



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

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

I. ANTECEDENTES

Por medio de comunicación de fecha 18 de enero de 2019, con entrada en la Fiscalía General del Estado de 21 de enero, el Sr. Secretario de Estado de Justicia remite el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

A tenor de las previsiones del artículo 14.4.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, corresponde al Consejo Fiscal emitir informe acerca de los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones propias del Ministerio Fiscal.

Dada la extensión del texto, en fecha 22 de enero de 2019 el Fiscal Jefe Inspector solicitó formalmente del Secretario de Estado de Justicia, la prórroga del plazo de 30 días hábiles para emitir el presente informe, resultando concedida la misma en los términos interesados.

Según su Exposición de motivos, la nueva Ley aspira a «*combatir la violencia sobre la infancia y la adolescencia desde una aproximación integral*», de modo que el texto reviste un carácter marcadamente transversal, viéndose afectadas por su articulado materias y cuerpos normativos de muy diferentes



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

especialidades del Derecho vinculadas con la organización y estructura del Ministerio Fiscal, además de incidir en algunas de sus funciones. Es por ello que la emisión del presente informe entra dentro de las competencias consultivas del Consejo Fiscal, expresa el parecer de dicho órgano colegiado sobre el Anteproyecto, y da cumplimiento al trámite preceptivo previsto en la legislación orgánica del Ministerio Público.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS. ORDEN EXPOSITIVO Y MATERIAS
OBJETO DE INFORME

El Anteproyecto de Ley se estructura en 57 artículos distribuidos en un título preliminar y cinco títulos numerados del I al V, cinco disposiciones adicionales, una disposición derogatoria, una disposición transitoria y quince disposiciones finales. El texto trata de dar respuesta –y en ese sentido, la iniciativa se valora positivamente- a las observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, aprobadas por el Comité de los Derechos del niño en su 77º período de sesiones (14 de enero a 2 de febrero de 2018), en las que se recordaba la necesidad de que nuestro país «adopte todas las medidas necesarias para asegurar que la legislación y las normas administrativas de todas las comunidades autónomas se ajusten plenamente a los principios y las disposiciones de la Convención sobre los derechos del niño y los dos Protocolos Facultativos, y se asegure de que la legislación regional sea acorde con los marcos jurídicos nacionales relacionados con los derechos del niño, vele por su aplicación homogénea y garantice recursos humanos, técnicos y financieros adecuados y suficientes».

Dado que la norma aspira a dar un enfoque multidisciplinar e integral a la regulación de la prevención y protección de la infancia y la adolescencia frente a



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

la violencia, su articulado incide de forma notable en las funciones del Ministerio Fiscal, no solo en su calidad de garante del superior interés de los menores (artículo 3.6 del EOMF y 19 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito), sino también en otras facetas que le son propias, como el ejercicio de la acción penal en la jurisdicción ordinaria y en la de menores, y la intervención en las áreas especializadas de extranjería, criminalidad informática, civil y familia, víctimas, vigilancia penitenciaria y violencia sobre la mujer.

Así pues, el informe incidirá en prácticamente todo el articulado, sin perjuicio de detenerse en aquellos preceptos que resultan más directamente vinculados con la actividad del Ministerio Público. Aun cuando se pretende evitar la dispersión normativa, en el propio texto del Anteproyecto se prevé el desarrollo futuro de varias otras leyes (por ejemplo, la del menor frente a las tecnologías) además de modificar un buen número de normas en las disposiciones adicionales, de modo que la dispersión resulta finalmente inevitable y lleva en ocasiones al solapamiento con las materias ya reguladas en otros cuerpos normativos vigentes en la actualidad.

Más concretamente, el informe abordará de forma somera el análisis del Preámbulo, el Título Preliminar, los Títulos I, II, III y V, las Disposiciones Adicionales Primera, y Tercera, la Disposición Derogatoria Única, las Disposiciones Finales sexta, duodécima y decimoquinta y se detendrá más en el Título IV, las Disposiciones Finales Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Novena, por referirse a materias directamente vinculadas con la actividad del Fiscal en los órdenes jurisdiccionales penal, procesal penal, de derecho penitenciario, civil, menores de reforma y protección y violencia contra la mujer.

En cuanto al orden expositivo, se sigue el del propio articulado y demás disposiciones del Anteproyecto.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Los apartados que no se mencionan expresamente no son objeto de comentario por exceder su contenido de las previsiones del artículo 14. 4.j) del EOMF.

III. EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA

Con carácter general, se valora positivamente la utilización en el Anteproyecto del denominado «lenguaje inclusivo». La lengua es uno de los medios a través de los cuales se transmite la concepción del mundo en el que vivimos o en el que querríamos vivir. Es, además, un elemento social a menudo permeado de sesgos culturales, en alguno de los cuales cristalizan ideas discriminatorias; el uso exclusivo del genérico del masculino a la hora de hablar de «mujeres y hombres» en alguna medida puede dificultar la visibilidad de las primeras. Sin embargo, la Real Academia de la Lengua Española advierte de que los desdoblamientos (utilización de alocuciones tales como *niños y niñas, hijos e hijas, etc.*) deben utilizarse con cierta medida, dado que desde el punto de vista lingüístico su reiteración a lo largo de todo el texto resulta innecesaria y, en alguna medida, artificiosa.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Exposición de motivos del Anteproyecto afirma abiertamente la necesidad de la norma, conforme a las sugerencias del Comité de Derechos del Niño de los años 2010 y 2018, que recomendaban a nuestro país que *«aprobase una ley integral sobre la violencia contra los niños, parecida a la aprobada contra la*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

violencia de género, que garantizase la reparación de sus derechos y unas normas de atención mínimas en las diferentes comunidades autónomas».

Más adelante y por lo que se refiere a las finalidades perseguidas con dicha ley integral se dice que *«...esta nueva norma persigue establecer en colaboración con las Comunidades Autónomas un sistema de protección uniforme en todo el territorio del Estado frente a la vulneración de derechos que significa la violencia contra la infancia y la adolescencia, y que supere la fragmentación del modelo actual. Así, dentro de su ámbito competencial, las Comunidades Autónomas han ido incorporando en su normativa de protección a la infancia referencias específicas a la violencia contra los niños, niñas y adolescentes, pero no existe ni un concepto común de violencia ni un tratamiento igualitario.*

En definitiva, 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».

La aludida «imperiosa necesidad» proclamada en la Exposición de motivos, reclamaría una referencia expresa a los avances legislativos en la protección del menor como víctima del delito, tanto penales como procesales, junto con los diversos Protocolos estatales y autonómicos desarrollados en esta materia, de forma que fuera posible constatar su insuficiencia y, como consecuencia, sustentar la necesidad de la norma.

Es cierto que en nuestro Derecho procesal no existe un conjunto sistematizado de normas jurídicas que regulen las particularidades que puede revestir el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

testimonio y las comparecencias de los menores de edad víctimas o testigos ante los Juzgados y Tribunales. Sin embargo, en los últimos años se ha observado una progresiva toma de conciencia sobre este problema.

Esa mayor sensibilidad, unida a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), se tradujo en diversas reformas legislativas de la LECrim. (LO 14/1999, de 9 de junio y LO 8/2006, de 4 de diciembre) tendentes a procurar una mayor protección a la indemnidad del menor testigo en los procesos penales, evitando, entre otros aspectos, los careos y la confrontación visual con los imputados.

El interés de la Fiscalía General del Estado en esta cuestión es indiscutible; prueba de ello es la Circular 3/2009, sobre protección de menores víctimas y testigos, que fijó criterios de actuación en esta materia que no sólo se mantienen vigentes, sino que se han visto refrendados tanto a nivel legislativo como jurisprudencial.

Mención específica merecen la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que adapta nuestro ordenamiento jurídico a las previsiones de la anterior. En los artículos 23 a 26 de la segunda ya se alude a las víctimas menores de edad, y se prevén medidas de protección especiales cuando sean víctimas de delitos contra la libertad sexual (arts. 23.4 y 25), además de la posibilidad de grabar su declaración, preconstituir la prueba y efectuar la exploración por medio de expertos, sea cual fuere el delito, (artículo 26).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Correlativamente, la Ley 4/2015 modificó diversos preceptos de la LECrim. referidos a las declaraciones y la protección de los derechos de las víctimas menores de edad. En concreto, los arts. 433 (declaración ante el Juez de Instrucción) y artículos 681.3, 707 y 730 (juicio oral). Todos estos preceptos están claramente orientados a la protección procesal de los menores víctimas de delito, evitando el contacto o confrontación visual con el infractor, posibilitando la preconstitución de la prueba en los casos en que sea legalmente factible conforme a la doctrina del TC y TEDH y prohibiendo la publicación de informaciones o la divulgación de datos de los menores víctimas.

Igualmente, debe hacerse referencia al «Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil» (elaborado y aprobado por el pleno del Observatorio de la Infancia el 22 de noviembre de 2007, en el que estuvieron representadas las Comunidades Autónomas, y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, FGE, Ministerio de Justicia, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, diferentes ONGs, etc.), sustituido por el «Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar», de 9 de junio de 2014, del mismo Observatorio, que actualiza el anterior en lo que se refiere a los menores de edad víctimas de violencia de género. Asimismo, las diferentes comunidades autónomas han aprobado convenios en esta materia, y la Instrucción 1/2017 de la Secretaría de Estado de Seguridad aprueba y actualiza el «Protocolo de actuación policial con menores» de 12 de septiembre de 2007.

Por último y con carácter general, la protección de los menores y el reconocimiento de sus derechos y autonomía se regula en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, que fue objeto de una importante revisión por LO 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En consideración a lo expuesto, y sin poner en duda la conveniencia de legislar en el sentido proyectado, existen en la actualidad herramientas en vigor que pueden dar una respuesta adecuada a la problemática abordada por el Anteproyecto objeto de informe.

