impide que una vez regulados por la LOPJ la constitución, el funcionamiento y el gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera (Art. 122.1), la misma Ley Orgánica pueda atribuir al Gobierno de la Nación o al Consejo General del Poder Judicial, indistintamente, competencias sobre todas aquellas materias que no afecten a dicho marco de atribuciones, constitucionalmente reservado al Consejo a través de la precisión que haga la LOPJ».



360.- La regulación que hace la LOPJ de la selección y formación de jueces y magistrados se asienta sobre tal principio de reserva de ley orgánica, y con base en el mismo se produce la atribución competencial que, con carácter general, se contiene en el artículo 560.1-7º LOPJ, y de manera más concreta se desarrolla en los artículos 301 a 315, 433 bis y 434 LOPJ. Y también sobre la base de esta configuración de competencias se encuentra el desarrollo reglamentario de la selección y formación de los jueces y magistrados que se contiene en el Reglamento 2/2011, de 28 de abril, de la Carrera Judicial.

361.- Por otra parte, cabe recordar que, como es sabido, las Comunidades Autónomas pueden tener competencias sobre la denominada "administración de la Administración de Justicia", es decir, sobre el conjunto de medios materiales y personales dispuestos para el ejercicio de la función jurisdiccional. La STC 105/2000, de 13 de abril, recoge la doctrina de dicho Tribunal acerca de la distribución de competencias en materia de Administración de Justicia, contenida fundamentalmente en las SSTC 108/1986, de 29 de julio, 56/1990, de 29 de marzo, y 62/1990, de 30 de marzo. Conforme a la misma, *«[e]l artículo 149.1.5ª CE reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia»* y *«[e]llo ha exigido distinguir entre la Administración de Justicia en sentido estricto y en sentido amplio»*. Sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá al tratar de la proyectada regulación legal de la composición y funcionamiento de los equipos técnicos adscritos a la también proyectada jurisdicción especializada en infancia, familia y capacidad, se ha de incidir ahora en que esa diferencia tiene valor esencial para discernir entre la función jurisdiccional propiamente dicha y la ordenación de los elementos intrínsecamente unidos a la determinación de la independencia con que debe desarrollarse, por un lado, y a otros aspectos que, más o menos vinculados a lo anterior, le sirven de sustento material o personal, por otro.

362.- Pues bien, las modificaciones propuestas por el prelegislador orgánico para incorporar, en el marco normativo de la LOPJ, la formación sobre la protección de la infancia y la adolescencia, por una parte responden a los requerimientos que se derivan de los instrumentos y las recomendaciones de los organismos internacionales; por otra se ajustan al principio de reserva de ley, y de reserva cualificada, que ha de marcar los límites y las pautas del desarrollo reglamentario que eventualmente lleve a cabo el Consejo General del Poder Judicial, concretamente en el seno del Reglamento de la Carrera Judicial; y por otra, respetan el marco de distribución de competencias en la regulación de la Administración de Justicia, al tiempo que han de servir de base para la articulación de los también eventuales instrumentos de colaboración entre este órgano de



gobierno del Poder Judicial y las distintas Administraciones públicas con competencia en materia de Administración de Justicia para el desarrollo de planes y programas formativos sobre esta materia. Desde esta perspectiva, ninguna tacha merecen la modificaciones propuestas por el prelegislador.

363.- Sin perjuicio de la valoración general positiva que merece la disposición examinada, cabe hacer respecto de ella las siguientes consideraciones:

- a) La nueva redacción del apartado 2 del artículo 307 LOPJ desplaza su actual segundo párrafo, conforme al cual «[E]n la fase teórica de formación multidisciplinar se incluirá el estudio en profundidad de las materias que integran el principio de no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres, y en particular de la legislación especial para la lucha contra la violencia sobre la mujer en todas sus formas», para contemplar únicamente la formación teórica multidisciplinar que «[i]ncluirá el estudio en profundidad de la legislación nacional e internacional de los derechos de la infancia y la adolescencia, con especial atención a la Convención sobre los Derechos del Niño y sus observaciones generales». Conviene recordar que el vigente segundo párrafo del artículo 307.2 fue introducido por la Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, la cual, en su Preámbulo (apartado I), dice:

“El Informe para un Pacto en materia de violencia de género aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 28 de septiembre de 2017, así como el Informe de la Ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género, aprobado por el Pleno del Senado de 13 de septiembre de 2017, y posteriormente suscrito el día 27 de diciembre por Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Consejo General del Poder Judicial, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil, todos ellos agentes esenciales en el desarrollo del Pacto, acordó avanzar hacia una efectiva formación y especialización en violencia de género de los profesionales que trabajan este ámbito, por ser un elemento clave para una adecuada respuesta judicial. Dentro del apartado 5, dedicado al «Impulso de la formación que garantice la mejor respuesta asistencial», incluye medidas dirigidas a profundizar en la formación de los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal. En concreto, la medida número 159 insta a una formación especializada más amplia en dichas materias tanto de los juzgados especializados en violencia de género, como también de los jueces y juezas de familia y de menores. La medida número 160 contiene un mandato de aumento de la capacitación judicial en «Derecho antidiscriminatorio, incluyendo la perspectiva de género y la





transversalidad, en las oposiciones a judicatura, Escuela Judicial y formación continua anual impartida por el Consejo General del Poder Judicial, pasando esta materia a ser obligatoria y evaluable». Asimismo, obliga a una reforma legal para introducir pruebas específicas en violencia de género, como requisito para concursar a órganos judiciales especializados”.

Y el apartado II del mismo Preámbulo, bajo el epígrafe: *“de la inclusión de materias específicas en las pruebas de selección y de la formación especializada en la Escuela Judicial y la formación continua de las Carreras Judicial y Fiscal”*, indica:

“El Consejo General del Poder Judicial posee las competencias en materia de selección, formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de jueces y magistrados. El tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, revela la necesidad de mejorar la formación y adquisición de conocimientos en materia de principio de no discriminación por parte de los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal. Esta materia comprende, entre otras, el estudio y formación en el principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia sobre la mujer y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional así como la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las normas. A ellas se refieren los artículos 310 y 433 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, tras su redacción por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuando regulan la formación inicial y la continua. El artículo 310 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que todas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las Carreras Judicial y Fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia de género, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional. Con el objetivo de cumplir los objetivos de una formación específica y permanente, se considera necesario que se garantice la adquisición de conocimientos en dichas materias y se ofrezca capacitación para la interpretación y aplicación de las normas con el criterio de igualdad de trato, no discriminación de mujeres y hombres y perspectiva de género, tanto en la fase de oposición como



en el curso teórico práctico seguido en la Escuela Judicial y en la formación continua que se ofrece a las Carreras Judicial y Fiscal”.

A la vista de la previsión legal vigente, y de las razones que han llevado a su inclusión en el apartado 2 del artículo 307 LEC, que atienden a la necesidad de profundizar en la formación y en la capacitación judicial en violencia de género y en derecho antidiscriminatorio, incluyendo la perspectiva de género y la transversalidad tanto en las oposiciones a la judicatura como en el curso teórico-práctico seguido en la Escuela Judicial y en la formación continua, se sugiere reconsiderar la supresión de dicha previsión, y la conveniencia de mantenerla, incorporando al precepto un nuevo párrafo tercero que contemple la formación teórica multidisciplinar en materia de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, en los términos propuestos por el prelegislador.

- b) El segundo párrafo del artículo 310 LOPJ reza: «El temario deberá garantizar la adquisición de conocimientos sobre el principio de no discriminación y especialmente de igualdad entre mujeres y hombres y, en particular, de la normativa específica dictada para combatir la violencia sobre la mujer, incluyendo la de la Unión Europea y la de tratados e instrumentos internacionales en materia de igualdad, discriminación y violencia contra las mujeres ratificados por España». Por las razones expuestas con anterioridad, cabe someter a consideración del prelegislador la conveniencia de mantener la actual redacción de este segundo párrafo, introduciendo un tercer párrafo – acaso articulando el precepto en apartados numerados- para establecer la inclusión en las pruebas selectivas para el ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal de la materia de protección de los derechos de la infancia y adolescencia, en los términos que propone el prelegislador.
- c) El apartado 5 del artículo 433 bis LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2018, establece lo siguiente: «5. El Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contendrá cursos específicos de naturaleza multidisciplinar sobre la tutela judicial del principio de igualdad entre mujeres y hombres, la discriminación por cuestión de sexo, la múltiple discriminación y la violencia ejercida contra las mujeres, así como la trata en todas sus formas y manifestaciones y la capacitación en la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho, además de incluir dicha formación de manera transversal en el resto de cursos».



La modificación propuesta por el prelegislador varía la redacción de este precepto, que pasa a expresarse en los siguientes términos: «5. El Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contemplará la formación de los Jueces y Magistrados en el principio de igualdad entre mujeres y hombres y la perspectiva de género. Asimismo, el Plan contemplará la formación de Jueces y Magistrados en materia de derechos de la infancia y adolescencia»; y a continuación se añade un segundo párrafo a este apartado 5 con el siguiente tenor: «[L]a Escuela Judicial impartirá anualmente cursos de formación sobre la tutela jurisdiccional del principio de igualdad entre mujeres y hombres y la violencia de género, así como sobre la tutela judicial de los derechos de niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de incluir dicha formación de manera transversal en el resto de cursos. En todo caso, en los cursos de formación se introducirá el enfoque de la discapacidad de los niños, niñas y adolescentes». Se sugiere, también aquí, mantener la redacción actualmente vigente, y añadir un segundo párrafo a este apartado 5 referido a la inclusión en el Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial de los contenidos relativos a la protección de la infancia y adolescencia y a la introducción del enfoque de la discapacidad.

## II

364.- La disposición final duodécima contempla la creación de la jurisdicción especializada en Infancia, Familia y Capacidad.

365.- Dispone a tal efecto:

«[E]n el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por el que se configure, dentro del orden jurisdiccional civil, la jurisdicción especializada de Infancia, Familia y Capacidad, regulando asimismo las pruebas selectivas de especialización de Jueces y Magistrados en ese orden, con la consiguiente adecuación de la planta judicial, así como un proyecto de ley ordinaria por el que se regule la composición y funcionamiento de los Equipos Técnicos adscritos a dicha jurisdicción y la forma de acceso a los mismos de acuerdo con los criterios de especialización y formación recogidos en esta ley. En el mismo plazo antes señalado se procederá a la modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a los efectos de



establecer igual especialización de fiscales conforme a su régimen estatutario».

366.- La constitución de órganos judiciales con competencia especializada en la protección de menores y adolescentes ya se contemplaba, como recomendación, en la Observación General del Comité nº 13 (cit.) y en las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España (cit.). En particular, en este último, en su apartado 47, se recomienda que el Estado español: «[...] b) *Aumente el número de jueces especializados en la infancia y vele por que se disponga de juzgados especializados en justicia de menores y de procedimientos que tengan en cuenta las necesidades de los niños y, a este respecto, revise el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 2017 relativo a transferir a los juzgados ordinarios jueces especializados en la infancia*».

367.- En el informe de la Subcomisión de Estudio del Congreso de los Diputados para abordar el problema de la violencia contra los niños y las niñas (cit.) se recoge, entre las conclusiones y propuestas, y bajo el epígrafe "Justicia, leyes y estrategias", la consistente en «10. *Constituir juzgados especializados en violencia contra los niños y las niñas*».

368.- El prelegislador, tanto en la Exposición de Motivos como en la MAIN, explica la propuesta de creación de esta jurisdicción especializada a partir de la consideración de que la aplicación de la ley proyectada exigirá un alto nivel de especialización de todos los profesionales que intervengan con niños, niñas y adolescentes, incluidos los jueces y magistrados. Recuerda que el Pacto de Estado contra la Violencia de Género insta a promover una formación especializada más amplia en dichas materias tanto de los juzgados especializados en violencia de género, como de los jueces y juezas de familia y de menores. «*[E]ste mandato –dice- de aumento de la capacitación judicial conlleva como corolario la especialización de la jurisdicción en el ámbito de protección civil de la infancia y la adolescencia*».

369.- Las razones que, según el prelegislador, abonan la propuesta de creación de la jurisdicción especializada en Infancia, Familia y Capacidad, son diversas. Por una parte, atienden a la reducción de los costes marginales de la resolución de los casos, lo que potencialmente permite acotar la duración de los procedimientos e incrementar la cantidad, la calidad y el acierto de las decisiones adoptadas. La jurisdicción especializada en Infancia, Familia y Capacidad permitirá, a partir de la estructura existente en la actualidad, dar una respuesta más acorde a las necesidades de las personas menores de edad, las consecuencias de la



ruptura de las uniones familiares y de las personas con discapacidad que necesiten apoyos y especial protección.