Debería incluirse en el Preámbulo alguna referencia expresa a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, dado que varios preceptos penales y procesales que se modifican alcanzan de manera favorable a los mismos y, sin embargo, ninguna mención se realiza sobre su equiparación a los menores de edad.

Asimismo, se echa de menos una mención en la página 7 de la Exposición de Motivos del Anteproyecto a que la certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales se exija en relación con delitos de trata sobre menores con otras finalidades diferentes a la explotación sexual, como la mendicidad, la explotación laboral o los matrimonios forzados, entre otros.

TÍTULO PRELIMINAR. DISPOSICIONES GENERALES

Relativo al ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, los principios rectores de la futura ley y la definición de violencia.

Aun cuando, a la vista de lo expuesto, la necesidad de la norma no pueda calificarse de imperiosa, se valora positivamente la iniciativa legislativa, dado que toda preocupación por asegurar legalmente el bienestar, la promoción y la protección de los colectivos más vulnerables contribuye al progreso y la modernización del sistema, y sin duda mejora la calidad de nuestro Estado social. El Anteproyecto prevé la imposición futura -también a los entes privados,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

pero muy singularmente a los poderes públicos- de una serie de obligaciones que favorecerán, a corto, medio y largo plazo, la prevención del fenómeno y la adecuación de la respuesta institucional frente a la violencia física y psíquica ejercidas contra la infancia y la adolescencia. También se considera acertado su enfoque global, en la medida en que aborda desde el origen hasta las últimas consecuencias de la violencia, es decir, desde la sensibilización/concienciación, prevención y detección, hasta, finalmente, la reparación de las conductas violentas contra la infancia y la adolescencia.

Artículo 1

El artículo 1 del Anteproyecto en su apartado 2 pretende la delimitación de lo que, a los efectos de la propia Ley, debe entenderse por violencia. Prescinde no obstante del concepto que establece la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que fue modificada por Ley 8/2015, en su artículo 11.2 i), cuando se refiere a *«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»*.

Así, el primer párrafo del apartado 2 del artículo 1 del Anteproyecto ofrece una definición auténtica, cuando, recurriendo a términos muy alejados de las anteriores definiciones del mismo fenómeno, identifica la violencia con *«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 el segundo párrafo se completa la anterior con la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

enumeración -suponemos que ejemplificativa- de una amalgama de conductas de muy diversa gravedad, que, no obstante, tendrían encaje en la amplia definición del primer párrafo. Finaliza el precepto con la frase *«así como los actos de omisión producidos por las personas que deban ser garantes de la protección de personas menores de edad»*, expresión que resulta de una inconcreción jurídica ciertamente indeseable, dado que, al no ir anudada a resultado alguno, posibilita que puedan valorarse como violentas conductas no lesivas y/o intrascendentes.

Si bien es cierto que la propia Exposición de motivos aclara que se ha optado por un concepto *amplio* de la violencia, no debería renunciarse a que el mismo ofrezca unos contornos mejor delimitados y que eviten las dudas interpretativas; en este sentido, el Apdo. 5 del «Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar», de 9 de junio de 2014 da la siguiente definición, que transcribimos en la medida en que nos parece más correcta:

«Acción, omisión o trato negligente, no accidental, que priva al niño o la niña de sus derechos y su bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social y cuyos autores pueden ser personas, instituciones o la propia sociedad».

Si además se quiere definir el maltrato infantil en el ámbito familiar, lo que merecería de una atención particularizada que el Anteproyecto no dispensa, se puede acudir a la definición consensuada de dicho Protocolo:

«Se entenderá por maltrato infantil cualquier acción (física, sexual o emocional) u omisión no accidental en el trato hacia un menor, por parte de sus padres o cuidadores, que le ocasiona daño físico o psicológico y que amenaza su desarrollo tanto físico como psicológico».



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Se considera un acierto la inclusión en el concepto de violencia de aquella que se comete por medio de las tecnologías de la información y comunicación, dado que responde a la tendencia creciente a cometer delitos contra la libertad, la seguridad, la intimidad, la integridad moral y la libertad sexual de los menores a través de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) como consecuencia de su uso generalizado en todas las facetas de las relaciones humanas. No obstante, se detecta la ausencia de mención expresa a las conductas consistentes en la difusión de contenidos vejatorios o que supongan un descrédito o ataque a la dignidad del menor, por lo que se sugiere se incluya alguna referencia al respecto.

Por otra parte, la mención al matrimonio infantil necesariamente habría de ser matizada en el sentido de precisar que el concepto al que se hace alusión no es el del legalmente reconocido como matrimonio voluntario de menores de edad que tienen 16 años cumplidos y se encuentran legalmente emancipados conforme a lo previsto en los artículos 46.1 y 317, ambos del Código Civil.

Artículo 2

Se evalúa muy positivamente el tenor del artículo 2 en la medida en que prevé que la Ley sea de aplicación a la infancia y la adolescencia simplemente por estar radicadas en territorio español, «se encuentren en territorio español, con independencia de su nacionalidad», si bien en lo que respecta a las personas jurídicas, públicas o privadas, la expresión resulta mucho menos precisa, pudiendo complementarse –dado que se refiere a *construcciones* del Derecho– con alguna mención a que «actúen y/o tengan domicilio social, sede de dirección efectiva, sucursal, delegación o establecimiento de cualquier naturaleza en territorio español».



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Artículo 3

Con carácter general, se aprecian en el texto algunas imprecisiones terminológicas o el uso de expresiones que dificultan la comprensión del texto y/o le restan corrección sintáctica, pudiendo afectar a la exégesis de la norma y a la propia seguridad jurídica.

Aparece en primer término en el artículo 3 b) y en otros diversos pasajes del texto legal el término «parentalidad». Aunque su uso se ha extendido en determinados ámbitos como consecuencia de la traducción del inglés (*parenthood* como paternidad y/o maternidad) de ciertos instrumentos internacionales -sirva de ejemplo la Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo a la *parentalidad* positiva-, lo cierto es que el término no figura en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ni en el de uso del español de María Moliner, y, por tanto, su uso debería evitarse en un texto legal. En consideración a que la *parentalidad positiva* se define como el «comportamiento de los padres fundamentado en el interés superior del niño, que cuida, desarrolla sus capacidades, no es violento y ofrece reconocimiento y orientación que incluyen el establecimiento de límites que permitan el pleno desarrollo del niño», se ofrecen como términos sustitutivos los de «responsabilidad parental» o «maternidad y paternidad responsables».

Artículo 4

En el apartado f) se habla de «empoderamiento de las personas menores de edad». Paradójicamente, el término empoderamiento, actualmente muy utilizado, había caído en desuso y tenía un significado diferente como sinónimo arcaizante de «apoderar». A partir de la traducción del vocablo inglés *to empower* (sustantivo empowerment) se recuperó su uso en ciertos textos de sociología



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

política, ahora con el sentido de «conceder poder [a un colectivo desfavorecido socioeconómicamente] para que, mediante su autogestión, mejore sus condiciones de vida». Aun siendo un término admitido por la RAE, resultaría preferible su sustitución por alguna expresión menos abstracta, como, por ejemplo, «reforzar la autonomía de las personas menores de edad».

Artículo 5

Se utiliza en el artículo 5 *in fine* el acrónimo LGTBI, que se traduce como «lesbianas, gais, transexuales y bisexuales», olvidando especificar que la «l» se refiere a la intersexualidad y obviando que, en la actualidad, el acrónimo se completa con la letra Q en referencia a los denominados «Queer», término que remite a quienes rechazan las clasificaciones por género o por opciones sexuales, considerando que simbolizan estructuras que limitan la expresión de la diversidad sexual. Dado que la composición del acrónimo ha variado a lo largo de los últimos años, se propone evitar su utilización y sustituirla por frases como «cualquiera que sea su opción u orientación sexual y/o identidad de género», que, en último término, resultan más claramente integradoras de las diversas realidades posibles.

En el apartado 3 del precepto, al hablar de formación se alude a que debe atenderse a las necesidades específicas de *colectivos* de personas menores de edad con discapacidad, con un origen racial étnico o nacional diverso, en situación de desventaja económica. Agrupar a menores que se relacionan bajo la denominación de *colectivos* entraña una idea con reminiscencias excluyentes, de reserva o gueto, cuando la aspiración del legislador debe ser justamente la contraria: la inclusión, la integración.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Artículo 6

El precepto contiene dos párrafos diferentes reseñados ambos con el número 3.

Artículo 7

De conformidad con las recomendaciones de la RAE en materia de extranjerismos, en el artículo 7.2, párrafo segundo, debería evitarse el uso de la expresión «on line» por resultar innecesaria dado que existen equivalentes españoles con plena vitalidad, como las expresiones «en línea» o «a través de la conexión a Internet», término este último incluido en el diccionario de la RAE. Según la Fundación del Español Urgente (en adelante FUNDEU), si finalmente se opta por la forma inglesa deberá escribirse todo junto y en cursiva, *online*.

**TÍTULO I. DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES FRENTE
A LA VIOLENCIA**

Y

**TÍTULO II. DEBER DE COMUNICACIÓN DE SITUACIONES DE
DESPROTECCIÓN, RIESGO O VIOLENCIA**

Con carácter general, se aprecia que algunas de las previsiones de los artículos que conforman estos dos títulos (artículos 8 a 18, ambos incluidos) se solapan con otros textos normativos en vigor, y muy particularmente con 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 y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, a las que sin embargo no siempre se hace remisión expresa, lo que en algún caso resultaría más útil y sistemático.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Artículo 8

En el apartado 2 del artículo 8 sería conveniente incluir la referencia «o a sus representantes legales», a fin de posibilitar que sean éstos los que puedan suplir, en su caso, la inacción o falta de capacidad de obrar de los menores, todo ello en consonancia con lo ulteriormente dispuesto en el artículo 11.1 del propio Anteproyecto.