370.- Se argumenta también que los procedimientos de ruptura familiar generan en los niños, niñas y adolescentes problemas que es necesario abordar desde un conocimiento especializado y multidisciplinar, siendo necesario *«[q]ue los poderes públicos garanticen con medidas eficaces y efectivas el derecho a mantener relaciones con sus progenitores en casos de vida separada de estos, de modo que en –sic- una respuesta rápida y especializada en este ámbito puede jugar un papel esencial en la prevención de la violencia»*.

371.- Añade el prelegislador que la creación de esta jurisdicción especializada, propia e independiente, es necesaria para garantizar la atención adecuada, eficaz e igualitaria en muchas acciones en las que se ven afectados los derechos fundamentales de carácter personal de un gran sector de la población. *«[E]sta especialización –continúa diciendo la MAIN-, junto con la[s] relativa[s] a la capacidad de las personas, se rigen por principios especiales, distintos de los de la generalidad de la jurisdicción civil. Esta especialización ha de abarcar tanto a la primera como a la segunda instancia, así como prever y garantizar en todo el territorio, sin discriminación alguna entre comunidades autónomas ni partidos judiciales, la dotación de servicios psicosociales, especialmente adscritos a cada uno de los Juzgados, en los que deben exigirse idénticas condiciones de formación y especialización»*.

372.- El prelegislador recuerda, por otra parte, que en el Derecho comparado se ofrece desde hace muchos años un tratamiento diferenciado a los conflictos de derecho de familia y de la persona en la medida en que sus características y peculiaridades lo exigen (presencia de materias de orden público, especial tutela del interés del menor y de las personas discapacitadas, la presencia de principios de derecho sustantivo y derecho procesal diferentes del derecho económico y patrimonial, etc.).

373.- Junto con lo anterior, se constata la irrupción desde hace unos años del Derecho Internacional de Familia y del Menor, compuesto por un conjunto de instrumentos internacionales y de normas del Derecho de la Unión Europea. *«[L]a internacionalización de las relaciones familiares y personales y la exigencia internacional de protección a colectivos vulnerables ha provocado en poco tiempo la profusión de normativa internacional, cuya aplicación no está exenta de problemas en la práctica y que dejan prácticamente vacías de contenido las normas internas que*



*regulan estas materias, lo que incrementa las necesidades de esa especialización».*

374.- Y finalmente, se alude al fenómeno del flujo de emigrantes y la internacionalización de la vida social, «*[q]ue han roto este esquema homogéneo de familia abriéndolo a otras formas que gozan de la misma protección constitucional».*

375.- Con esta base, el prelegislador propone a) la creación de lo que denomina "jurisdicción especializada en la Infancia, Familia y Capacidad", dentro del orden jurisdiccional civil; b) la especialización de los jueces y magistrados que han de servir en ese orden jurisdiccional especializado, regulando las pruebas selectivas para ello; c) la configuración –por ley ordinaria- de la composición y funcionamiento de los equipos técnicos adscritos a dicha jurisdicción y la forma de acceso a los mismos de acuerdo con los criterios de especialización y formación recogidos en la Ley Orgánica proyectada; y d) la especialización de los miembros del Ministerio Fiscal en esta materia, con la correspondiente modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

376.- Los argumentos que sirven de justificación a esta propuesta, por su parte, se pueden sistematizar del siguiente modo: i) por su carácter finalista: la necesidad de garantizar la protección adecuada, eficaz e igualitaria de los derechos de la infancia y la adolescencia y la prevención de la violencia, en atención al principio del interés superior del menor, así como la necesidad de ofrecer esa protección de manera uniforme teniendo en cuenta los especiales principios que rigen en esta materia y las especialidades del Derecho internacional; ii) de carácter sociológico: atender a las nuevas formas familiares traídas por la internacionalización de la vida social y la emigración; y iii) de carácter organizativo, estructural y funcional: la reducción de costes marginales de la resolución de los asuntos, la reducción del tiempo de respuesta judicial, y el tratamiento homogéneo de la protección, sin diferencias por razón del territorio.

377.- La primera consideración que debe hacerse sobre esta propuesta normativa es de índole conceptual, antes que terminológico.

378.- La LOPJ contempla, dentro de la jurisdicción ordinaria, cuatro órdenes jurisdiccionales diferentes (artículo 9), a los que atribuye sus respectivas competencias: el orden jurisdiccional civil, el orden jurisdiccional penal, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el orden jurisdiccional social. En algunos de estos órdenes configura órganos jurisdiccionales



atribuyéndoles una competencia especial en determinadas materias, en unos casos de forma exclusiva y excluyente, y en otros de forma exclusiva pero no excluyente. Así, configura y dota de competencia a los juzgados de lo mercantil y a las secciones de las Audiencias Provinciales especializadas en lo mercantil (artículos 86 bis, 80.3 y 82.2-2º y 3º). Y configura, dentro del orden jurisdiccional penal, los juzgados de violencia sobre la mujer (artículo 87 bis), que extienden su competencia por razones funcionales y de conexión a ciertas materias y asuntos de naturaleza civil (artículo 87 ter.2), así como los Juzgados de lo Penal y las secciones de las Audiencias Provinciales especializadas en dicha materia (artículos 89 bis.2, 87 ter y 82.1-3º), además de los juzgados de menores (artículo 96) y los juzgados de vigilancia penitenciaria (artículo 94).

379.- Junto con estos órganos jurisdiccionales especializados –y adviértase que no se alude a órdenes jurisdiccionales especializados- se encuentran aquellos otros que tienen atribuida de forma específica, y también de forma exclusiva y excluyente, o exclusiva y no excluyente, según los casos, el conocimiento de determinadas materias por virtud de lo previsto en el artículo 98.1 y 2 de la LOPJ. De este modo, y en lo que ahora interesa, se ha articulado la “*especialización*” de los juzgados de familia, de los juzgados de incapacidades, y de determinados juzgados de lo penal con competencia en materia de violencia sobre la mujer (con apoyo, en este caso, además, en lo dispuesto en el artículo 89 bis.2 LOPJ).

380.- Esta especialización de órganos jurisdiccionales viene dada por razón de la especialidad de la materia cuyo conocimiento se atribuye y la especialidad de la rama del Derecho aplicable, que justifican la específica configuración de estos órganos jurisdiccionales y la específica configuración y dotación de los medios técnicos, personales y materiales, de los que en cada caso han de disponer.

381.- En algunos de ellos, la especialidad de la materia y del ordenamiento jurídico aplicable es tan intensa que se proyecta sobre el estatuto personal de los jueces y magistrados y justifica la creación de una especialidad dentro de la Carrera Judicial, que, a su vez, incide en la promoción profesional y en la provisión de los destinos en estos órganos jurisdiccionales especializados. En otros casos, la especialidad de la materia y del derecho aplicable, si bien no ha determinado la creación de una especialidad en la Carrera Judicial, sí justifica una especial formación y capacitación de los jueces y magistrados que preferentemente han de servir en tales órganos jurisdiccionales.



382.- A reserva de su definitiva configuración en la prevista futura ley orgánica de modificación de la LOPJ, la "jurisdicción especializada" que prevé la disposición final duodécima del Anteproyecto parece identificarse con la creación de órganos jurisdiccionales que, dentro del orden jurisdiccional civil, estarán especializados en materia de infancia, familia y capacidad, y la especialización de jueces y magistrados en dicha materia, obtenida a través de las pruebas selectivas que se establezcan en la futura ley orgánica de reforma, tendría la incidencia en el régimen de promociones, ascensos y destinos de la Carrera Judicial en la manera en que se determine en esa futura ley orgánica. De ser efectivamente así, la disposición final duodécima que se examina debería evitar referirse a estos órganos jurisdiccionales especializados como pertenecientes a un *orden* jurisdiccional propio.

383.- La prevista futura ley orgánica, por tanto, deberá definir con claridad si, a la par que con esos órganos jurisdiccionales especializados –en esa nueva jurisdicción especializada, entendida del modo que se viene indicando-, se articula una nueva especialidad en la Carrera Judicial, que se situará junto con la de mercantil, contencioso-administrativa, social, y violencia sobre la mujer (cfr. artículos 311 y 312.2 LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2018), y junto con la especialidad civil y penal que se establezca y regule en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, así como aquellas que reglamentariamente establezca el Consejo General del Poder Judicial, también de conformidad con lo previsto en dicha disposición adicional; o si, por el contrario, sin crear una nueva especialidad en la Carrera Judicial, se trata de prever la articulación de la especialización de los jueces y magistrados que han de servir preferentemente en los órganos jurisdiccionales que, dentro del orden jurisdiccional civil, integrarán esa "jurisdicción especializada en Infancia, Familia y Capacidad" a través de las pruebas selectivas que se establezcan para garantizar su adecuada formación y capacitación en la materia.

384.- Conviene detenerse en que la citada disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 7/2015 contiene una cláusula de habilitación al Consejo General del Poder Judicial para crear y regular reglamentariamente otras especialidades distintas de las previstas en la LOPJ. En efecto, dice la referida disposición: *«El Consejo General del Poder Judicial podrá convocar, además de las expresamente previstas en esta Ley, otras pruebas de especialización entre miembros de Carrera judicial en las que se valoren conocimientos específicos dentro de las distintas ramas del*





*Derecho. Su superación será considerada como mérito en los concursos que no se resuelvan exclusivamente por criterios de antigüedad. Reglamentariamente se determinará el número, contenido y desarrollo de estas pruebas que podrá comprender el reconocimiento y valoración de las realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Si de esta especialización se derivara algún incremento de gasto, será preciso informe favorable de la Administración competente para soportar dicho gasto».*

385.- La Ley Orgánica 7/2015, por tanto, no ha creado por ella misma especialidades diferentes de las previstas en los artículos 311 y 312 de la LOPJ, pero sí ha habilitado a este Consejo para poder crearlas, así como para reconocer efectos a pruebas realizadas con anterioridad a su entrada en vigor, aunque exigiendo en ambos casos la intermediación de una norma reglamentaria.

386.- De este modo, en el caso de que la voluntad del prelegislador fuese establecer una nueva especialidad en materia de infancia, familia y capacidad, debería tener en cuenta la habilitación que desde la señalada disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 7/2015 se confiere a este órgano de gobierno del Poder Judicial para articular reglamentariamente las pruebas de especialización correspondientes, siempre dentro del marco que establecen los artículos 311 y 312 de la LOPJ.

387.- Por otra parte, mientras que las materias de familia y capacidad presentan contornos bien definidos, en la medida en que responden a ramas o partes del Derecho Civil suficientemente delimitadas, del mismo modo que en la práctica se encuentra bien delimitada la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales actualmente especializados en estas materias, no sucede lo mismo cuando la especialización se construye no solo en torno a esas ramas o sectores del ordenamiento jurídico civil, sino también sobre aquellas que regulan las relaciones jurídicas que afectan a la infancia. Con independencia de que el concepto "infancia" sea jurídicamente impreciso –cabe pensar que con su empleo quiso evitarse el término "menores", para evitar cualquier confusión con la jurisdicción de menores-, la amplitud y diversa tipología de las situaciones en las que se han de tutelar los derechos de los menores de edad –con la subjetiva extensión con que el futuro legislador orgánico contemple esa tutela- anuncia por sí sola la dimensión de esta proyectada "jurisdicción especializada" y su transversalidad.



388.- En efecto, bajo la amplitud del concepto cabría situar materias ineludiblemente vinculadas a la minoría de edad, como el régimen de la emancipación o la tutela de menores de edad. También otras, como la guarda de hecho, la adopción de menores de edad o el acogimiento. Pero también se encontrarían otras materias vinculadas en mayor o menor grado a la necesidad de protección de los derechos de los menores, como los derechos de la personalidad –tanto más los fundamentales-, el matrimonio, la filiación, el régimen de alimentos, las relaciones paterno-filiales, el régimen económico matrimonial, la sucesión, o la administración y disposición de los bienes de los menores. Y junto con ellas, otras actuaciones específicamente referidas a los mismos, como las relativas al ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos (artículo 778 bis LEC), a la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución de las medidas de protección de menores (artículo 778 ter LEC), a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional (artículos 778 quater a 778 sexies LEC, incluidos), a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (artículo 780 LEC), y las distintas actuaciones que se regulan en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, con respecto a menores y discapacitados, tanto en materia de personas, como de familia, como en materia patrimonial.

389.- El contenido de esta jurisdicción especializada se complementaría con las instituciones y figuras propias del derecho de familia, particularmente las del derecho matrimonial, y en concreto los efectos de la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, así como de la disolución de relaciones de pareja respecto de los hijos menores, y el conjunto de medidas materiales y procesales para regular el régimen de patria potestad, de guarda y custodia, de visitas, de atribución del domicilio familiar y de alimentos de los hijos menores de edad derivado de la disolución del vínculo matrimonial o afectivo, o de la separación. Y es particularmente importante en este punto la concurrencia de la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer en los casos previstos en el art 87 ter.2 y 3 LOPJ.

390.- Paralelamente, ha de tenerse en cuenta la incidencia del régimen jurídico de la discapacidad, erigido sobre un nuevo paradigma que comporta la desaparición de la incapacidad, como estado civil, así como de la declaración judicial de la incapacidad e incluso de la modificación de la capacidad, para dar paso a un sistema de protección de los discapacitados que se asienta en el reconocimiento de su plena capacidad



jurídica y de obrar y en el establecimiento de un sistema de apoyos en la medida en que sea necesario para asistir al discapacitado en todos los ámbitos de la vida.

391.- En el informe que este órgano constitucional emitió sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, que fue aprobado por el Pleno en su reunión de 29 de noviembre de 2018, se ponía en duda que el hecho de que el nuevo sistema gravite en torno a la autorregulación de la discapacidad, con preferencia sobre la heteroregulación, supusiera una disminución de la intervención judicial, por más que se desplace en gran medida a la esfera de la jurisdicción voluntaria.

392.- Por el contrario, la implantación del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad y el desarrollo del sistema de apoyos previsto por el prelegislador, con las incidencias y trámites correspondientes –con especial significación del trámite de audiencia a parientes y allegados y al Ministerio Fiscal, así como del examen de la persona con discapacidad y los informes y dictámenes facultativos y de quienes ejercen las medidas de apoyo, en un régimen procedimental en el que no rigen con su dimensión habitual los principios dispositivo y de aportación de parte, modulados por las facultades de investigación y actuación de oficio que se confieren al tribunal-, lejos de producir una disminución en la carga jurisdiccional y, en general, de la Administración de Justicia, ha de suponer razonablemente un aumento, cuantitativo y cualitativo, de la intervención judicial y de la estructura auxiliar de la Administración de Justicia, mayor en las primeras fases de implantación e implementación del sistema, donde al esfuerzo consustancial a su puesta en funcionamiento se unirá el que conlleva la revisión del régimen y medidas de protección y apoyo dispuestas bajo la legislación vigente (Conclusión séptima).

393.- Y en la Conclusión octava se decía: *«[S]e ha de ahondar en la incidencia real que tendrá la implementación del nuevo régimen de protección de las personas con discapacidad y del nuevo sistema de apoyos, que pone en cuestión la suficiencia de la estructura de la organización judicial actual y de su configuración territorial para hacer frente a los mayores requerimientos que, en lo que al ejercicio de la función jurisdiccional se refiere, se derivarán del sistema diseñado por el prelegislador. Y ello ya no solo por el mayor grado –cuantitativo y cualitativo de la intervención judicial en la configuración del régimen y del sistema de apoyos adecuado para la persona con discapacidad, en su*



*seguimiento, su revisión y en el establecimiento de las cautelas y salvaguardias precisas para su eficacia, sino también porque el nuevo paradigma de la discapacidad precisa a su vez de un cambio de paradigma en la concepción de la discapacidad por parte de todos los sectores, profesionales y sociales, implicados en su tratamiento y en la participación en la sociedad de las personas con discapacidad, que cabalmente ha de suponer i) un redimensionamiento y una reorganización de la estructura judicial y de la Administración de Justicia para atender a los requerimientos del nuevo sistema; ii) un mayor grado de especialización de los órganos judiciales para el conocimiento de los procedimientos de provisión de apoyos y designación de tutores, curadores y defensores judiciales, atribuyendo competencias específicas en esta materia a un mayor número de órganos judiciales a través del cauce que habilita el artículo 98 LOPJ; iii) un aumento correlativo de oficinas judiciales especializadas, así como de medios personales y materiales; iv) un nuevo diseño de distribución territorial de competencias, acorde con el mapa territorial del tratamiento judicial de la discapacidad, que suponga una mayor cercanía del órgano judicial a la persona con discapacidad y con quienes han de participar en el proceso de adopción de apoyos; v) una estructura auxiliar adecuada y próxima al órgano judicial y a los afectados por la discapacidad; vi) la pertinente, adecuada y continuada formación especializada de todos los agentes y participantes en la protección legal de las personas con discapacidad; y vii) en fin, la adopción de todas aquellas medidas de accesibilidad, conforme al principio de accesibilidad universal y de diseño –entre las que se cuentan las de carácter arquitectónico o funcional, o aquellas otras para facilitar la lectura y comprensión de los documentos- que permitan a las personas con discapacidad ejercer con plenitud sus derechos en el proceso y ver plenamente satisfecho su derecho a la tutela judicial efectiva».*

394.- Conviene, llegado este punto, detenerse en los datos numéricos de los procedimientos relativos al derecho de familia y a menores -oposición a resoluciones administrativas sobre protección de menores y autorizaciones relativas a determinados menores (ingresos de menores con problemas de conducta y entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores)-. Los datos se corresponden al año 2017, al no estar todavía cerrados los del último trimestre del año 2018 en el momento de la redacción de este informe:

**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Secretaría General

<b>2017</b>					
	PROCESOS RELATIVOS AL DERECHO DE FAMILIA	Oposición a resoluciones administrativas sobre protección de menores	AUTORIZACIONES RELATIVAS A DETERMINADOS MENORES	Autorización o ratificación de ingresos de menores problemas conducta	Entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa medidas protección menores
ALMERIA	3118	21	40	39	1
CADIZ	7035	71	32	29	3
CORDOBA	3435	36	42	42	0
GRANADA	4415	51	0	0	0
HUELVA	2517	13	2	0	2
JAEN	2734	47	7	0	7
MALAGA	8377	52	14	14	0
SEVILLA	9778	84	10	7	3
HUESCA	765	5	0	0	0
TERUEL	376	0	0	0	0
ZARAGOZA	3567	28	36	12	24
ASTURIAS	4856	37	7	7	0
ILLES BALEARS	5427	51	10	10	0
LAS PALMAS	6592	36	12	12	0
STA.C. TENERIFE	5459	26	1	0	1
CANTABRIA	2586	38	33	31	2
AVILA	482	16	3	2	1
BURGOS	1176	16	0	0	0
LEON	1796	14	0	0	0
PALENCIA	537	9	3	1	2
SALAMANCA	1168	15	1	0	1
SEGOVIA	479	13	0	0	0
SORIA	259	14	0	0	0
VALLADOLID	1918	13	20	19	1
ZAMORA	610	5	3	0	3
ALBACETE	1605	4	1	0	1
CIUDAD REAL	2012	4	60	59	1
CUENCA	601	14	3	0	3
GUADALAJARA	1012	11	0	0	0
TOLEDO	2744	8	3	3	0
BARCELONA	25233	298	221	219	2

**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Secretaría General

<b>2017</b>					
	PROCESOS RELATIVOS AL DERECHO DE FAMILIA	Oposición a resoluciones administrativas sobre protección de menores	AUTORIZACIONES RELATIVAS A DETERMINADOS MENORES	Autorización o ratificación de ingresos de menores problemas conducta	Entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa medidas protección menores
GIRONA	3058	55	36	35	1
LLEIDA	1646	15	0	0	0
TARRAGONA	3701	36	4	4	0
ALICANTE	8034	57	59	50	9
CASTELLON	2486	60	13	13	0
VALENCIA	13404	120	40	34	6
BADAJOZ	2779	9	3	2	1
CACERES	1602	4	1	0	1
A CORUÑA	4575	14	3	3	0
LUGO	1176	8	47	46	1
OURENSE	1127	14	0	0	0
PONTEVEDRA	4359	40	12	12	0
MADRID	25871	113	103	90	13
MURCIA	6350	57	2	1	1
NAVARRA	2486	27	16	15	1
ARABA/ALAVA	1438	24	10	10	0
GIPUZKOA	2407	87	21	21	0
BIZKAIA	4888	86	0	0	0
LA RIOJA	1136	12	0	0	0
<b>NACIONAL</b>	<b>205192</b>	<b>1888</b>	<b>934</b>	<b>842</b>	<b>92</b>

**NOTAS:**

- En los boletines estadísticos el dato de "Oposición a resoluciones administrativas sobre protección de menores" está incluido en los Procesos relativos al derecho de familia.
- El dato de "Autorizaciones relativas a determinados menores" incluye "Autorización o ratificación de ingresos de menores con problemas de conducta" y "Entrada en domicilio y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores".



- No se dispone de datos relativos a menores víctimas de violencia de género porque la propuesta de incluir esa información en los boletines estadísticos de violencia sobre la mujer efectuada por la Sección de Estadística Judicial fue rechazada.

395.- Pues bien, las anteriores consideraciones y los datos expuestos evidencian la verdadera dimensión de esta jurisdicción especializada y ponen de manifiesto sus necesidades. A falta de la concreción definitiva de su ámbito material, cabe afirmar que, si ya la incidencia de la implementación del nuevo régimen de protección de las personas con discapacidad ponía en cuestión la suficiencia de la estructura de la organización judicial actual y de su configuración territorial para hacer frente a los mayores requerimientos que se derivarán del sistema de apoyos diseñado por el prelegislador, la creación de una jurisdicción especializada que aglutine las materias de discapacidad, familia e infancia conduce a cuestionar aún más si cabe la suficiencia de la estructura judicial actual. La articulación de una jurisdicción con semejantes competencias exige un redimensionamiento y una reorganización de la actual planta judicial y de la Administración de Justicia si se quieren lograr aquellas finalidades que sirven al prelegislador de argumento para proponer su creación. Requiere no solo un aumento significativo de los órganos judiciales y un nuevo diseño de su organización territorial, sino un correlativo aumento de las oficinas judiciales, de medios personales y materiales y de la estructura auxiliar del órgano judicial para que esta nueva jurisdicción especializada sea eficaz cuantitativa y cualitativamente y permita satisfacer adecuadamente la finalidad última que anima su creación, cual es la mejor protección de los derechos de los menores y en general de las personas vulnerables, ya por su minoría de edad, ya por razón de alguna discapacidad.

396.- De no abordarse la configuración de esta jurisdicción especializada con el necesario redimensionamiento y la correspondiente reorganización de la planta judicial, la consecución de aquellas finalidades que animan la propuesta de su creación –la reducción de los costes marginales en la resolución de los casos, la disminución de la duración de los procedimientos y del tiempo de respuesta judicial, la mejor solución a las necesidades de protección de menores y discapacitados, la mejora en la cantidad y calidad de la respuesta judicial, así como del grado de acierto, desde la especialización y un enfoque multidisciplinar, y la protección igualitaria, adecuada y uniforme de los derechos de la infancia y de los discapacitados- sería muy difícil, si no imposible, de lograr.

397.- Con relación a la previsión relativa al proyecto de ley ordinaria por el que se regule la composición y funcionamiento de los Equipos Técnicos



adsritos a la jurisdicción especializada y la forma de acceso a los mismos, debe tenerse en cuenta que el artículo 470.2 de la LOPJ mantiene su carácter de Cuerpos Nacionales de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, en el que se integran los Cuerpos de Médicos Forenses, de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Gestión Procesal y Administrativa, de Técnicos Especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Tramitación Procesal y Administrativa, de Auxilio Judicial y de Ayudantes de Laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (artículo 470.1 LOPJ). Y que el artículo 471.1 LOPJ establece que las competencias respecto de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia corresponden, en los términos establecidos en la misma Ley Orgánica, al Ministerio de Justicia o, en su caso, a las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, en todas las materias relativas a su estatuto y régimen jurídico, comprendidas la selección, formación inicial y continuada, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas, jornada laboral, horario de trabajo y régimen disciplinario.

398.- Por su parte, el artículo 440 LOPJ define a los Letrados de la Administración de Justicia como funcionarios públicos que constituyen un Cuerpo Superior Jurídico único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia, y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad, ostentando la dirección de la Oficina Judicial. Su estatuto personal está regulado en el Capítulo I del Título II del Libro V de la LOPJ, y en las disposiciones legales y reglamentarias que lo complementan y desarrollan.