Se valoran positivamente los términos utilizados en el apartado 3 en relación con la garantía de no discriminación de los menores y adolescentes víctimas de violencia, donde ya no se habla de «colectivos».

Artículo 10

Sería conveniente incorporar en el apartado 2. h) del precepto una mención expresa a las «oficinas de atención a las víctimas de delitos violentos», a fin de reconocer y resaltar su importancia, así como los protocolos en desarrollo que tratan de regular de forma uniforme y coordinada las tareas de acompañamiento y asesoría de las víctimas.

Artículo 11

En lo que respecta al derecho a la intervención en el proceso judicial, el artículo 11 debería incorporar el derecho que tiene el menor a ser oído a lo largo del procedimiento en los términos previstos en el artículo 9 en la LO 1/1996 tras la reforma operada por Ley Orgánica 8/2015, incluido el derecho a recurrir.

Asimismo, establece el Anteproyecto también en el artículo 11 la posibilidad de personación del menor «en cualquier momento del procedimiento», aun cuando



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

no se aborda en el mismo la modificación del artículo 109 bis de la LECrim. que establece, no obstante, la posibilidad de personación de las víctimas, pero «antes del trámite de calificación del delito». Por su parte, la Ley 4/2015, de 27 de abril, señala en su artículo 11 letra a) que toda víctima tiene derecho a ejercer la acción penal y la acción civil «conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de las excepciones que puedan existir».

Es necesario pues plantearse una modulación de los criterios anteriormente expuestos, por cuanto ya no cabría sostener que el artículo 24 de la Constitución Española incide en el tenor del artículo 110 de la LECrim. para flexibilizarlo. Este argumento ha decaído al contar ahora con una norma postconstitucional que reitera el criterio del tradicional artículo 110 LECRIM. en el sentido de prever que la personación de la acusación particular se ha de realizar antes del inicio del trámite de calificación.

Por otra parte, no parece tener mucho 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. - para la acusación particular cuando, además, es la ejercida por la persona ofendida o perjudicada por el delito. La nueva regulación de la materia nos obliga pues a ceñirnos al tenor de los artículos 109 bis y 110 de la 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 noviembre 2018). La extensión de dicho plazo preclusivo, amén de ser un elemento perturbador, no parece tener justificación alguna. A ello se hará referencia nuevamente con ocasión del comentario a la Disposición final tercera.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Más problemáticas, desde un punto de vista técnico jurídico, podrían resultar las alusiones al defensor judicial del artículo 11.1, que se remite a su vez a lo previsto en el artículo 26.2 de la Ley 4/2015, del estatuto de la víctima (LEV).

El problema deriva de la adaptación que trató de hacer la LEV del artículo 24.1 b) de la Directiva 2012/29/UE cuando expresaba que *«...en las investigaciones y en los procesos penales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en el sistema judicial penal pertinente, las autoridades competentes designen a un representante para la víctima menor de edad en caso de que, de conformidad con el Derecho nacional, se imposibilite a los titulares de responsabilidad parental para representar a la víctima menor de edad de resultas de un conflicto de intereses entre ellos y la víctima menor de edad, o cuando se trate de una víctima menor de edad no acompañada o que esté separada de la familia»*

El texto anterior fue germen involuntario de una serie de confusas disposiciones legislativas posteriores. En este sentido, el Estatuto de la víctima pretende resolver las situaciones de posible conflicto de un menor con sus padres o tutores cuando se le haya de recibir declaración, acudiendo al nombramiento de un «defensor judicial», que haga las veces de representante legal. En la Memoria de la FGE correspondiente al año 2016 ya se había solicitado la derogación del artículo 520.4 LECrim. por la confusión interpretativa a que daba lugar, al haber incurrido el legislador en el error de no manejar un concepto preciso de lo que debe entenderse por *defensor judicial* conforme a lo previsto en el artículo 299 y siguientes del Código Civil.

Artículo 13

Se valora positivamente que se incida en el denominado deber de comunicación de la ciudadanía y que dicho deber se cualifique respecto de determinados



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

profesionales, si bien es cierto que el mismo preexiste en otros textos legales y que la formulación del Anteproyecto más parece una declaración de los principios que hayan de informar la actuación de los poderes públicos y los particulares en relación con la infancia y la adolescencia, que la imposición de nuevas y auténticas obligaciones legales. Esta apreciación se detecta a lo largo de todo el articulado, en el que se alude a deberes ya previstos en otras normas (leyes educativas estatales y autonómicas, legislación administrativa, Código Penal, Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, etc.) en las que además de imponerse ciertos deberes, se anudan a su incumplimiento consecuencias sancionadoras de índole administrativa, disciplinaria y/o penal.

La referencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como obligados por el deber de comunicación del artículo 13 resulta no obstante inconveniente, pues son naturales receptores de denuncias y sus obligaciones legales en ese sentido aparecen perfectamente reguladas en otros textos legales. Por el contrario, no aparecen incluidos entre los obligados por este mismo deber los profesionales de los servicios sociales, colectivo que está en condiciones de facilitar la detección precoz del problema y su abordaje, así como la determinación de la necesidad, en su caso, de proteger al menor. De lo anterior se desprende la necesidad de incluir en el apartado c) del artículo 14 al personal socio-sanitario.

Artículos 14, 15, 16, 17 y 18

Los artículos 13 y 14 no añaden demasiado a las previsiones de los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante, LOPJM).

El artículo 14 del Anteproyecto sí desarrolla el deber cualificado que tienen determinadas personas o funcionarios por su posición, profesión oficio o cargo,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

para denunciar estas situaciones. Sin embargo, el precepto maneja de forma inadecuada las situaciones de *riesgo* y *desamparo* (arts. 17 y 18 respectivamente de la LOPJM) y la actuación en el primer caso de los servicios sociales municipales, y en el segundo, de la entidad pública autonómica. Este defecto se repite a lo largo del texto del Anteproyecto, y también en la nueva redacción que se quiere dar a parte del articulado de la LOPJM. Sería aconsejable, pues, utilizar con más precisión la terminología y prescindir la mención genérica a la «desprotección».

Los artículos 15.2, 17.2 y 18.2 insisten en la idea de crear «mecanismos» o «canales confidenciales de denuncia» cuando se alude a la comunicación de situaciones de violencia contra la infancia por parte de los ciudadanos. Esta reiteración sin duda está guiada por la intención de propiciar el descubrimiento de situaciones de maltrato infantil que, en otro caso, no llegarían a conocerse. No obstante, y a fin de evitar los riesgos que se derivan de las denuncias confidenciales, esta previsión quizá debiera restringirse a los supuestos en que el anonimato resulte imprescindible (denuncias entre parientes, por ejemplo), acudiendo en otros casos a los cauces legales que nuestro ordenamiento prevé para la protección de la identidad de peritos y testigos (LO 19/1994, de 19 de diciembre de 1994, *de protección a peritos y testigos en causas criminales*).

La regulación específica del deber de comunicación de contenidos ilícitos en la red que contempla el artículo 17 viene a ofrecer respuesta a la necesidad de implicar a toda la ciudadanía en la detección y puesta en conocimiento de las autoridades competentes de este tipo de contenidos que con frecuencia creciente se están difundiendo a través de las TIC y que tan perjudiciales pueden ser para las personas menores de edad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Se considera pues un acierto que el precepto se refiera a todo tipo de contenidos de esa naturaleza, si bien precisando que, de ser constitutivos de delito, dicha comunicación ha de hacerse, con carácter de denuncia a las autoridades judiciales o del Ministerio Fiscal o a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, lo que no es sino un recordatorio del deber genérico de denuncia previsto en el art. 259 LECrim. Al respecto ha de mencionarse que también aquellos contenidos que, en sí mismos, no tengan carácter delictivo, pueden y deben ser también objeto de las correspondientes medidas de retirada o bloqueo al amparo de lo establecido, entre otros, en el artículo 8 de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, por el riesgo o daño efectivo que pueden generar, en particular, a los menores de edad.

Se valora muy positivamente esta previsión dada la dificultad que para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entraña el tomar conocimiento por sí mismos de este tipo de contenidos a través de la actividad de *ciberpatrullaje* en fuentes abiertas, y también por la necesidad de concienciar a los ciudadanos de la necesidad o, en su caso, obligación de denunciar estas conductas como consecuencia de la transcendencia delictiva de las mismas.

En el número 4 del artículo 18 sería aconsejable añadir la referencia al fiscal en su condición de instructor de los expedientes seguidos por delitos cometidos por menores de edad, de conformidad con lo previsto en el Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, y, también, en su caso, al Juez de Menores.

Por último, en el artículo 16 hay una pequeña errata cuando se refiere a «Adiministraciones» Públicas.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

TÍTULO III. CONCIENCIACIÓN, PREVENCIÓN Y DETECCIÓN

El Título III incide de forma muy puntual en la actividad propia del Ministerio Fiscal. En ese sentido, se obvia efectuar comentarios respecto de áreas de la actividad pública que exceden de lo que constituye el objeto del presente informe. Pese a lo anterior, no queremos dejar de reseñar algunas cuestiones.

No se alcanza a comprender a qué se refiere o cuáles son esos niveles de prevención aludidos en el artículo 21.1 cuando dice que «Las Administraciones Públicas competentes establecerán planes y programas de prevención *primaria*, *secundaria* y *terciaria* para la erradicación de la violencia...».

En el artículo 24.3.f) se efectúa una injustificada equiparación entre cualquier tipo de castigo y el castigo habitual desproporcionado. Resulta por lo demás imprecisa y algo confusa la mención al artículo 158 del Código Civil en el artículo 26.3 del Anteproyecto, sin perjuicio de valorar positivamente la posibilidad de derivación a la orientación, mediación y puntos de encuentro, y la excepción a dicho régimen general tal y como se prevé en el apartado 3 in fine, por considerar que, en ese último supuesto, la mediación está claramente contraindicada. Sin embargo, la técnica utilizada de remisión al artículo 44.5 de la Ley 1/2004 que modifica el artículo 87 ter de la LOPJ puede inducir a error. Resultaría más fácilmente comprensible la expresión «No cabe la derivación a mediación en los casos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer».