399.- Debe retenerse, en lo que concierne a las competencias autonómicas respecto de la Administración de Justicia, que la doctrina constitucional ha destacado que las competencias que asumen las Comunidades Autónomas por el juego de la cláusula subrogatoria, como técnica de atribución de competencias, no pueden entrar en el núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto, y que la asunción de competencias que corresponden al Gobierno encuentra el límite natural del propio ámbito de la Comunidad Autónoma (STC 105/2000, cit.). Tal y como recuerda el Consejo de Estado (Dictamen 3466/2001, de 24 de enero de 2002), la eficacia de las cláusulas subrogatorias operará en tanto no afecten al ámbito reservado a la regulación orgánica, es decir, en tanto no alteren los elementos allí contenidos que puedan reputarse definitorios y esenciales del estatuto del personal (STC 56/1990, cit.) Se trata este de un ámbito «[c]uyos contornos no pueden definirse en abstracto o a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera





*administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas de funcionarios» (STC 99/1987, cit.). La consideración de los Cuerpos de la Administración de Justicia como Cuerpos nacionales conlleva la necesidad de un régimen común en todo el territorio nacional para garantizar su aplicación de manera homogénea en todas las Comunidades Autónomas. «[H]a de considerarse que quedan excluidas de las cláusulas subrogatorias de los Estatutos de Autonomía aquellas atribuciones que, encomendadas por la LOPJ al Gobierno de la Nación, resultan obligadamente reservadas a este para mantener el carácter propio de Cuerpo nacional, pues de lo contrario vendrían a vaciarse de contenido las previsiones de la LOPJ en este sentido, contradiciéndose el mandato del artículo 122.1. Mientras que, por el contrario, sí jugarán su papel las cláusulas subrogatorias respecto de todas aquellas atribuciones encomendadas al Ejecutivo estatal que no resulten imprescindibles o esenciales para el mantenimiento del carácter de Cuerpo nacional respecto de los integrados en la Administración de Justicia» (STC 99/1987, cit.).*

400.- Y en particular, al analizar el artículo 454 de la LOPJ, en su anterior redacción –que se corresponde con el vigente artículo 470-, la STC 105/2000 destacó que la necesaria existencia de un núcleo homogéneo en el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia justifica la reserva a unas instancias comunes de aquellas materias que puedan afectar de forma decisiva a elementos esenciales del estatuto de dicho personal tal y como haya sido configurado en cada momento por la LOPJ. Las cláusulas subrogatorias no pueden entrar en juego sobre estas materias, respecto de las que *«[l]os criterios en función de los cuales habría de negarse o afirmarse la operatividad de las cláusulas subrogatorias tendrían que ser individualizados en función de cuáles fueran las concretas materias respecto de las que se plantease, en el momento oportuno, la cuestión [...]».*

401.- La regulación por ley ordinaria de la composición y funcionamiento de los equipos técnicos adscritos a la jurisdicción especializada y la forma de acceso a los mismos, dentro del marco que configura la LOPJ, se acomoda a este régimen de distribución de competencias que se deriva de la Constitución y de la LOPJ, el cual condiciona la actuación normativa de las Comunidades Autónomas sobre este particular, en aquellas que han asumido competencias en materia de Administración de Justicia.



## **VI. CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** En el **apartado 2 del artículo 1**, al recoger la definición de violencia, "*a efectos de esta ley*", se incluyen los *actos omisión producidos por las personas que deban ser garantes de la protección de las personas menores de edad*, respecto de los cuales resultaría conveniente, bien definirlos en el texto del Anteproyecto, bien vincularlos a algún criterio adicional como pudieran ser las consecuencias derivadas de los mismos o la entidad o gravedad de los actos de omisión.

**SEGUNDA.-** Del mismo modo, la referencia **del apartado 2 del artículo 1** a las *personas que deban ser garantes de la protección de las personas menores de edad* debería definirse o acotarse en la norma a fin de delimitar, debidamente, el elemento subjetivo al que se anuda la consideración y calificación como violencia, de los actos de omisión.

**TERCERA.-** En el **artículo 2**, junto a la necesidad de corrección del error material del adverbio utilizado, resultaría conveniente delimitar el criterio de exigibilidad respecto de las personas jurídicas y su conexión con el territorio español, por ejemplo atendiendo a criterios como el domicilio, el lugar en que se halle establecida su representación legal, el lugar donde ejerzan funciones propias de su instituto (artículo 41 del Código Civil), o la existencia de establecimiento.

**CUARTA.-** Desde el punto de vista de técnica normativa, aun cuando se observa que los dos párrafos del artículo 2 responden a una misma unidad temática, podría valorarse la sugerencia de numerarlos, como apartados, con cardinales arábigos, en cifra, conforme a lo dispuesto en la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa.

**QUINTA.-** En el **artículo 3**, dentro de los fines perseguidos por el Anteproyecto, mereciendo una valoración muy positiva el recogido en la letra c) se sugiere adicionar, junto a la formación continua, referencia expresa a la formación *inicial* de los profesionales que tienen contacto habitual con los niños, niñas y adolescentes, como garantía indispensable en aras de garantizar la detección temprana de la violencia sobre la infancia y la adolescencia.

**SEXTA.-** En tanto no figura recogido en el Diccionario de la Real Academia, se sugiere la supresión del Anteproyecto –y de la MAIN- del término



"*parentalidad*", recogido en los **artículos 3, 21.3.a), 24.3.a), 25.1, y en los apartados cinco, seis y nueve de la disposición final primera** (de modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

**SÉPTIMA.-** Debe destacarse que el contenido del **artículo 4 APLO** se asimila o aproxima al de los criterios generales a tener cuenta, recogidos en el artículo 2.2 de la LO 1/1996, LOPJM, (dentro del Capítulo I, Ámbito e interés superior del menor), por lo que podría plantearse la modificación de la rúbrica y del primer párrafo del apartado 1 de este precepto, para hacer referencia a *criterios generales*. No obstante, caso de entender el prelegislador que nos encontramos ante "*principios rectores*", atendida la remisión a los principios recogidos en la Ley Orgánica 1/1996, junto con la configuración de los mismos en la citada LOPJM, *como principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores*, podría resultar conveniente abordar la delimitación del concreto ámbito de aplicación de los principios rectores a que se refiere el **artículo 4 APLO**.

**OCTAVA.-** En el **apartado 1 del artículo 5 del Anteproyecto**, ([f]ormación), se sugiere valorar la conveniencia de incorporar una referencia expresa, junto a la formación continua, a la formación *inicial* de los distintos profesionales que tengan un contacto habitual con las personas menores de edad en materia de derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia.

**NOVENA.-** En el **artículo 6 del Anteproyecto** se observa un error en la numeración de sus apartados, estando duplicado el número 3, que, entendemos ha de corresponderse con un apartado 4.

**DÉCIMA.-** En coherencia con la regulación recogida en el capítulo III del título I de la LOPJM 1/1996, tras la modificación operada por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se sugiere valorar la inclusión, en el texto del Anteproyecto, de referencia específica a los *deberes del menor*.

**UNDÉCIMA.-** Podría resultar conveniente poner en conexión los derechos reconocidos en el **título I del Anteproyecto** con el correspondiente contenido recogido en la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito y en el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, en tanto la regulación prelegislativa objeto del presente informe



parece configurarse como complementaria de la ya recogida en la citada normativa.

**DECIMOSEGUNDA.-** En relación a lo dispuesto en el **artículo 11.2 del Anteproyecto** y al momento de personación como acusación particular, debe destacarse que la redacción proyectada se sitúa en línea con la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo favorecedora, a partir del principio de igualdad de armas, de la flexibilización de la exigencia contenida en el artículo 110 LECrim de que la personación de la víctima sólo pueda realizarse antes del trámite de calificación. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el artículo 109 bis, el artículo 109 bis LECrim, incorporado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, ha reconocido el derecho a ejercer la acción penal «en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito», dato normativo a partir del cual el Tribunal Supremo ha modulado su tradicional doctrina (ATS de 16 de noviembre de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:11988A]). En atención de lo expuesto, cabe señalar la necesidad de que el prelegislador clarifique su opción reguladora, debiendo señalarse que, para el caso de que opte por flexibilizar el ejercicio de la acción penal de la acusación particular, tal flexibilización debería tener alcance general y el oportuno reflejo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**DECIMOTERCERA.-** En el **artículo 12 APLO**, la delimitación subjetiva del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, en tanto referida a los *niños, niñas y adolescentes*, se observa que adolece de la necesaria concreción, por lo que se sugiere, a efectos de poder garantizar, de manera efectiva, el reconocimiento de este derecho, su vinculación o concesión a las "*personas menores de edad*".

**DECIMOCUARTA.-** En tanto el Anteproyecto, a través del **artículo 12**, viene a ampliar el ámbito personal de aplicación del derecho a la asistencia jurídica gratuita, se sugiere al prelegislador la incorporación en el texto que se informa, en tanto modificación del Derecho vigente, de la correspondiente disposición final que recoja la oportuna modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

**DECIMOQUINTA.-** El **apartado 3 del artículo 12 APLO**, aun cuando encontraría su fundamento el artículo 543 de la LOPJ, constituiría una habilitación legal para el ejercicio de una función, la representación procesal, íntimamente relacionada con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al margen de la regla general, establecida en las correspondientes normas procesales, y, de manera especial, en la Ley de



Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, -artículo 4-; por lo que se sugiere que caso de optar el prelegislador por el mantenimiento de esta habilitación, se inserte en las normas procesales, a través de la correspondiente disposición final.

**DECIMOSEXTA.-** En el **artículo 14**, referido al "*[d]eber de comunicación cualificado*" se sugiere la inclusión del personal de los *servicios sociales de atención primaria*, a los que se dedica el Capítulo VI del Título III del Anteproyecto.

**DECIMOSEPTIMA.-** En el **artículo 14.1.c) APLO**, junto a la referencia al *personal sanitario de los servicios de salud públicos y privados*, habría de incorporarse referencia expresa al personal integrante del Cuerpo de Médicos Forenses, para cuyo acceso se ha de estar en posesión de los títulos oficiales de Licenciado o Graduado en Medicina y de especialista en Medicina Forense y, en su caso, al resto de Cuerpos especiales enumerados en el artículo 475 LOPJ. Asimismo, podría resultar conveniente incorporar al Anteproyecto referencias relativas al Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, (artículo 480.1 LOPJ) y a los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, configurados, (artículo 479 LOPJ).

**DECIMOCTAVA.-** En el **apartado 2 del artículo 15 del Anteproyecto**, atendida la garantía de confidencialidad y seguridad que consagra el artículo 18 del mismo, podría resultar conveniente valorar la supresión, de la referencia al anonimato, en tanto viene referida a la comunicación de hechos o situaciones de violencia padecida por ellos mismos o que hubieran presenciado, y que, por tanto, pudieran dar inicio a investigaciones sobre hechos presuntamente delictivos.

**DECIMONOVENA.-** La previsión establecida en el **apartado 2 del artículo 17 del Anteproyecto** ha de ponerse en conexión con la nueva regulación introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, con incidencia en la *gestión* de los canales de denuncia de la existencia de determinados contenidos, de manera que, cuando nos encontremos ante *pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección*, dichos canales habrán de gestionarse directamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

**VIGÉSIMA.-** En el **artículo 18.4 del Anteproyecto**, que lleva por rúbrica "*[c]onfidencialidad y seguridad*", se hace referencia expresa a la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en



causas criminales, debiendo recordar que dicha Ley, integrada por cuatro artículos, contempla en su disposición adicional segunda que *"el Gobierno, en el plazo de un año a partir de la publicación de la presente Ley, dictará las disposiciones reglamentarias que resulten necesarias para su ejecución"*, sin que hasta la fecha se haya llevado a efecto esta previsión, sugiriendo al respecto la conveniencia de instar al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, para que impulse la actuación legislativa pertinente con el objeto de actualizar la regulación recogida en la citada Ley Orgánica 19/1994.

**VIGESIMOPRIMERA.-** Atendida la referencia a la *transversalidad*, efectuada en el **segundo párrafo del artículo 27 del Anteproyecto**, podría resultar conveniente coherencia con los *"[e]lementos transversales"* recogidos en las normas que disciplinan los currículos básicos.

**VIGESIMOSEGUNDA.-** Sin perjuicio de la referencia al *respeto a lo establecido en la normativa vigente en materia de protección de datos*, recogida en el artículo 29.3 APLO, dentro del ámbito educativo, -y de manera similar en el artículo 52.2, al tratar de los centros de protección-, se sugiere valorar la conveniencia de adicionar al articulado del Anteproyecto una referencia expresa y general a la normativa vigente en materia de protección de datos, particularmente el Reglamento (UE) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en tanto normativa aplicable a los distintos ámbitos tratados en el Anteproyecto.

**VIGESIMOTERCERA.-** En relación al **artículo 32 del Anteproyecto**, podrían formularse dos sugerencias. La primera que al tratar de *"los centros educativos"*, se adicione referencia expresa a su carácter público o privado, al igual que se hace en el artículo 36 APLO, referido a los centros y servicios sanitarios; y la segunda que se valore la sustitución de la conjunción disyuntiva "o" por la conjunción copulativa "y", de manera que la supervisión de la contratación a que se refiere este precepto recaiga sobre las Administraciones educativas, los directores y los titulares de los centros educativos.

**VIGESIMOCUARTA.-** De manera coherente con la observación formulada en relación al artículo 14 APLO y la delimitación del ámbito subjetivo del deber cualificado de notificación, se sugiere adicionar, en el **apartado 2 del artículo 35 APLO**, referencia expresa a los distintos profesionales del ámbito forense.



**VIGESIMOQUINTA.-** El contenido del **apartado 2 del artículo 42 APLO** debe ponerse en conexión con la observación formulada en relación al apartado 2 del artículo 17 del Anteproyecto y la gestión de los canales de denuncia de la existencia de determinados contenidos, a fin de recordar que, cuando nos encontremos ante pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los canales de denuncia habrán de gestionarse directamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

**VIGESIMOSEXTA.-** En relación al **título IV del Anteproyecto**, referido a las "*[a]ctuaciones en centros de protección*", se sugiere su puesta en conexión con las categorías de centros de acogimiento residencial existentes en la legislación vigente, incluyendo a los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, creados por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

**VIGESIMOSÉPTIMA.-** La redacción del **primer párrafo del artículo 50 APLO**, en tanto impone a los centros de protección de menores, la obligación de "*aplicar los protocolos de actuación que establezcan los servicios sociales especializados de protección de menores*" parece entrar en colisión con lo dispuesto en el apartado l) del artículo 21.1 LOPJM 1/1996.

**VIGESIMOCTAVA.-** La delimitación temporal del requisito establecido en el **artículo 54 APLO**, en tanto aborda, según su dicción literal, las fases de *acceso* y *ejercicio* de la actividad de que se trate, se entiende como más acertada, en aras de reforzar debidamente la protección de las personas menores de edad, sugiriendo al efecto, que se traslade a la **Exposición de Motivos** y a los **artículos 55, 56 y 57 del Anteproyecto**, referidos únicamente al momento inicial o previo al ejercicio de la actividad; sin que a ello obste la previsión incorporada al segundo párrafo del artículo 55, compatible con hacer recaer, sobre quienes pretendan ejercer estas profesiones, oficios y actividades, la asunción de la obligación de poner en conocimiento del empleador o "empresario" cualquier condena firme posterior que suponga una alteración del contenido del certificado inicialmente aportado, y cuya articulación podría configurarse, por ejemplo, a través de la correspondiente declaración responsable, suscrita en el momento de la aportación de la certificación negativa del Registro Central de Delinquentes Sexuales a que se refieren los artículos 55 a 57 del Anteproyecto.



**VIGESIMONOVENA.-** Se sugiere cohonestar la previsión establecida en el **segundo párrafo del artículo 55 del Anteproyecto** con la explicación del mismo recogida en la Exposición de Motivos.

**TRIGÉSIMA.-** Aun cuando no forme parte del Anteproyecto objeto del presente informe, pero entendiéndose como cuestión directamente vinculada al contenida del capítulo II del título V, atendido el carácter imperativo de la obligación impuesta por el artículo 37 del Convenio de Lanzarote, no sometida a limitación o condición alguna, se sugiere valorar la conveniencia de modificar su regulación actual, incluso a través de su configuración como pena privativa de derechos (art. 39 CP), a fin de garantizar el cumplimiento de la obligación de almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio de Lanzarote, como exige el citado Tratado Internacional, ratificado por España.

**TRIGESIMOPRIMERA.-** En cuanto al contenido del **Capítulo II del Título V del Anteproyecto**, se sugiere la valoración de la incorporación de la correspondiente **disposición transitoria** para facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación, delimitando de forma precisa la aplicación temporal y material de la regulación recogida en el Anteproyecto, incluyendo, en su caso, la declaración de la aplicación retroactiva de la norma nueva, para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor.

**TRIGESIMOSEGUNDA.-** La **Disposición adicional primera del Anteproyecto**, referida a la "*dotación presupuestaria*", en tanto se proyecta sobre el Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrá de tener en cuenta las previsiones establecidas al respecto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

**TRIGESIMOTERCERA.-** Se ha de corregir el error material incurrido en la **Disposición adicional tercera**.

**TRIGESIMOCUARTA.-** En relación al **apartado uno de la Disposición final primera del Anteproyecto**, se sugiere valorar la conveniencia de la supresión de los apartados 4 y 5 del artículo 13 de la LO 1/1996, cuyo contenido viene a ser recogido, respectivamente, en los artículos 13 y 54 del Anteproyecto, toda vez que de la dicción de la norma proyectada no parece desprenderse la necesidad de supresión de los referidos apartados. No obstante, caso de entenderse procedente el mantenimiento de la





previsión de supresión recogida en el Anteproyecto, se sugiere valorar la utilización del plural, al ser dos los apartados suprimidos.

**TRIGESIMOQUINTA.-** En el **apartado dos de la Disposición final primera del Anteproyecto**, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en las Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, se propone la adición, al nuevo artículo 14 bis LOPJM, de la correspondiente titulación *que indique el contenido o la materia a la que se refiere*.

**TRIGESIMOSEXTA.-** En relación a la enumeración de indicadores de riesgo recogida en el **apartado tres de la Disposición final primera**, -apartado 2 del artículo 17 de la LO 1/1996-, cabe señalar que alguno de los supuestos indiciarios de riesgo enumerados en el apartado 2 del referido artículo 17 podría considerarse que entran en conflicto con el derecho fundamental de los padres a la educación de sus hijos (art. 27 CE) o con el derecho fundamental a la libertad ideológica o religiosa (art. 16 CE), por lo que se sugiere la introducción en el enunciado del apartado 2 del artículo 17 de una cláusula de salvaguarda mediante la que se modalice la enumeración con el inciso final, «siempre que no entren en conflicto con otros derechos fundamentales, en particular, los reconocidos en los artículos 16 y 27 de la Constitución». Por otro lado, la letra v del artículo 17.2 LOPJM introduce como indicador de riesgo «[c]ualquier otra causa prevista en las legislaciones autonómicas». Debe advertirse que incorporar al catálogo de indicadores de riesgos establecido por una ley estatal circunstancias previstas en leyes autonómicas quiebra el principio de territorialidad que rige la eficacia de las normas autonómicas, por lo que se aconseja la supresión de la letra v, sin perjuicio, obviamente, de que el legislador autonómico en el ámbito de las competencias estatutariamente asumidas pueda definir otros supuestos de indicadores de riesgos distintos y adicionales a los previstos en la ley estatal.

Asimismo, debe destacarse que parece apreciarse un error de redacción en la letra i) y el contenido de la letra t) de la citada enumeración no parece definir ningún indicador concreto de riesgo, sino modular las consecuencias que puedan derivarse de *circunstancias o carencias materiales*, reproduciendo, en términos similares, y menos categóricos, una previsión que se encuentra recogida en el apartado 1 del vigente artículo 17 de la LOPJM.

**TRIGESIMOSÉPTIMA.-** Atendida la modificación operada en los apartados 1 y 2 del artículo 17 de la LOPJM 1/1996, a través del **apartado tres de la Disposición final primera del Anteproyecto**, podría resultar conveniente



que el prelegislador, en el mismo, abordase la reenumeración de los vigentes apartados 2 a 10 del citado precepto de la LOPJM.

**TRIGESIMOCTAVA.-** En el **apartado cuatro de la Disposición final primera** se observa un error material en el título del nuevo artículo 17 bis de la LOPJM.

**TRIGESIMONOVENA.-** El prelegislador incorpora con buen criterio al catálogo de agravantes genéricas del Código Penal la agravante por motivos de discriminación, y como elemento determinante de su apreciación, la aporofobia o exclusión social. Se trata de una ampliación de las agravantes genéricas mediante la incorporación de una circunstancia que implica la discriminación o el rechazo a las personas carentes de recursos, siendo así que la carencia de recursos es una característica circunstancial en la vida de los seres humanos y en ningún caso forma parte de la identidad. Se incluye, pues, en el catálogo de agravantes genéricas una construcción social que termina por establecer una perversa conexión entre las personas sin recursos y la delincuencia de manera real o potencial, en lugar de colocar a quien se encuentra en esta indeseable situación en una posición de potencial víctima de discriminación, enervando así el riesgo de que se criminalice la pobreza o la exclusión social.

La incorporación de este nuevo motivo discriminatorio a la agravante genérica del **artículo 22.4ª CP** viene, por lo demás, a colmar la laguna señalada en la STS 7728/2006, de 9 de noviembre de 2011.

**CUADRAGÉSIMA.-** En la misma circunstancia **4ª del artículo 22** se incorpora como circunstancia genérica *«ualquier otro motivo basado en un prejuicio discriminatorio»*, ampliándose así el espectro de situaciones que pueden dar lugar al rechazo de una persona, una cláusula abierta que puede presentar difícil encaje con el principio de tipicidad y que, además y por tratarse de una circunstancia que supone una agravación de la pena, debería estar dotada de una mayor precisión en lo que a su extensión o contenido se refiere. El grado de indeterminación y apertura con que se ha tipificado la agravante resulta incompatible con las exigencias constitucionales de predeterminación y certeza en el ámbito de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, por lo que se propone la supresión de este último inciso del artículo 22.4 CP en la redacción proyectada.

**CUADRAGESIMOPRIMERA.-** En el **segundo apartado del artículo 36 del Código Penal** se aumenta la edad de la víctima de los delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código Penal, esto es, los delitos



contra la libertad e indemnidad sexuales en su modalidad de delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores tipificados en los artículos 187 a 190, de los trece años a los dieciséis. Con ello, el prelegislador sigue el criterio fijado en su momento, con relación a los delitos contra la libertad sexual, para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.

El prelegislador rompe la regla establecida para la concesión de los permisos ordinarios entre los que se encuentran los permisos de salida, y que de conformidad con lo previsto en el artículo 154 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, requieren la clasificación en segundo o tercer grado penitenciario y la extinción en todo caso, de una cuarta parte de la condena o condenas, además de la observancia de buena conducta; pasando a establecer una exigencia más rigurosa para la concesión de los permisos penitenciarios ordinarios a quienes cumplan penas tras haber sido declarados autores criminalmente responsables de un delito de los previstos en los artículos 183 del Código Penal –abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años- y artículos 187 a 190 –delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, cuando la víctima sea menor de 16 años- del mismo texto legal. Con esta redacción el prelegislador viene a equiparar el régimen de cumplimiento de las penas por este tipo de delitos al de la pena de mayor gravedad prevista en nuestra legislación penal, cual es la prisión permanente revisable, en el que también se establece una limitación en el régimen de concesión de permisos de salida penitenciarios (art. 36.1.b, segundo párrafo, CP). La prohibición proyectada de acceso a los permisos de salida carece de justificación, pues debe recordarse que, conforme a la regulación del Reglamento Penitenciario, el modelo de concesión de permisos de salida se basa en el pronóstico individualizado sobre la procedencia de la salida del condenado que debe realizar el equipo de tratamiento en cada caso; valoración que está sometida al control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, no sólo mediante el régimen de autorizaciones de los permisos superiores a dos días, sino también por la vía de recurso que puede interponer el Ministerio Fiscal.

**CUADRAGESIMOSEGUNDA.-** En coherencia con la conclusión anterior, la prohibición contenida en el nuevo **apartado tercero del artículo 36 del Código Penal** de la reversión al régimen ordinario de cumplimiento para el caso del cumplimiento de penas por los delitos previstos en el artículo 183



CP y en los artículos 187 a 190 CP, cuando las víctimas sean menores de 16 años, comporta un mayor rigor en el cumplimiento para los penados por estos delitos y no resulta justificada, pues el mecanismo de reversión al régimen ordinario de cumplimiento está dotado de suficientes garantías para asegurar el carácter correcto de la decisión, introduciéndose, en cambio, con esa prohibición un elemento de desconfianza hacia la elaboración de los pronósticos individualizados y el juicio valorativo del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

**CUADRAGESIMOTERCERA.-** El prelegislador suprime la referencia a que la autoridad judicial atienda a las circunstancias del caso para acordar las penas a las que se refiere el **artículo 46** respecto de «[...] *todos o alguno de los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo del penado* [...]», pero la recupera y amplía cuando en el segundo inciso del precepto dispone que para precisar «[q]ué derechos de los menores o personas con discapacidad han de subsistir en caso de privación de la patria potestad y para determinar respecto de qué personas se acuerda la pena, el Juez o Tribunal valorará el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto». La modificación no puede merecer más que una consideración muy favorable por cuanto recoge expresamente el interés superior del menor o de la persona con discapacidad en relación con las circunstancias del caso concreto y los consagra como elementos de los que deberá servirse el juez para la determinación del tipo de derechos de los menores o personas con discapacidad, que deben subsistir en caso de privación de la patria potestad y determinar respecto de qué personas se acuerda la pena.