En relación con las situaciones de crisis familiar que aborda el artículo 26, debería añadirse en el apartado 3 que la decisión de derivar a los progenitores tutores y guardadores legales a cualquiera de los servicios que el propio precepto menciona en el apartado 1, se adoptara «previo informe de los equipos



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

psicosociales adscritos al órgano judicial», de manera que la decisión judicial pueda contar con criterios técnicos fundados en el verdadero conocimiento de la situación de la familia en conflicto.

Por lo que respecta a los **artículos 35 y 36**, no se comprenden las razones por las que no se impone a los servicios sociales el deber de prevención y comunicación. Los centros y servicios sanitarios tienen el deber de aplicar los protocolos de detección y prevención de la violencia a la infancia, incluido el deber de comunicación a la autoridad judicial y fiscal respecto de la situación de violencia de un menor, mientras ese mismo deber no se impone a los profesionales de los servicios sociales.

El **artículo 37** debería quizá matizarse en el sentido siguiente:

1. Como ocurre a lo largo del resto del articulado, no se distingue con claridad entre los servicios sociales de las corporaciones locales y los de las CCAA. El punto 2 del precepto parece referirse a estos últimos, pues se remite a una reglamentación ulterior de cada Comunidad Autónoma.
2. No se considera justificada la condición que atribuye a los profesionales de los servicios sociales como agentes de la autoridad. La actividad profesional de todo funcionario que desarrolle sus tareas en ese ámbito en relación con los menores de edad se encuentra suficientemente amparada y dotada de facultades para impetrar la colaboración de cualquier otra instancia que sea necesaria.

En los casos de riesgo o sospecha de violencia en los niños a que se refiere el apartado 3 del **artículo 40** del Anteproyecto, se fomenta que los servicios sociales establezcan vías para apoyar a la familia en el ejercicio de las funciones parentales. Dado que, en no pocas ocasiones, el marco de la violencia es la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

propia familia, debería dejarse también claro que esas vías de apoyo a la familia excluyen la posibilidad de la mediación en supuestos de violencia de género o doméstica.

En el apartado 2 del **artículo 41**, sería más apropiado prever que la notificación a que se refiere el precepto se realice a las entidades públicas de protección de menores de ámbito autonómico, dado que son las encargadas de adoptar las medidas de protección de los menores en casos de desamparo.

Son objeto de valoración favorable las previsiones sobre especialización y la creación de ámbitos de colaboración entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a que se hace referencia en el **artículo 46** del Anteproyecto.

Se considera positiva la previsión del apartado 2 b) del **artículo 47** de omitir la práctica de diligencias en sede policial con menores, salvo que resulten imprescindibles para la confección del atestado, evitando así la potencial victimización secundaria derivada de la práctica de diligencias innecesarias y/o reiterativas. Asimismo, resulta correcto prever que las diligencias imprescindibles en las que intervengan menores hayan de practicarse sin dilación, lo que no solo es más tuitivo respecto del superior interés del menor, sino que además refuerza la calidad de la prueba que pueda obtenerse en cada caso.

TÍTULO IV. DE LAS ACTUACIONES EN CENTROS DE PROTECCIÓN

El Anteproyecto desarrolla en su Título IV, bajo el epígrafe “*de las actuaciones en centros de protección*”, la regulación de las actuaciones que deben desarrollarse en el interior de dichos centros.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Artículo 50

El precepto no aclara cuáles son esos *servicios sociales especializados* de protección de menores. Los centros de protección de menores dependen siempre de las llamadas «entidades públicas» que, a su vez, están incardinadas en las respectivas consejerías de los gobiernos autonómicos, por lo que sería conveniente mantener la denominación anterior.

Si entendemos que el legislador se refiere a los servicios sociales de las CCAA - de las que dependen los centros de protección- el artículo parece dar por hecho que no existe una reglamentación de los centros de protección en cada comunidad, cuando en la mayor parte de los casos esa reglamentación ya existe.

Tampoco distingue la norma entre los diferentes centros de protección. Los llamados centros de protección para menores con problemas de conducta tienen su régimen jurídico en los 25 a 35 de LOPJM y 778 bis LEC, tras LO 8/2015.

Artículo 51

El artículo 51 alude al problema de aquellos menores ingresados en centros de protección, que son objeto de explotación sexual una vez se hallan fuera del centro.

En primer término, se desconoce a qué concepto de explotación sexual se refiere el legislador, si al que facilita la UNICEF, es decir, *«todo tipo de actividad en que una persona usa el cuerpo de un niño, niña o adolescente para sacar ventaja o provecho de carácter sexual, basándose en una relación de poder»*, o al sentido más comercial de la explotación sexual que la define como *«la*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

utilización de las personas menores de 18 años de edad para relaciones sexuales remuneradas, pornografía infantil y adolescente, utilización de niños, niñas y adolescentes en espectáculos sexuales, donde exista además un intercambio económico o pago de otra índole para la persona menor de edad o para un tercero intermediario», según lo establecido en la Declaración del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, de Estocolmo, Suecia, en junio de 1996.

El problema que el precepto plantea y cuya solución finalmente no facilita es el de cómo evitar que la menor o el menor salgan del centro si en el exterior están siendo explotados sexualmente.

Artículo 52

El apartado 1 del precepto prevé que un representante del Ministerio Fiscal visite los centros de protección de menores cada dos meses para reunirse con los niños, niñas y adolescentes, supervisar el cumplimiento de los protocolos de actuación y dar seguimiento a los mecanismos de comunicación de situaciones de desprotección, riesgo o violencia.

Las visitas e inspección a centros de protección por parte del Ministerio Fiscal se regulan a nivel interno en el Protocolo de Inspecciones a los centros de protección del año 2009, en el que se prevé la forma de hacer las visitas, su periodicidad, documentación, etc. Asimismo, constan dichas pautas en el Apartado VIII de la Circular nº 8/2011 de la FGE, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Aparte de consignar, entre otros muchos extremos, que las visitas de inspección deberán llevarse a efecto por dos Fiscales, en cuanto a la periodicidad de las mismas se dispone lo siguiente:

Aunque no es conveniente fijar pautas generales, teniendo en cuenta las grandes diferencias en el número de centros y hogares funcionales dedicados a acoger a menores en protección, en la medida de lo posible se tenderá a que la periodicidad de las inspecciones sea al menos semestral.

En todo caso, debe ejercerse una especial supervisión tanto sobre los Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta como sobre los Centros de Acogida Inmediata, por ser los que potencialmente pueden generar mayores riesgos para los derechos de los internos. Por ello, estos centros deben ser visitados con una periodicidad al menos trimestral.

Durante los últimos años, las Secciones de Menores de las diferentes fiscalías han expuesto de manera casi unánime las grandes dificultades que tienen para cumplir esa *ratio* semestral o trimestral en sus informes para la Memoria anual de la FGE. Así las cosas, el plazo de dos meses establecido en el Anteproyecto no tiene en cuenta ni las necesidades ni la plantilla del Ministerio Fiscal, ni los tipos de centros. De hecho, la LO 8/2015, que reformó la LOPJM para regular los centros para menores con problemas de conducta, no estableció plazos para las visitas de inspección, sino solamente la revisión trimestral de la situación de cada ingresado.

Se entiende, pues, más práctico y realista, dejar la fijación de los plazos a los protocolos subsiguientes y se propone como redacción sustitutiva la siguiente:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

«las visitas a los centros de protección se realizarán por los integrantes del Ministerio Fiscal en la forma y con la periodicidad dispuesta en su normativa interna».

El apartado 2 del precepto establece que *«Los servicios sociales especializados de protección de menores establecerán con el Ministerio Fiscal las conexiones informáticas correspondientes para permitir un acceso rápido y seguro a la información que se estime oportuna de los expedientes de protección de menores, todo ello de conformidad con lo previsto en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal».*

Existen dos objeciones que hacer al precepto, tal y como está redactado:

- De un lado deberá evitarse, una vez más, la expresión *servicios sociales*, concretando que esas conexiones informáticas lo serán con las entidades públicas de las CCAA de protección de menores.
- De otro lado, debería dejarse claro que la comunicación de datos habrá de ser unidireccional, esto es, que desde las Secciones de Menores de las Fiscalías se pueda acceder a los datos de menores de protección, tutelados, en situación de desamparo etc. y no a la inversa, esto es, que las entidades públicas de protección tengan acceso a los datos de las Fiscalías.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

TÍTULO V. DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Capítulo I. Registro Central de información

y

Capítulo II. De la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales

Merece un juicio favorable la creación de un Registro Central de Información sobre violencia contra la infancia y la adolescencia prevista en el artículo 53 del Anteproyecto, si bien convendría fijar con mayor claridad cuál es la finalidad que se pretende conseguir con el mismo. En atención a los datos a que se refieren los apartados a) b) y c) del artículo 53, el registro podría tener un valor recopilatorio de información para el estudio estadístico del fenómeno, lo que sin duda constituiría una herramienta útil para conocerlo y combatirlo. En cualquier caso, la diversidad de fuentes de las que se pretende obtener la información (CGPJ, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, diferentes Administraciones Públicas) podría propiciar duplicidades, rebajando notablemente la calidad de dicha información. Asimismo, deberá atenderse a las exigencias derivadas de la legislación sobre protección de datos.

Artículo 54

En relación a las previsiones del Capítulo II, relativas a la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales, procede realizar las siguientes consideraciones:

El artículo 54 dispone: «1. Será requisito para el acceso y ejercicio de cualesquiera profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

con personas menores de edad, el no haber sido condenado por sentencia firme por un delito contra la libertad e indemnidad sexuales o por un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual. 2. A los efectos de esta ley, son profesiones, oficios y actividades que implican contacto habitual con personas menores de edad, 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».

La previsión del primer apartado es muy similar a la contenida en el artículo 13.5 de la LO 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la LEC*, añadiendo en la redacción que ahora se examina únicamente el adjetivo «*cualquiera*», en relación a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores. Sin embargo, a pesar de este calificativo, el segundo apartado que se presenta en el texto sometido consideración no constaba en la redacción de la LO 1/1996 -introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*- y reduce considerablemente su ámbito de aplicación, lo que no resulta acertado.

La modificación efectuada en la LO 1/1996 que introdujo ese apartado tiene como antecedente el artículo 5.3 del Convenio de Lanzarote que dispone que «cada Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las condiciones de acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños garanticen que los aspirantes a ejercer dichas profesiones no hayan sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños».



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En ese mismo sentido, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, *relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo*, dispone que: «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». Y resulta de interés recordar que de acuerdo con el considerando 40 de la citada Directiva: «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**



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

y regulares con los menores deben establecerse conforme a la legislación nacional.»

Por tanto, la legislación supranacional que contiene disposiciones sobre esta materia constituye el **contenido mínimo** que deben abordar las legislaciones nacionales, sin perjuicio de otros supuestos que a nivel nacional puedan considerarse que también deben ser recogidos, para la mejor protección del superior interés del menor.

En este contexto, se considera que resultaría más adecuado exigir la citada ausencia de condenas para el acceso y ejercicio de **toda** profesión, oficio o actividad que **implique un contacto** con menores, sin requerir que sea habitual, o considerando así todo trabajo o actividad que suponga un contacto directo y regular (utilizando los términos de la Directiva) con los menores. De esta forma, sería exigible este requisito al personal que se encargue de la vigilancia de un centro escolar, o del mantenimiento de sus instalaciones, o de realizar los servicios de ruta a los centros educativos o a los jóvenes que participen en actividades de voluntariado asumiendo el cuidado de niños, aunque sea con carácter puntual. En este sentido, la probabilidad de que un trabajo concreto suponga un contacto regular y directo con los menores debe valorarse en la interpretación de este precepto.

Por otro lado, la relación de delitos prevista resultaría en principio acorde con la normativa supranacional mencionada. Sin embargo, las exigencias que en este sentido efectúan los instrumentos internacionales constituyen «políticas de mínimos», y no hay por qué renunciar a una regulación más tuitiva de la infancia y la adolescencia que la propuesta en esos instrumentos. Resulta al menos extraño que se excluyan delitos como el homicidio, el asesinato o las lesiones, por poner solo algunos ejemplos de conductas consustancialmente violentas, o



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

que se restrinja la mención del delito de trata de seres humanos a los referentes a la trata con fines de explotación sexual.

En consecuencia, se propone en el primer apartado del art. 54 suprimir el término «habitual» y añadir un inciso final incluyendo entre los requisitos «no haber sido condenado por delitos violentos o contra la libertad sexual» y suprimir el segundo apartado del art. 54 propuesto.

De acogerse esta propuesta, debería modificarse la redacción correspondiente en los arts. 55, 56 y 57 del texto.

Artículo 55.

El artículo 55 contempla la acreditación por el trabajador del requisito previsto en el artículo 54.1, aportando el certificado negativo del Registro Central de Delincuentes Sexuales. Se indica expresamente que «no 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».

En el Registro Central de Delincuentes Sexuales se inscribe «la información relativa a quienes hayan sido condenados por sentencia judicial firme por los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, así como por trata de seres humanos, sea o no con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, de conformidad con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia» (art. 2.3.f) del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia). En este sentido, y de acogerse la ampliación propuesta del art. 54.1 expuesta más arriba, debería preverse el mecanismo de certificación correspondiente.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Por último, el inciso «no 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» requiere alguna observación.

La Exposición de motivos se detiene en explicar el motivo de este inciso, indicando 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. Se 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. Lo anterior no supone una desprotección de las personas menores de edad, pues es perfectamente coherente con la reforma practicada a través de esta ley en los artículos 177 bis, apartado 6, último párrafo, y 192 apartado 4, ambos del Código Penal. Tal reforma supone que a toda persona que cometa un delito contra la libertad o indemnidad sexual o de trata de seres humanos con fines de explotación sexual le será impuesta, necesariamente, una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad. De este modo, cuando una persona que esté ejerciendo una profesión o actividad que suponga contacto habitual con personas menores de edad, sea condenada por un delito contra la libertad o indemnidad sexuales o por un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, esa persona habrá de cesar en el ejercicio de tal actividad en el momento en que la sentencia condenatoria devenga firme. Ello hace innecesario una reiteración de la aportación del certificado negativo del Registro Central de Delincuentes Sexuales durante el desarrollo de la actividad. Si la persona condenada, una vez finalizada la pena de inhabilitación, desea volver a desarrollar la actividad, al



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

encontrarse de nuevo en el momento inicial o de acceso a la actividad, sí que le será exigida la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales».

A pesar de estos argumentos, el inciso final del art. 55 no resulta afortunado, pues parece sugerir que el empleador no puede recabar la «actualización» de esos concretos antecedentes en cualquier momento, incluso aunque tenga noticias de que efectivamente se ha producido una condena. Y es posible que la condena no llegue a conocimiento de la institución o establecimiento donde trabaja el afectado, por lo que exigir de nuevo el mencionado certificado no sería reiterativo.

Precisamente por ello debería facilitarse la posibilidad de que el empleador pueda exigir la reiteración de la aportación de la certificación negativa actualizada durante el ejercicio de la profesión, oficio o actividad, modificando el inciso debatido en ese sentido. Por otro lado, podría resultar además razonable que el empresario exija la certificación de nuevo en un momento posterior al acceso, en caso de ejercicio de actividades durante un largo periodo de tiempo. Por ello, se propone la supresión del segundo párrafo del art. 55.

Artículos 56 y 57

Según la redacción que se adopte finalmente respecto de la exigencia de contacto habitual o no, ambos preceptos deberían ser modificados en el mismo sentido.

Si se incluyen otros delitos, no sería ya suficiente la certificación del Registro Central de delincuentes sexuales.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Rúbrica del Capítulo II

Si se acoge la propuesta de ampliación de penas impuestas, sería necesario modificar la rúbrica del Capítulo II.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. DOTACIÓN PRESUPUESTARIA

Se valora positivamente la previsión de dotar a Juzgados y Tribunales de los medios personales y materiales necesarios para el adecuado cumplimiento de las obligaciones previstas en el Anteproyecto. Dichas obligaciones estaban ya previstas en otros textos legales, y muy particularmente en el Estatuto de la Víctima, de modo que la dotación presupuestaria beneficiará a la correcta aplicación de una parte muy importante de nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, estas previsiones no se corresponden con las de la memoria económica en lo que respecta a la prueba preconstituida -folio 100-, de una sola sala amigable por provincia.

DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA. SOLUCIONES HABITACIONALES

Se valora positivamente la obligación de que las Administraciones Públicas deban dar prioridad al alojamiento de aquellas familias que hayan sufrido un desahucio y en las que alguno de sus miembros sea menor de edad.

El reciente Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler introducía una serie de cautelas en el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

procedimiento de desahucio para tratar de evitar el desamparo de personas especialmente vulnerables, entre las que evidentemente debía incluirse a los menores.

El Título III del Real Decreto-Ley incorporaba una modificación del procedimiento de desahucio de vivienda cuando afecte a hogares vulnerables, estableciendo que la determinación de la situación de vulnerabilidad producirá la suspensión del procedimiento hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas por un plazo máximo de un mes, o de dos meses en caso de que el arrendador fuese una persona jurídica. En definitiva, tanto en el juicio verbal de desahucio, como en el procedimiento de ejecución y en el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados se introducía un plazo de carencia para posibilitar la intervención previa de los servicios sociales cuando pueda preverse que las resoluciones judiciales que en definitiva recaigan en los procedimientos puedan dejar sin hogar a personas vulnerables. Al haber decaído las medidas incorporadas al Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, quizá debieran estas incorporarse al texto del Anteproyecto, que en su actual redacción y por su generalidad, poco aporta a la resolución del problema, quedándose en una mera declaración programática impropia de una norma jurídica.

Proponemos se evite la locución «solución habitacional», dado que según la Fundación del Español Urgente (FUNDEU), es una «expresión eufemística para referirse normalmente a pisos excesivamente pequeños», pudiendo ser sustituida por el término «alojamiento» o por expresiones como «darán prioridad a la concesión de una vivienda/un hogar», exentas de la anterior connotación negativa.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

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

Dentro de la misma se recogen las modificaciones que se establecen en relación con 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, que afecta a los artículos 13 (supresión de los párrafos 4º y 5), artículo 14 bis de nueva creación, artículo 17(modificación de los apartados 1 y 2), y finalmente la creación de los artículos 17 bis y 17 ter.

Uno. Supresión de los Apartados 4 y 5 del artículo 13

Se supone que se suprimen porque el deber de comunicación ciudadana de los delitos contra la libertad sexual se regula ahora más extensamente en Título II del Anteproyecto y la carencia de antecedentes por delitos sexuales para ejercer profesiones o actividades relacionadas con la infancia se regula en los arts. 54 a 57.

Sin embargo, desde un punto de vista sistemático y de coherencia del conjunto de la LOPJM, no vemos la necesidad de suprimir los nº 4 y 5 del artículo 13, tal y como están redactados, sin perjuicio de su remisión a la nueva normativa que pretende promulgarse.