**CUADRAGESIMOCUARTA.-** Convendría que a la hora de regular la privación de los derechos tutelares el prelegislador tuviese en cuenta la también proyectada reforma del régimen jurídico de la discapacidad, que se construye desde un nuevo paradigma que contempla a las personas con discapacidad con plena capacidad jurídica y de obrar, y en el que el sistema de protección se construye sobre la base de apoyos concretos para la realización de las actividades de la vida, siendo excepcional la atribución al curador de facultades representativas; y donde la tutela se reserva para los menores de edad no sujetos a la patria potestad, desapareciendo tanto la patria potestad prorrogada como la rehabilitación de la patria potestad.

**CUADRAGESIMOQUINTA.-** La inclusión del interés superior del menor de edad o de la persona con discapacidad en el artículo 46 adquiere una especial entidad por cuanto debe catalogarse como un concepto jurídico



indeterminado, pero no discrecional, integrado en una norma penal. Se trata, en efecto, de un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido deberá precisarse en cada caso, siendo por tanto de naturaleza flexible, y que deberá ajustarse adecuándose a las circunstancias y particularidades de cada caso en concreto. No obstante, su inclusión debe ser valorada muy positivamente.

**CUADRAGESIMOSEXTA.-** La previsión que contiene el **nuevo artículo 55.2 CP** supone un importante y significativo viraje, por cuanto la pena accesoria de privación de la patria potestad pasa de estar vinculada a la duración de la pena privativa de libertad impuesta a su obligatoria imposición en caso de homicidio doloso o asesinato en caso de que la víctima *«[s]ea alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173.»* La mención resulta oportuna; sin embargo, al acogerse esta previsión en un párrafo segundo del mismo artículo, parece que queda desvinculada de la exigencia prevista en el párrafo primero del artículo, esto es, *«cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia.»*

**CUADRAGESIMOSÉPTIMA.-** Se modifican los requisitos para rechazar la eficacia del perdón como causa extintiva de la responsabilidad criminal, en el caso de que los ofendidos fueran menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Se añade a los requisitos preexistentes para que los jueces y tribunales puedan rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes legales de las personas menores de edad o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, la audiencia de la persona menor de edad si tuviera capacidad para expresarse y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, o la de la persona con discapacidad. La referencia expresa a los doce años obedece a que es esa la edad en la que se considera que la persona menor de edad tiene madurez suficiente para ser oída en el sentido que se infiere de los artículos 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículos 156, 159, 161 y 171 ter del Código Civil, así como de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

**CUADRAGESIMOCTAVA.-** Se introduce una modificación del inicio del plazo de prescripción en **el artículo 132 CP** para el caso que la víctima sea menor de 18 años. La razón de ser de esta ampliación hasta los treinta años viene recogida en la Exposición de Motivos del texto proyectado, esto es, evitar la existencia de espacios de impunidad en delitos que estadísticamente se ha probado que son de lenta asimilación en las víctimas



en el plano psicológico y, muchas veces, de tardía detección. Con esta modificación se transpone la obligación contenida en el artículo 15.2 de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que exige a los Estados miembros se adopten las medidas necesarias para que se pueden enjuiciar esta clase de infracciones *«durante un periodo de tiempo suficiente después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad y que esté en consonancia con la gravedad de la infracción cometida»*. La extensión de la regulación del inicio de la prescripción a otros delitos cuyo sujeto pasivo sean menores o personas con discapacidad, distintos de los contemplados en la Directiva, merece un juicio favorable.

**CUADRAGESIMONOVENA.-** El texto proyectado introduce un conjunto de artículos que contienen nuevos tipos penales que cabe calificar como de riesgo o peligro de carácter abstracto-concreto, que presentan como rasgo común el adelantamiento de la barrera de protección penal en aras a preservar, sobre la base del principio de precaución, el bien jurídicamente protegido, que en primera instancia se identifica con la seguridad colectiva, entendida como sinónimo de creación de un clima de garantía social en el que no se ven amenazados los bienes jurídicos protegidos, ya individuales, ya colectivos; y en un grado ulterior entronca con concretos bienes jurídicos de carácter individual, como la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad e indemnidad sexual o la salud de las personas, y específicamente de los menores de edad y personas con discapacidad.

Se trata de conductas en las que el elemento típico se resume en la realización, a través de los medios que proporcionan la tecnología y la sociedad de la información, de comportamientos idóneos para producir el riesgo para el bien jurídicamente protegido, distintos, por tanto, de aquellos en los que dicho peligro pueda materializarse y que lesionen los concretos bienes jurídicos tutelados en cada caso, a saber, la vida e integridad física, la libertad e indemnidad sexual y la salud de las personas que, por razón de su minoría de edad o discapacidad, se encuentran necesitadas de protección.

Este acotamiento del elemento caracterizador del tipo permite, bien desde el principio de precaución como criterio político-criminal y como criterio normativo de imputación, bien desde un análisis dogmático de las conductas penales, situar estas dentro de las restricciones típicas que legitiman la intervención penal, sin que se identifiquen en términos absolutos con una concepción del injusto orientada causalmente y con la mera tipificación de la presunción legal del inicio de un proceso causal lesivo.



**QUINCUAGÉSIMA.-** Tanto en el **artículo 143 bis** como en el **artículo 156 ter**, el prelegislador ha incluido una regla aplicable al eventual concurso de delitos que pueda darse en cada caso, como resultado de la concreción del riesgo en otra conducta típica también eventualmente concurrente, según los supuestos.

El prelegislador ha optado por articular de forma expresa la regla del concurso medial o ideal de delitos prevista en el apartado primero del artículo 77 del Código Penal que, en el caso contemplado en el artículo 143 bis, se explica por el carácter típico de la conducta en que se concreta el riesgo prevenido en la norma, que se identifica con la sancionada en el artículo 143 del Código Penal.

No obstante, conviene alertar sobre esta técnica normativa y someter a la consideración del prelegislador la conveniencia y la oportunidad de introducir esta regla. Con independencia de que no es usual incorporar a los tipos penales las reglas que definen los concursos de delitos ni, en general, las reglas para la aplicación de las penas, que el Código Penal recoge en el Título III del Libro I, al incorporar a los artículos 143 bis y 156 ter esta regla se corre el riesgo de predeterminar normativamente la imputación del resultado en que se concreta el peligro prevenido y de predeterminar asimismo la apreciación de la concurrencia delictual, limitando las facultades del tribunal. No puede perderse de vista que en estos delitos de peligro abstracto-concreto, en el que el bien jurídicamente protegido presenta un carácter instrumental respecto de la indemnidad de otros bienes jurídicos personales protegidos por la tipificación de la conducta y el resultado en que se materializa el riesgo, la aplicación de las reglas concursales –del concurso ideal, en concreto- puede producir problemas al entrar en colisión con el principio *non bis in ídem*.

**QUINCUAGESIMOPRIMERA.-** Cuando la regla del artículo 77.2 CP se refiere a la autolesión de la persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección, surge el problema de determinar cuál es la conducta típica en que se concreta el riesgo prevenido, y que ha de entrar en concurso con la conducta tipificada en el artículo 156 ter. Teniendo en cuenta que la autolesión no es en sí misma una conducta tipificada, el concurso de delitos solamente sería concebible desde la hipótesis de la realización de la conducta sancionada a través de la autoría mediata a que se refiere el artículo 28 del Código Penal para la eventual comisión de un delito de lesiones en donde la víctima es a su vez instrumento para la comisión del hecho punible.

**QUINCUAGESIMOSEGUNDA.-** Es significativa la omisión de la regla del artículo 77.2 CP en los tipos penales de los **artículos 189 bis y 361 bis**,



cuando es dable la hipótesis de concreción del riesgo prevenido en ellos materializándose en las conductas típicas que protejan la libertad e indemnidad sexuales, particularmente las previstas en el Capítulo V –delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores- y en los Capítulos II bis –de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años- y IV –delitos de exhibicionismo y provocación sexual- del Título VIII –delitos contra la libertad e indemnidad sexuales- del Código Penal, y aquellas que protejan en sus distintas modalidades la integridad física y la salud de las personas menores de edad y con discapacidad necesitadas de protección. Con independencia de que quepa someter a la consideración del prelegislador la conveniencia de mantener una regla concursal en la definición de estos tipos penales, razones de coherencia justificarían dar, en todo caso, un mismo tratamiento normativo a todos ellos.

**QUINCUAGESIMOTERCERA.-** Debe entenderse involuntaria la omisión que realiza el prelegislador cuando en los artículos 143 bis y 156 ter, en lugar de referirse a las personas «[...] *necesitadas de **especial** protección*», alude a «*personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de protección*».

**QUINCUAGESIMOCUARTA.-** El **artículo 156 quinquies** impone una pena de inhabilitación potestativa, que puede ser impuesta o no al condenado, y puede serlo como pena conjunta a la señalada en el tipo, por cualquier delito doloso de lesiones, e incorpora, como criterios de aplicabilidad, la gravedad del delito, el número de delitos cometidos y las circunstancias que concurren en el condenado. Resultaría más adecuado, en aras a una mayor adecuación al principio de proporcionalidad, que se condicionara la imposición de esta pena a las circunstancias del delito cometido, y que su imposición guarde, así, vinculación con las personas menores de edad para cuya protección se concibe, excluyéndose su imposición como accesoria de delitos leves de lesiones.

**QUINCUAGESIMOQUINTA.-** El texto proyectado deroga **el apartado tercero del artículo 201 del Código Penal**. La derogación de este apartado conlleva la exclusión del perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Sin embargo, se sigue manteniendo el carácter semipúblico de estos delitos, exigiéndose por ello como requisito de procedibilidad la denuncia de la persona agraviada, lo que por otra parte no deja de resultar un tanto particular, por la ausencia de persona agraviada, al menos de una manera directa, en delitos como los tipificados en los artículos 197 bis y ter del Código Penal.





**QUINCUGESIMOSEXTA.-** La sustitución en el **artículo 220.2 CP** de la expresión «un hijo» por la de «una persona menor de dieciocho años» supone, de una parte, que el delito deja de ser un tipo especial propio, por cuanto se amplía el sujeto activo del mismo a cualquier persona menor de dieciocho años, y por otra parte, limita el sujeto pasivo a las personas menores de edad. Sin embargo, nada se dice respecto de la entrega de un mayor de edad discapacitado necesitado de especial protección para alterar o modificar su filiación, por lo que el precepto podría incluir expresamente esta situación.

**QUINCUGESIMOSEPTIMA.-** El anteproyecto de Ley introduce **un segundo párrafo en el artículo 13 LECrim** que regula una medida de restricción de contenidos ilícitos difundidos a través de los servicios de la sociedad de la información con la que se pretende evitar la continuidad delictiva y la permanencia del ataque al bien jurídico protegido por las normas penales, con el fin de salvaguardar los derechos de la víctima e impedir la propagación y multiplicación del delito. Desde el punto de vista sustantivo, las medidas contempladas en el precepto proyectado se acomodan a lo previsto tanto en la LSSICE como en los preceptos del Código Penal, estableciéndose los tres tipos de medidas de restricción posibles: retirada de contenidos, interrupción del servicio y el bloqueo del acceso desde España al servicio ubicado en el extranjero, todas de carácter provisional, de acuerdo con la fase cautelar en la que son acordadas.