Dos. Se introduce un nuevo artículo 14 bis

El artículo 14 bis establece la actuación inmediata de los servicios sociales en supuestos de urgencia. Entendemos que debería suprimirse dado que no aporta nada nuevo en relación al vigente artículo 14 de la LOPJM, no obstante añadir



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

confusión con una nueva referencia a los *servicios sociales*, que puede hacer pensar en los de las corporaciones locales en situaciones de riesgo, cuando el precepto parece referirse a situaciones de desamparo de los menores y a la actuación inmediata de la entidad pública de protección.

Tres. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 17

Se proyecta con esta disposición revisar un artículo que ya fue modificado en la reforma operada por Ley 26/2015, y se pretende dar un giro a la definición de las situaciones de riesgo.

Hasta ahora se había optado por una definición genérica de las situaciones de riesgo. El objetivo era englobar un número ilimitado de situaciones con un claro denominador común: la necesidad de intervención administrativa, fundamentalmente de los servicios sociales de las corporaciones locales, para reconducir determinados aspectos negativos en la vida del menor susceptibles de rectificación sin necesidad de apartarlo de su núcleo familiar.

El legislador se inclinó por una definición genérica consagrada en el vigente 17.1 de la LORJM, dada la imposibilidad de enumerar el sinfín de circunstancias y situaciones que podrían incluirse dentro del concepto.

El anteproyecto mantiene la definición del número 1 en idénticos términos para hacer en el apartado 2 una relación muy prolija de situaciones susceptibles de ser consideradas de riesgo, hasta casi agotar el abecedario (se llega hasta la letra “u”).

A nuestro entender, esta técnica legislativa puede resultar perturbadora, además de inducir a confusión con el concepto de desamparo, pues algunas de las múltiples situaciones descritas en el precepto pueden hacernos pensar más en un contexto de desamparo que de riesgo. Por ejemplo: letras a), b) y c) que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

aluden a faltas de atención física, psíquica o médica por parte de los progenitores; letra l) la incapacidad de progenitores de controlar la conducta del niño; en letra n) riesgo de sufrir ablación o mutilación genital femenina o p) que alude a niñas víctimas directas de violencia de género.

Se menciona en la letra r) una situación que no se puede catalogar ni como de riesgo, ni como de desamparo, la *sobreexposición de los menores a la opinión pública a través de la difusión generalizada de su imagen o de información personal de los mismos*. Esto último, aunque pueda resultar tremendamente negativo para los menores afectados -extremo que no se discute- no supone necesariamente una situación siquiera de riesgo. La forma de proceder en tales casos está prevista en la Instrucción 2/2006 de la FGE *sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*, cuando en su apartado 7 prevé:

Los Sres. Fiscales habrán de partir, pues, de que los menores hijos de personajes famosos son, sin más, menores, y como tales con derecho al mismo grado de protección frente a la curiosidad ajena, sean cuales sean las actividades a que se dediquen sus progenitores o la dejación que éstos hayan hecho de sus derechos.

Los casos de personajes públicos que explotan el relato de sus intimidades, incluyendo en éstos las de sus hijos, habrán de ser tratados por el Fiscal, de acuerdo con el principio del superior interés del menor y de su legitimación autónoma, de modo y manera que, ponderando las circunstancias concurrentes, procederán en su caso a entablar la correspondiente demanda en interés del menor y contra sus progenitores y el medio.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Por todo lo expuesto, se considera oportuna la supresión de este artículo y el concordante 17 ter.

Cuatro. Nuevo artículo 17 bis

El primer aspecto controvertido es la ubicación sistemática del precepto, que se incluye dentro de la LO 1/1996, en lugar de en el articulado de la LO 5/2000, de responsabilidad penal del menor (LORPM), con cuyo artículo 3 entra directamente en conflicto.

El artículo 3 de la LORPM prevé ese tipo de situaciones, disponiendo para cuando un menor de edad inferior a catorce años cometa un delito que: *el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.*

Desde el primer momento, la FGE censuró el automatismo que desprendía la literalidad del precepto. No todo delito cometido por un menor de catorce años implica que el mismo éste en una situación de desamparo que justifique la incoación de un expediente por parte de la entidad pública. Por eso se alentó una interpretación no automática de la norma a fin de evitar la burocratización derivada de la remisión innecesaria de testimonios a las entidades públicas.

El nuevo artículo 17 bis:

- Pretende que se declare automáticamente en situación de riesgo a cualquier menor que ejecute un acto de violencia sobre otro, con independencia de su



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

entidad (piénsese en delitos leves de lesiones o malos tratos, y/o cometidos por niños de muy corta edad en guarderías etc.)

- La trivialización y distorsión del concepto de riesgo puede acarrear la realización de esfuerzos innecesarios en supuestos irrelevantes.
- Finalmente se dice que en esos casos se diseñará un plan «por los servicios sociales especializados de protección de menores de las comunidades autónomas», lo que revela la confusión entre situaciones de riesgo y de desamparo en que se incurre a lo largo de todo el texto normativo.

Cinco. Nuevo artículo 17 ter

Se refiere al *Objetivo de la actuación administrativa y medidas de atención socioeducativa ante las situaciones de riesgo*.

El precepto se corresponde con la nueva redacción que se proyecta dar a la definición de *situaciones de riesgo*. En este sentido, se considera que tampoco es posible una enumeración casuística de los objetivos y las medidas a adoptar por la Administración en situaciones de riesgo, pues constituye un empeño similar al de tratar de relacionar cada posible situación, según se dijo con ocasión de comentar el 17.2 del Anteproyecto.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

1. Estructura

La Disposición final segunda del Anteproyecto está integrada por veinticinco apartados que modifican, introducen o derogan otros tantos artículos o



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

apartados de artículos del Código Penal vigente, afectando los trece primeros al Libro I y los restantes once al Libro II del Código Penal.

Siguiendo la numeración de la disposición final segunda del Anteproyecto, pasaremos a analizar el alcance de la reforma proyectada.

2. Comentario a la reforma del Libro I del Código Penal

Uno. Se modifica la circunstancia 4.^a del artículo 22

El apartado II de la Exposición de Motivos, al analizar la disposición final segunda del Anteproyecto y tras señalar que «incorpora diferentes modificaciones de importante calado», comienza afirmando: «Así, se incorpora la edad como una agravante genérica con el fin de dar una mayor respuesta penal a los delitos cometidos contra las personas menores de edad, por su especial vulnerabilidad, sin menoscabo de que el precepto, de acuerdo al principio constitucional de igualdad, permita la protección de otros colectivos susceptibles de protección penal por este motivo».

En la relación de circunstancias agravatorias, y tras la inclusión de la «edad», el Anteproyecto sustituye los términos «orientación o identidad sexual, razones de género», por «orientación, identidad sexual o de género, razones de género». Esta nueva redacción implica dotar de autonomía a la identidad de género como concepto distinto al de la identidad sexual, pero manteniendo las «razones de género» como motivo de discriminación, lo que hace que los perfiles de cada una de estas causas sean de difícil definición. No obstante, lo que resulta más confuso es la supresión de la conjunción «o» tras «orientación» pues deja al sustantivo «orientación» sin el necesario adjetivo. Para clarificar el sentido de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

esta circunstancia discriminatoria, se sugiere que sea mantenida la referida conjunción (orientación o identidad sexual o de género).

La reforma también incluye como motivo de discriminación «razones de aporofobia o de exclusión social», así como una cláusula genérica de cierre referida a «cualquier otro motivo basado en un prejuicio discriminatorio», ampliaciones estas dos últimas que, si bien carecen de relación directa con el objeto del Anteproyecto, son acogidas positivamente por la Fiscalía General del Estado, en tanto que ambas se habían propuesto en el correspondiente apartado de su Memoria del año 2016. Sería además conveniente definir el concepto de «*prejuicio discriminatorio*», para que colme el requisito de tipicidad.

La inclusión de la «aporofobia», vocablo de contornos similares a la «exclusión social» que a continuación se menciona, responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente contemplado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Se acoge, por tanto, favorablemente, la sensibilidad del legislador al incorporar en el artículo 22. 4ª del Código Penal estos nuevos comportamientos de rechazo, si bien lamenta la no inclusión de otros, como el origen territorial o el idioma, cuya incorporación expresa otorgaría mayor seguridad jurídica que su posible apreciación a través de la cláusula abierta con la que se cierra la enumeración.

La agravante de edad permite su aplicación a víctimas de cualquier edad, menores o mayores de edad, siendo de especial significación las actitudes vinculadas con el rechazo a los niños (pedofobia) o a los ancianos (gerontofobia).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Debe advertirse que la «especial vulnerabilidad» del sujeto pasivo por razón de la edad, aprovechada por el sujeto activo para eliminar o reducir la probabilidad de defensa de la víctima, es objeto de protección en otras circunstancias agravantes genéricas, como la alevosía o el abuso de superioridad con las que resultaría difícilmente compatible.

En cualquier caso, dado que las motivaciones discriminatorias contenidas en el vigente artículo 22.4 guardan un paralelismo con las contempladas en el artículo 510 del Código Penal, resultaría conveniente que dicha correspondencia se mantuviera, modificando en este sentido el artículo 510 del Código Penal.

Por último, la circunstancia 4ª se modifica para precisar que el motivo discriminatorio que inspira la actuación del sujeto activo es independiente de que el mismo efectivamente concurra en el sujeto pasivo, especificación considerada necesaria ante las dudas interpretativas existentes doctrinal y jurisprudencialmente y que igualmente había sido objeto de propuesta de reforma legislativa en la Memoria de la FGE del año 2016. Con esta adición queda clara la naturaleza subjetiva de la agravante para cuya apreciación bastará con que el sujeto activo del delito actúe impulsado por esas motivaciones discriminatorias.

Dos. Se modifican los apartados 2 y 3 del artículo 36 y se adiciona un apartado 4

Se realiza un cambio sistemático del artículo que afecta a su numeración, y algunas modificaciones que afectan al vigente apartado 2.