**QUINCUGESIMOCTAVA.-** Cabe entender que las medidas previstas en el nuevo párrafo del artículo 13 LECrim tienen un alcance general y son aplicables a cualquier delito cometido a través de internet, el teléfono u otras tecnologías de la información. En este sentido merece una valoración favorable pues viene a cubrir una laguna de protección cautelar frente a ataques a bienes jurídicos penalmente protegidos cometidos mediante internet u otras tecnologías de la información. El anteproyecto corrige así un déficit de la vigente ley procesal penal en términos de legalidad y seguridad jurídica, pues acudir al vigente artículo 13 LECrim como norma habilitadora para acordar la retirada de contenidos o el bloqueo de páginas web como medidas de protección, fuera de los casos expresamente contemplados en el Código Penal, pudiera resultar dudoso desde el punto de vista de la calidad de ley, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**QUINCUGESIMONOVENA.-** Las medidas de retirada, interrupción o bloqueo que se prevén en el proyectado artículo 13 LECrim constituyen límites al ejercicio de la libertad de comunicación, reconocida en el artículo 20.1.d CE, establecidos en razón de la necesaria protección de los derechos



fundamentales de las víctimas y de otros bienes jurídicos de relevancia constitucional, como la protección de la infancia y la juventud (art. 20.4 CE), y como consecuencia de la ilicitud del contenido de lo difundido y divulgado derivada de su tipificación como delito. Es más, cabe entender que la prohibición penal de la difusión de determinados contenidos o informaciones prohibidas delimita el ámbito protegido por la libertad de información, de modo que este tipo de contenidos penalmente ilícitos quedan fuera del contenido propio del derecho fundamental. De este modo, retirar o impedir su difusión no constituye, propiamente, una restricción al contenido de un derecho, sino la consecuencia apropiada de la prohibición penal. Es claro, por tanto, que la regulación proyectada no incide sobre materia reservada a Ley Orgánica, al no constituir lo que el Tribunal Constitucional ha calificado de «restricciones directas del derecho fundamental» que constituyen un forma de desarrollo del derecho fundamental.

**SEXAGÉSIMA.-** El prelegislador ha estimado como *sedes materiae* más adecuada la regulación procesal de las primeras diligencias que, por su carácter urgente, corresponde adoptar al Juez inmediatamente que tenga noticia de la perpetración del delito, aun no siendo el competente. No resulta objetable esta opción del anteproyecto dado el carácter tuitivo para las víctimas que tienen las medidas previstas. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, cabe plantear como alternativa la inserción de esta norma habilitadora para acordar restricciones en la difusión a través de internet y otras tecnologías de la comunicación en el marco del capítulo V del Libro IV como eventual artículo 823 ter. En efecto, en el referido capítulo se prevén las medidas de secuestro de publicaciones y de prohibición de difusión en relación con los delitos cometidos, respectivamente, a través de medios de difusión mecánicos (art. 816 a 823 LECrim) y a través de medios sonoros o fotográficos, difundidos por escrito por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares (art. 823 bis LECrim). La adaptación y actualización de esta regulación a la realidad de los medios de comunicación actuales aconsejaría incorporar el tratamiento específico de las medidas de restricción procedentes respecto de los delitos cometidos a través de internet, del teléfono u otras tecnologías de la información o la comunicación.

**SEXAGESIMOPRIMERA.-** En cuanto a la forma de adopción de las medidas contempladas en el segundo párrafo del artículo 13 LECrim, se dispone que el Juez podrá acordarlas de oficio o a instancia de parte, lo cual es coherente con el principio de oficialidad que rige, con carácter general, en la fase de instrucción, salvo para las medidas cautelares personales que inciden sobre el derecho de libertad personal que están sometidas al



principio acusatorio (art. 505 LECrim). Debe advertirse que la regulación propuesta no resultará aplicable a los supuestos de medidas de retirada o bloqueo referidas a pornografía infantil, pues para este tipo de delito el artículo 189.8 CP condiciona la adopción por el Juez de estas medidas con carácter cautelar a la previa petición del Ministerio Fiscal. El carácter orgánico del precepto le hace resistente a la nueva regulación procesal proyectada, por lo que para mantener el carácter homogéneo del tratamiento procesal de estas medidas resulta necesario acometer la reforma del segundo párrafo del artículo 189.8 CP, eliminando el inciso final «a petición del Ministerio Fiscal».

**SEXAGESIMOSEGUNDA.-** Desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, la regulación proyectada debe mejorarse, en el sentido de especificar que la interrupción provisional de los servicios debe ceñirse a aquellos «que ofrezcan exclusiva o preponderantemente dichos contenidos». Esta misma fórmula debe incorporarse en los correspondientes preceptos del Código Penal proyectados (art. 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis) sustituyendo la expresión «predominante», que resulta gramaticalmente incorcondante.

**SEXAGESIMOTERCERA.-** La nueva regulación contenida en al **artículo 416.a LECrim** sobre el ejercicio de derechos de dispensa del deber de declarar por parte de los menores, el anteproyecto se aparta de la jurisprudencia que ha establecido el criterio de la madurez del menor como determinante para la capacidad de ejercicio del derecho de dispensa. El anteproyecto opta por excluir, con carácter general, a los menores de edad del ejercicio de derecho del artículo 416.a LECrim, encomendándolo en todo caso a sus representantes legales, y en caso de conflicto de intereses con uno de ellos, al otro, y en última instancia, al Ministerio Fiscal. La presunción de incapacidad del menor de edad para ejercer el derecho de dispensa de la que parte el anteproyecto no resulta acorde con el principio bien establecido tanto en el derecho internacional como en nuestro ordenamiento de atender al desarrollo de las capacidades del menor para reconocerle el ejercicio de derechos (art. 5 Convención de Derechos del Niño; art. 2.3 LO 1/1996; art. 162.1º CC). Esta limitación al ejercicio de un derecho constitucional (art. 24.2 CE), claramente conectado con el derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), no parece justificarse en una necesidad imperiosa de proteger a todos los menores, independientemente de su edad y madurez, del trance de decidir por sí mismos el conflicto entre el deber de declarar como testigo y los lazos sentimentales o de solidaridad para con el pariente imputado.

**SEXAGESIMOCUARTA.-** Resulta estimable el propósito del prelegislador



de ofrecer una pauta clara y homogénea en la actuación instructora estableciendo un umbral de edad fijo para el ejercicio del derecho de dispensa, pero no resulta razonable excluir en todo caso al menor maduro. Puede discutirse cuál es la edad a partir de la cual cabe estimar la adquisición de la madurez apropiada para afrontar el tipo de decisión que plantea el derecho de dispensa, pero atendiendo a los tres escalones de madurez que establece nuestro ordenamiento cabe señalar que el umbral de 16 años parece suficiente para el ejercicio de este derecho.

**SEXAGESIMOQUINTA.-** La previsión de que, en caso de conflicto con sus representantes legales, decidirá el Ministerio Fiscal. No debe olvidarse que el Ministerio Fiscal es titular de la acción pública y parte en el proceso (art. 105 LECrim) y, al tiempo, se le encomienda una función tuitiva en el proceso de los intereses del menor (art. 2.5.c LO 1/1996). Sin embargo, la regulación proyectada comporta un riesgo de confusión entre la misión de promover la acción de la justicia en la persecución del delito y la encomienda al ministerio público de proteger el interés superior del menor a la hora de ejercer el derecho de dispensa. Atribuir al Ministerio Fiscal, en caso de conflicto de intereses del menor con sus representantes legales, la decisión de si este declarará o no como testigo en la fase de instrucción puede comportar una apariencia de falta de neutralidad. Los riesgos señalados podrían sortearse acudiendo a la institución prevista con carácter general para los casos de conflicto de intereses que es el defensor judicial (art. 163 CC) y que ha sido expresamente señalada por la jurisprudencia como la vía procedente del ejercicio del derecho de dispensa en este tipo de supuestos. Es la figura del defensor judicial, por lo demás, la solución prevista, con carácter general, para los casos de víctimas menores de edad respecto de las que se aprecie la existencia de conflicto de intereses con sus representantes legales (art. 26.2.a Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito), en el marco de lo establecido por el artículo 24.1.b de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos.

**SEXAGESIMOSEXTA.-** En relación con las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, debe señalarse, asimismo, que la atribución en todo caso del ejercicio del derecho de dispensa a los representantes legales no se ajusta a la reforma en trámite de nuestra legislación en materia de protección de la discapacidad en la que se opta, decididamente, por un nuevo paradigma en torno al cual se estructura el régimen jurídico civil y procesal de la discapacidad, que gravita en torno a la consideración de que las personas que sufren algún tipo de discapacidad,



física, psíquica, intelectual, sensorial o funcional, son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones que las demás personas, y con acceso al sistema de apoyos que se diseña para el pleno y adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones. La redacción proyectada, por tanto, del artículo 416.a, tercer párrafo, LECrim deberá acompasarse al nuevo régimen de ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad.

**SEXAGESIMOSEPTIMA.-** El anteproyecto introduce un **cuarto párrafo en el artículo 416.a LECrim** en el que se establece un límite al derecho de dispensa 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, u otro régimen de representación legal, o integrada de hecho en su núcleo de convivencia familiar. En el presente caso, el prelegislador ha primado el deber de colaboración con la Justicia (art. 118 CE) frente a las consideraciones de protección de la intimidad familiar (art. 18.1 CE) en razón de la especial vulnerabilidad de las víctimas. El establecimiento de este límite al derecho de dispensa ha de valorarse favorablemente pues constituye una restricción justificada en un interés público prevalente en la investigación penal de los delitos en que sean víctimas menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

**SEXAGESIMOCTAVA.-** Se incorpora un **nuevo artículo 448 bis LECrim** que establece el carácter obligatorio de la prueba preconstituida de la exploración de las personas menores de 14 años y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección tanto como víctimas, como testigos en la fase de instrucción de un procedimiento que tenga por objeto delitos cuyo bien jurídico protegido esté constituido por bienes de carácter personal («homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo»). Asimismo, fuera de estos supuestos, con carácter subsidiario, la prueba preconstituida tiene carácter facultativo respecto de *«cualquier persona mayor de catorce años»*, en atención de su especial vulnerabilidad y de la naturaleza del delito. La regulación proyectada merece un juicio positivo por cuanto, en líneas generales, expresa un equilibrio razonable, respetuoso con los derechos de defensa del investigado/acusado, por un lado, y garante de los derechos de víctimas y testigos menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, evitando los riesgos de victimización



secundaria derivados de la reiteración de declaraciones en el proceso y la prolongación de las actuaciones. De este modo cabe apreciar que la opción proyectada se sitúa en línea con los estándares fijados en esta materia por normas internacionales y de derecho de la Unión Europea, se adecúa a la doctrina constitucional y recoge los desarrollos jurisprudenciales impulsados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

**SEXAGESIMONOVENA.-** De la jurisprudencia expuesta tanto del TEDH como del TC y del TS cabe derivar la idea de que la prueba preconstituida modula o matiza la regla general de producción de la prueba en el juicio oral sometida a los principios de inmediación y contradicción y que tiene, en cierto sentido, un carácter excepcional, en la medida en que ha de venir justificada por una causa legítima, apreciada caso a caso. De este entendimiento se aparta, en cierto modo, la regulación proyectada al configurar la exploración de los menores de 14 años y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección como obligatoria cuando se trate de la investigación de alguno de los delitos enumerados por el precepto. Esta opción respeta lo establecido en el artículo 24.1.a de la Directiva 2012/29/UE y configura una medida de protección procesal que, desde el punto de vista de la Directiva, cumple con el objetivo de protección establecido por el Derecho de la Unión Europea y que, desde el punto de vista de modulación o matización del derecho a un proceso con todas las garantías, está justificada por razones victimológicas, pues el prelegislador puede asumir razonablemente que estas dos categorías de personas por su especial vulnerabilidad tienen en todo caso un riesgo de victimización secundaria consistente en un mayor estrés emocional, angustia, depresión o miedo, que puede interferir en el proceso terapéutico de recuperación.

**SEPTUAGÉSIMA.-** La configuración legal como obligatoria de la prueba preconstituida para un conjunto de supuestos contribuye a la claridad en su aplicación y redundante en una protección homogénea y sin fallas para todas las personas a las que el prelegislador estima, en todo caso, necesitadas de una especial protección. Debe advertirse, sin embargo, que de acuerdo con la jurisprudencia, la especial vulnerabilidad que justifica la excepción al régimen ordinario de la práctica de la prueba en el juicio oral concurre cuando se trate de menores de edad, o personas con discapacidad. Por ello la previsión la opción del prelegislador de facultar la práctica de prueba preconstituida respecto de «cualquier persona mayor de catorce años» debería limitarse a las personas menores de edad y mayores de catorce años. La regulación aplicable a la preconstitución de la prueba a la declaración de personas mayores de edad debe ser la prevista con carácter general en el artículo 448 LECrim.