La reforma del apartado 2, como dice la Exposición de Motivos, supone endurecer las condiciones para el acceso al tercer grado de clasificación



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

penitenciaria cuando la víctima de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (Capítulo V, Título VIII, Libro II) sea menor, al elevar la edad de la víctima menor de los trece a los dieciséis años, lo que resulta coherente con los subtipos agravados contenidos para este tipo de delitos en los arts. 188.1, 188.2, 188.4 y 189.2 del Código Penal. La misma previsión debería hacerse respecto de los delitos del Título VII bis del Libro II del Código Penal cuando la víctima es menor de edad o persona con discapacidad

Además, añade un inciso por el que se impide al penado por este tipo de delitos, así como para los contenidos en el artículo 183 del Código Penal, «disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido la mitad de la condena», en consonancia con la previsión de que la clasificación en tercer grado no pueda efectuarse hasta «el cumplimiento de la mitad de la pena» de prisión impuesta. Ahora bien, en tanto el término «condena» puede originar problemas interpretativos, se sugiere como más adecuado que el legislador del Anteproyecto emplee los mismos términos y así se refiera a la imposibilidad de disfrutar de permisos de salida hasta que el penado haya cumplido la mitad de la pena de prisión impuesta.

La reforma del vigente último párrafo de este apartado 2, que pasa a numerarse como apartado 3, parece querer excluir todos los delitos incluidos bajo las letras a), b), c) y d) del párrafo tercero del apartado 2, de la posibilidad de que el juez de vigilancia pueda acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento. No obstante, se sugiere una modificación en la redacción propuesta pues la referencia a «los dos últimos párrafos del apartado anterior», implica una reiteración innecesaria respecto a los delitos contenidos en las letras c) y d).

Por último, el nuevo apartado 4 es fruto tan solo de la nueva *re-numeración* del artículo, siendo una transcripción del vigente apartado 3.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Tres. Se modifica el párrafo b) del artículo 39

El artículo 39, primero de la Sección relativa a las Penas Privativas de Derechos, contiene una enumeración de este tipo de penas. En su apartado b) la reforma especifica que las actividades a las que puede afectar la inhabilitación especial pueden ser retribuidas o no, precisión que igualmente ha introducido el legislador del Anteproyecto en la reforma del artículo 45, en la del artículo 107 al regular las medidas de seguridad no privativas de libertad y en el nuevo 156 *quinquies*, como pena facultativa a imponer en los delitos de lesiones dolosas. La directa relación con el delito cometido debería referirse siempre a funciones que se desarrollen en la cercanía de menores, evitando así cualquier duda interpretativa en ejecución de sentencia.

Pero, además, junto a esta precisión, el apartado b) incorpora un nuevo párrafo para incluir como facultad del juez la de «restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio» de modo que la inhabilitación sea compatible con el ejercicio de funciones «no directamente relacionadas con el delito cometido». Esta misma previsión aparece contenida en la redacción prevista para el artículo 45 del Código Penal.

Así las cosas, se entiende sistemáticamente más correcto evitar reiteraciones y que esta específica facultad del juez se contenga exclusivamente en el artículo 45 del Código Penal por ser el precepto que desarrolla esta pena de inhabilitación especial, y no en el 39 que, como decíamos, es un artículo meramente enumerativo de las penas privativas de derechos.

Cuatro. Se modifica el artículo 45

En el sentido ya expuesto en el comentario del artículo 39 b).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Cinco. Se modifica el artículo 46

Se divide en tres párrafos el contenido de este artículo.

El primero se corresponde con el actualmente vigente, al que tan solo añade la precisión -en relación a la pena de privación de la patria potestad- de que subsistirán los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado «que se determinen judicialmente». En desarrollo de esta precisión, la reforma introduce un nuevo párrafo, el segundo, para incidir como punto de valoración, en «el interés superior de la persona menor de edad o con discapacidad, en relación a las circunstancias del caso concreto».

Finalmente, el párrafo tercero mantiene el contenido del actual párrafo segundo del artículo.

Seis. Se modifica el párrafo introductorio del artículo 49

La reforma realiza una precisión lingüística: la referencia a «programas formativos o de reeducación, laborales...», pasa con la reforma a ser «programas formativos de reeducación, laborales...» Con ello, el legislador evidencia que todos los programas en que pueden consistir los trabajos en beneficio de la comunidad tienen la consideración de formativos.

A los programas formativos ya existentes el legislador añade otros dos, a saber: resolución pacífica de conflictos y *parentalidad* positiva. Este último concepto, del que ya se habló más arriba y cuyo origen se encuentra en la *Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad*, habrá de ser entendido, de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

conformidad con el artículo 24.3 a) del Proyecto de Ley, como «el comportamiento de los progenitores, tutores o guardadores fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente, para que crezca en un entorno afectivo, sin violencia, que favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, incluyendo el establecimiento de límites que permitan su pleno desarrollo en todos los órdenes». Sobre el uso de este específico término, nos remitimos a las consideraciones hechas al inicio.

Siete. Se modifica el artículo 55

Se añade un párrafo segundo y se mantiene, como párrafo primero, el contenido vigente del artículo.

La reforma introduce un cambio significativo respecto a la posibilidad de imponer la pena accesoria de privación de la patria potestad, hasta ahora vinculada a la duración, igual o superior a diez años, de la pena de prisión impuesta y a que este derecho hubiera «tenido relación directa con el delito cometido», vinculación que, dice el artículo, debe «determinarse expresamente en la sentencia».

El nuevo párrafo regula como imperativa la privación de la patria potestad, con independencia de la duración de la pena de prisión impuesta, en los casos de homicidio doloso o asesinato, «cuando la víctima sea alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173». Ahora bien, atendiendo a su literalidad, parece que el carácter imperativo de la imposición de esta sanción también queda desvinculado de la «relación directa con el delito cometido», lo cual resulta contrario al principio de proporcionalidad de la pena (pensemos, por ejemplo, en la falta de relación que puede existir entre la tentativa de homicidio de una ex pareja, con los hijos menores de la pareja actual).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Por último, a efectos sistemáticos, si esta pena accesoria no guarda relación con la duración de la pena de prisión sino con la naturaleza del delito, se entiende que este párrafo debería reubicarse, como disposición común, dentro del Título I del Libro II.

A tenor de lo expuesto, se consideraría más adecuado modificar la redacción de este párrafo del Anteproyecto de modo que se mantenga la necesidad de determinar la relación directa entre el delito y la pena de privación de la patria potestad y remitir su contenido, sin necesidad de hacer mención a la extensión de la pena privativa de libertad, como disposición común a los delitos de homicidio doloso y asesinato, dentro del Título I del Libro II.

Ocho. Se modifica el apartado 1 del artículo 57

Dentro del catálogo de delitos respecto de los que se pueden acordar una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, el Anteproyecto incluye los delitos contra las relaciones familiares, rúbrica que se corresponde con la del Título XII del Libro II. La incorporación de estos delitos dentro de los enumerados en el artículo 57 permitirá no solo la imposición de las referidas penas accesorias, sino también, la aplicación del artículo 544 *quinquies* de la LECrim., y con ello, «cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección», la posibilidad de adopción de las medidas cautelares en él contempladas.

Nueve. Se modifica el párrafo 6ª del apartado 1 del artículo 83

En consonancia con la reforma del artículo 49, se incluyen dentro de los programas formativos que pueden condicionar la suspensión de la ejecución de la pena, los de resolución pacífica de conflictos y *parentalidad* positiva.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Diez. Se modifica el apartado 8 y se adiciona un apartado 9 al artículo 90

La reforma mantiene como apartado 8 el contenido en el vigente párrafo primero de este apartado, pasando su párrafo segundo o último párrafo del artículo 90, a numerarse como apartado 9, en el que además se realiza una ampliación de los delitos a que se refiere.

Así, mientras en la redacción vigente la no aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 90 -que regulan los supuestos de concesión de la libertad condicional sin concurrir todos los requisitos generales establecidos en el apartado 1-, venía limitada a los delitos «regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales», la reforma los refiere a los delitos enumerados «en –debería añadirse el artículo «el»- párrafo tercero del artículo 36.2», lo que implica que, además de los anteriores, la exclusión alcanza también a los delitos del artículo 83 y a los delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la víctima sea menor de dieciséis años. Se sugiere que se incluya el delito de trata de seres humanos.

Con ello la reforma, en coherencia con la modificación del artículo 36.3, impide que todos estos delitos sean exceptuados del régimen general de cumplimiento de las penas de prisión superiores a cinco años y de los requisitos generales establecidos para la concesión de la libertad condicional. En este sentido, la Exposición de Motivos del Anteproyecto señala como «mediante la reforma de los artículos 36 y 90, se han endurecido las condiciones para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria, a la libertad condicional y a los permisos penitenciarios por parte de las personas penadas por delitos que atenten contra



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

la indemnidad y libertad sexuales de personas menores de dieciséis años». Se sugiere que se incluyan los delitos contra la integridad moral.

Once. Se modifica el artículo 107

Del mismo modo que en los artículos 39 y 45, referidos a las penas privativas de derechos, el Anteproyecto especifica que las actividades a las que puede afectar la pena de inhabilitación especial pueden ser retribuidas o no, en el artículo 107, al regular las medidas de seguridad no privativas de libertad, se precisa que las actividades a las que puede afectar la medida de inhabilitación pueden ser o no retribuidas.

Doce. Se modifica el párrafo 5º del apartado 1 del artículo 130

La reforma afecta a los requisitos exigidos para rechazar la eficacia del perdón, como causa de extinción de la responsabilidad criminal, cuando los ofendidos sean personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Se mantiene la estructura de la regulación del perdón del ofendido en tres párrafos, conservando los dos primeros el mismo contenido, si bien en el segundo se sustituye la expresión «delitos contra menores» por «delitos contra personas menores de edad».