**SEPTUAGESIMOPRIMERA.-** La exigencia de que «el investigado deberá estar presente en la exploración» debe matizarse en línea con la doctrina jurisprudencial que mantiene que la no presencia del imputado en la práctica de la prueba preconstituida es una irregularidad procesal que no determina, sin embargo, la exclusión de la prueba, salvo resulta una indefensión constitucional relevante. En atención, justamente, de la prevalencia de la necesidad de protección del menor o persona con discapacidad en que se fundamenta el nuevo régimen legal proyectada, parece más apropiado acudir, en este caso, a la técnica adoptada en la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, en su artículo 433 y considerar necesaria la presencia de la asistencia letrada del investigado y la citación de la persona encausada, pero no su presencia efectiva. Exigir la presencia del investigado en la práctica de la exploración comporta el riesgo de dejar al albur de la voluntad la eficacia de la medida de protección procesal de los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

**SEPTUAGESIMOSEGUNDA.-** Debe subrayarse que la eficacia y viabilidad del nuevo régimen proyectado de prueba preconstituida exigirá la puesta a disposición por parte de las Administraciones competentes, de forma perentoria, de los medios personales (personal experto para practicar las exploraciones) y materiales (soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, medios técnicos para evitar la confrontación visual con la persona explorada). Además, la dependencia de la aplicación de las previsiones procesales de la disponibilidad de estos medios determinará la necesaria colegiación de esfuerzos tanto del órgano jurisdiccional como de las administraciones prestadoras de medios personales y materiales.

**SEPTUAGESIMOTERCERA.-** El **artículo 448 bis LECrim** proyectado dispone que «*las medidas previstas en este artículo no serán aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve*». La ubicación de esta previsión en la economía del precepto determina que opere como cláusula de exclusión referida tanto a los supuestos de prueba preconstituida obligatoria como a los supuestos de prueba preconstituida de carácter facultativo (mayores de 14 años a la vista de su especial vulnerabilidad y de la naturaleza del delito cometido, para evitar causar un perjuicio irreparable). El alcance general de la exclusión de la prueba preconstituida en relación con los delitos leves no resulta acertado. Puede considerarse procedente y justificada la exclusión de este tipo de delitos del carácter obligatorio de la prueba preconstituida, pues el legislador legítimamente puede considerar que en este tipo de ataques de escasa entidad a bienes de tipo personal (por ejemplo, imprudencia grave con resultado de muerte-



art. 142.2 CP; imprudencia menos grave con resultado de lesiones –art. 152.2 CP; detención por particular para presentar a la autoridad –art. 163.4 CP) no cabe presumir de forma general que existe en todo caso un riesgo de victimización secundaria. Ahora bien, no resulta igualmente plausible que no se habilite al Juez la apreciación casuística de la concurrencia de esa causa legítima que justifique la preconstitución de la prueba: las hipótesis de riesgo de victimización secundaria en supuestos de delitos leves pueden ser excepcionales, pero no por ello inexistentes, y sería bueno mantener cierta flexibilidad en la regulación, huyendo de opciones rígidas y uniformizadoras que puedan generar lagunas de protección.

**SEPTUAGESIMOCUARTA.-** Las modificaciones propuestas por el prelegislador orgánico en la **disposición final séptima para incorporar, en el marco normativo de la LOPJ**, la formación sobre la protección de la infancia y la adolescencia, por una parte responden a los requerimientos que se derivan de los instrumentos y las recomendaciones de los organismos internacionales; por otra se ajustan al principio de reserva de ley, y de reserva cualificada, que ha de marcar los límites y las pautas del desarrollo reglamentario que eventualmente lleve a cabo el Consejo General del Poder Judicial, concretamente en el seno del Reglamento de la Carrera Judicial; y por otra, respetan el marco de distribución de competencias en la regulación de la Administración de Justicia, al tiempo que han de servir de base para la articulación de los también eventuales instrumentos de colaboración entre este órgano de gobierno del Poder Judicial y las distintas Administraciones públicas con competencia en materia de Administración de Justicia para el desarrollo de planes y programas formativos sobre esta materia. Desde esta perspectiva, ninguna tacha merecen la modificaciones propuestas por el prelegislador.

**SEPTUAGESIMOQUINTA.-** Sin perjuicio de la valoración general positiva que merece la disposición examinada, cabe hacer respecto de ella las siguientes consideraciones:

- a) La nueva redacción del **apartado 2 del artículo 307 LOPJ** desplaza su actual segundo párrafo, conforme al cual «[E]n la fase teórica de formación multidisciplinar se incluirá el estudio en profundidad de las materias que integran el principio de no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres, y en particular de la legislación especial para la lucha contra la violencia sobre la mujer en todas sus formas», para contemplar únicamente la formación teórica multidisciplinar que «[i]ncluirá el estudio en profundidad de la legislación nacional e internacional de los derechos de la infancia y la adolescencia, con especial atención a la Convención sobre los Derechos del Niño y sus





observaciones generales». A la vista de la previsión legal vigente, y de las razones que han llevado a su inclusión en el apartado 2 del artículo 307 LEC, que atienden a la necesidad de profundizar en la formación y en la capacitación judicial en violencia de género y en derecho antidiscriminatorio, incluyendo la perspectiva de género y la transversalidad tanto en las oposiciones a la judicatura como en el curso teórico-práctico seguido en la Escuela Judicial y en la formación continua, se sugiere reconsiderar la supresión de dicha previsión, y la conveniencia de mantenerla, incorporando al precepto un nuevo párrafo tercero que contemple la formación teórica multidisciplinar en materia de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, en los términos propuestos por el prelegislador.

- b) El **segundo párrafo del artículo 310 LOPJ** reza: «El temario deberá garantizar la adquisición de conocimientos sobre el principio de no discriminación y especialmente de igualdad entre mujeres y hombres y, en particular, de la normativa específica dictada para combatir la violencia sobre la mujer, incluyendo la de la Unión Europea y la de tratados e instrumentos internacionales en materia de igualdad, discriminación y violencia contra las mujeres ratificados por España». Por las razones expuestas con anterioridad, cabe someter a consideración del prelegislador la conveniencia de mantener la actual redacción de este segundo párrafo, introduciendo un tercer párrafo –acaso articulando el precepto en apartados numerados- para establecer la inclusión en las pruebas selectivas para el ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal de la materia de protección de los derechos de la infancia y adolescencia, en los términos que propone el prelegislador.
- c) El **apartado 5 del artículo 433 bis LOPJ**, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2018, establece lo siguiente: «5. El Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contendrá cursos específicos de naturaleza multidisciplinar sobre la tutela judicial del principio de igualdad entre mujeres y hombres, la discriminación por cuestión de sexo, la múltiple discriminación y la violencia ejercida contra las mujeres, así como la trata en todas sus formas y manifestaciones y la capacitación en la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho, además de incluir dicha formación de manera transversal en el resto de cursos». Se sugiere, también aquí, mantener la redacción actualmente vigente, y añadir un segundo párrafo a este apartado 5 referido a la inclusión en el Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial de



los contenidos relativos a la protección de la infancia y adolescencia y a la introducción del enfoque de la discapacidad.

**SEPTUAGESIMOSEXTA.-** La **disposición final duodécima del Anteproyecto** contempla la creación de la jurisdicción especializada en Infancia, Familia y Capacidad.

El prelegislador propone a) la creación de lo que denomina “jurisdicción especializada en la Infancia, Familia y Capacidad”, dentro del orden jurisdiccional civil; b) la especialización de los jueces y magistrados que han de servir en ese orden jurisdiccional especializado, regulando las pruebas selectivas para ello; c) la configuración –por ley ordinaria- de la composición y funcionamiento de los equipos técnicos adscritos a dicha jurisdicción y la forma de acceso a los mismos de acuerdo con los criterios de especialización y formación recogidos en la Ley Orgánica proyectada; y d) la especialización de los miembros del Ministerio Fiscal en esta materia, con la correspondiente modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

A reserva de su definitiva configuración en la prevista futura ley orgánica de modificación de la LOPJ, la “jurisdicción especializada” que prevé la disposición final duodécima del Anteproyecto parece identificarse con la creación de órganos jurisdiccionales que, dentro del orden jurisdiccional civil, estarán especializados en materia de infancia, familia y capacidad, y la especialización de jueces y magistrados en dicha materia, obtenida a través de las pruebas selectivas que se establezcan en la futura ley orgánica de reforma, tendría la incidencia en el régimen de promociones, ascensos y destinos de la Carrera Judicial en la manera en que se determine en esa futura ley orgánica. De ser efectivamente así, la disposición final duodécima que se examina debería evitar referirse a estos órganos jurisdiccionales especializados como pertenecientes a un *orden* jurisdiccional propio.

**SEPTUAGESIMOSEPTIMA.-** La prevista futura ley orgánica deberá definir con claridad si, a la par que con esos órganos jurisdiccionales especializados –en esa nueva jurisdicción especializada, entendida del modo indicado-, se articula una nueva especialidad en la Carrera Judicial, que se situará junto con la de mercantil, contencioso-administrativa, social, y violencia sobre la mujer, y junto con la especialidad civil y penal que se establezca y regule en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, así como aquellas que reglamentariamente establezca el Consejo General del Poder Judicial, también de conformidad con lo previsto en dicha disposición adicional; o si, por el contrario, sin crear una nueva especialidad en la Carrera Judicial, se trata de prever la articulación de la



especialización de los jueces y magistrados que han de servir preferentemente en los órganos jurisdiccionales que, dentro del orden jurisdiccional civil, integrarán esa "jurisdicción especializada en Infancia, Familia y Capacidad" a través de las pruebas selectivas que se establezcan para garantizar su adecuada formación y capacitación en la materia.

**SEPTUAGESIMOCTAVA.-** En el caso de que la voluntad del prelegislador fuese establecer una nueva especialidad en materia de infancia, familia y capacidad, debería tener en cuenta la habilitación que desde la señalada disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 7/2015 se confiere a este órgano de gobierno del Poder Judicial para articular reglamentariamente las pruebas de especialización correspondientes, siempre dentro del marco que establecen los artículos 311 y 312 de la LOPJ.

**SEPSUAGESIMONOVENA.-** A falta de la concreción definitiva del ámbito material de la proyectada jurisdicción especializada en Infancia, Familia y Capacidad, cabe afirmar que, si ya la incidencia de la implementación del nuevo régimen de protección de las personas con discapacidad ponía en cuestión la suficiencia de la estructura de la organización judicial actual y de sus configuración territorial para hacer frente a los mayores requerimientos que se derivarán del sistema de apoyos diseñado por el prelegislador, la creación de una jurisdicción especializada que aglutine las materias de discapacidad, familia e infancia conduce a cuestionar aún más si cabe la suficiencia de la estructura judicial actual. La articulación de una jurisdicción con semejantes competencias exige un redimensionamiento y una reorganización de la actual planta judicial y de la Administración de Justicia si se quieren lograr aquellas finalidades que sirven al prelegislador de argumento para proponer su creación. Requiere no solo un aumento significativo de los órganos judiciales y un nuevo diseño de su organización territorial, sino un correlativo aumento de las oficinas judiciales, de medios personales y materiales y de la estructura auxiliar del órgano judicial para que esta nueva jurisdicción especializada sea eficaz cuantitativa y cualitativamente y permita satisfacer adecuadamente la finalidad última que anima su creación, cual es la mejor protección de los derechos de los menores y en general de las personas vulnerables, ya por su minoría de edad, ya por razón de alguna discapacidad.

De no abordarse la configuración de esta jurisdicción especializada con el necesario redimensionamiento y la correspondiente reorganización de la planta judicial, la consecución de aquellas finalidades que animan la propuesta de su creación –la reducción de los costes marginales en la



resolución de los casos, la disminución de la duración de los procedimientos y del tiempo de respuesta judicial, la mejor solución a las necesidades de protección de menores y discapacitados, la mejora en la cantidad y calidad de la respuesta judicial, así como del grado de acierto, desde la especialización y un enfoque multidisciplinar, y la protección igualitaria, adecuada y uniforme de los derechos de la infancia y de los discapacitados- sería muy difícil, si no imposible, de lograr.

**OCTOGÉSIMA.-** La regulación por ley ordinaria de la composición y funcionamiento de los equipos técnicos adscritos a la jurisdicción especializada y la forma de acceso a los mismos, dentro del marco que configura la LOPJ, se acomoda al régimen de distribución de competencias que se deriva de la Constitución y de la LOPJ, el cual condiciona la actuación normativa de las Comunidades Autónomas sobre este particular, en aquellas que han asumido competencias en materia de Administración de Justicia.

Es cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 30 de mayo de 2019.

Jose Luis de Benito y Benítez de Lugo  
Secretario General