El último párrafo añade a los requisitos ya existentes para que los jueces y tribunales puedan rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes legales de las personas menores de edad o las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, la audiencia de la «persona



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

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 a los doce años de edad se corresponde con la edad a la que, en el ordenamiento jurídico español, se considera que la persona menor de edad tiene suficiente madurez para ser oído, tal y como resulta, con carácter general, de lo dispuesto en el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor o en los arts. 770 LEC y 156, 159, 161 o 172 ter del Código Civil, entre otros.

Por lo que respecta a las personas con discapacidad, se echa en falta que el legislador no establezca ningún tipo de limitación derivada de su suficiencia de juicio (al contrario de lo dispuesto tanto en el procedimiento civil -cfrs. arts. 759.2 o 770 LEC- o en el procedimiento penal –artículo 109 LECrim.). En cualquier caso, se deberá tener presente la previsión que, en orden a su protección, establece el artículo 433 LECrim.

Trece. Se modifica el apartado 1 del artículo 132

El Anteproyecto de Ley Orgánica estructura en tres párrafos el artículo 132.1 del Código Penal, reproduciendo el primero de ellos el contenido del primer párrafo actualmente vigente, modificando el párrafo segundo y añadiendo un tercer párrafo.

Tanto el segundo como el tercer párrafo establecen una regulación específica del inicio del plazo de la prescripción cuando la víctima de los delitos fuere menor de dieciocho años. El primero de estos párrafos mantiene el criterio para el computo del plazo de prescripción de determinados delitos fijándolo en el día



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

en que la víctima del delito alcance la mayoría de edad, si bien añade al catálogo de delitos, los delitos contra las relaciones familiares, mientras excluye de este régimen de cómputo del plazo de prescripción la tentativa de homicidio, los delitos de lesiones de los artículos 149 y 150, el delito de maltrato habitual previsto en artículo 173.2 y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Para estos últimos, en el nuevo párrafo tercero del artículo 132.1 se amplía sustancialmente el inicio del cómputo del plazo de la prescripción que ya no es, como en el párrafo anterior, cuando la víctima alcance la mayoría de edad, sino cuando «alcance (mejor cumpla) los treinta años de edad».

No clarifica el legislador la razón de que se haya fijado precisamente en treinta años la edad que la víctima menor ha de cumplir para que comience el cómputo del plazo de prescripción. En efecto, la Exposición de motivos se limita a decir que: «Se ha ampliado el tiempo de prescripción de los delitos más graves cometidos contra las personas menores de edad, de tal forma que dicho plazo solo comenzará a computar a partir de que la víctima haya cumplido los treinta años de edad, con la finalidad de evitar la existencia de espacios de impunidad en delitos que estadísticamente se han probado de lenta asimilación en las víctimas en el plano psicológico y, muchas veces, de tardía detección».

Finalmente, téngase en cuenta que por aplicación del art. 15 LORPM, este plazo de prescripción es aplicable al delito de homicidio intentado cometido por un menor de edad sobre otro menor de edad, produciéndose el indeseable efecto de que se incoen expedientes contra presuntos infractores que rebasarán con mucho la mayoría de edad, generando situaciones poco compatibles con los principios de celeridad y reeducación propios de la jurisdicción de menores.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

3. Comentario a la reforma del Libro II del Código Penal

Catorce. Se introduce un artículo 143 bis

Señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto que con la reforma «se han creado nuevos tipos delictivos para evitar la impunidad de conductas realizadas a través de medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores edad, así como una gran alarma social».

Estos nuevos tipos penales, regulados con similar estructura, son los establecidos en los artículos 143 bis, -para el suicidio-, 156 ter, -para la autolesión-, 189 bis, -para los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y los delitos relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores-, y 361 bis, -respecto al 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-. Desde la Justicia juvenil no se puede asumir esa prescripción, sin perjuicio de que la solución posible que podría pasar por eliminar de la prescripción a los autores menores de edad, no parece conciliable con los derechos de las víctimas reconocidos en el Anteproyecto.

Dada su semejanza, realizaremos unas consideraciones comunes a estos cuatro nuevos tipos delictivos contenidos en el presente apartado Catorce de la disposición final segunda, así como en sus apartados Dieciséis, Veinte y Veinticuatro para, a continuación, detenernos en otras cuestiones específicas del



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

artículo 143 bis, de las que participan solo algunas de las otras tres figuras de nuevo cuño.

A) Los cuatro tipos penales tienen en común los dos primeros párrafos.

En el primero se concreta la conducta típica de «distribución o difusión 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 suicidio (artículo 143 bis), la autolesión (artículo 156 ter), la comisión de determinados delitos de naturaleza sexual (189 bis) o los trastornos alimenticios (artículo 361 bis). En el segundo párrafo, conforme indica la Exposición de Motivos, «se prevé expresamente que las autoridades judiciales retirarán estos contenidos de la red para evitar la persistencia delictiva».

Llama la atención en el primer párrafo la terminología empleada respecto a uno de los posibles sujetos pasivos del delito. El Código Penal, en todos los artículos que los menciona (arts. 46, 57, 84, 130, 173, 185, 186, 188, 189, 232, 362 quáter, 577 y 607 bis) se refiere a «personas con discapacidad necesitadas de especial protección». De hecho, el artículo 258.1 de la LO 1/2015, de 30 de marzo, establece que todas las referencias existentes en el Código Penal a los términos «incapaz» o «incapaces» se sustituyen por «personas con discapacidad necesitadas de especial protección».

Entendemos por ello que la expresión empleada en estos cuatro artículos del Anteproyecto, «con discapacidad necesitadas de protección», es una omisión involuntaria que deberán ser sustituida por el legislador, por «personas con discapacidad necesitadas de especial protección».



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

El párrafo segundo, idéntico en los cuatro artículos, según expresa la Exposición de Motivos, se introduce en coherencia con la modificación del artículo 13 LECrim. que aborda el Anteproyecto y que incorpora la facultad del Juzgado de Instrucción de acordar de forma cautelar, de oficio o a instancia de parte, la retirada de contenidos ilícitos de páginas webs y/o la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan tales contenidos.

Ahora bien, la medida que anexiona el artículo 13 de la LECrim., y que es objeto de estudio en otro apartado de este informe por la evidente relación con otras medidas cautelares similares que ya regula el Código Penal (vgr. arts. 189.8, 270.3, 578.4 y 5), tiene un ámbito de aplicación más amplio, al no quedar limitada ni por la referencia a tipos penales determinados ni al hecho de que el sujeto pasivo del delito sea persona menor de edad o persona con discapacidad.

Centrándonos exclusivamente en la consecuencia jurídica reparadora anudada a la comisión de los delitos analizados y la medida cautelar incorporada en el artículo 13 LECrim., sería deseable que los presupuestos para su adopción fueran más homogéneos. En efecto, mientras que en los delitos previstos en el Anteproyecto es necesario que los contenidos difundidos estén específicamente destinados a una determinada conducta, exigiendo que estos sean ofrecidos como predominantes para poder interrumpir un servicio, en el artículo 13 LECrim. la adopción de la medida cautelar no contempla estas exigencias, pudiendo producirse el efecto indeseable de que la medida cautelar adoptada no vaya seguida por su confirmación sancionadora en la eventual sentencia condenatoria.

En este sentido, resulta conveniente homogeneizar el artículo 13 LECrim. con el párrafo segundo de estos cuatro artículos, con el fin de que, para la adopción de la medida cautelar, se exija la relevancia o gravedad del contenido de la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

información en relación con el delito cometido y el carácter predominante de ese contenido en el servicio que se interrumpe.

B) Particularidades del artículo 143 bis

La conducta regulada en el párrafo primero del artículo 143 bis, aunque en apariencia se asemeja a la provocación para delinquir del artículo 18.1 del Código Penal, siendo necesario en ambos supuestos que la incitación tenga la intensidad suficiente para provocar la actuación del sujeto receptor, se desliga esencialmente de la provocación en tanto que la conducta que se promueve, fomenta o incita, el suicidio, además de ir dirigida tan solo a las personas menores de edad o con discapacidad, no es constitutiva de delito.

El párrafo tercero de este artículo da una respuesta penal al supuesto de que tal incitación determine a uno de los sujetos receptores a llevarla a cabo suicidándose, resolviendo «el concurso de delitos conforme a las normas contenidas en el artículo 77.2 de este Código».

No explica el legislador en qué concepto y por qué título debe responder el autor del delito del artículo 143 bis de la muerte del menor o discapaz, entendiéndose que la solución puede venir dada por el tipo específico previsto en el artículo 143, que castiga al que induzca al suicidio de otro. Así, conforme a la previsión del Anteproyecto, el autor del delito del artículo 143 bis sería también autor de un delito del artículo 143 del Código Penal, aplicándose las normas contenidas en el artículo 77.2 del mismo texto legal para el concurso ideal.

Ahora bien, esta respuesta no puede predicarse respecto del párrafo tercero del artículo 156 ter del Código Penal, a pesar de ser literalmente igual que el párrafo tercero del artículo 143 bis.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Así como el bien jurídico tutelado en el párrafo primero del artículo 143 bis del Código Penal es la vida, en el del artículo 156 ter lo es la integridad física del menor o discapaz frente a actos autolesivos que ellos puedan llevar a cabo movidos por los contenidos difundidos -por cualquier medio o sistema- con el fin específico de promover o incitar su autolesión. Como el suicidio, la conducta de autolesión también es impune, pero, a diferencia de éste, no existe en el Título III, Libro II Código Penal ninguna conducta que castigue al inductor de una lesión autoinfringida, por lo que la respuesta no puede ser la misma.

La imputación del resultado lesivo al autor del delito del artículo 156 ter plantea una doble dificultad: en primer lugar, porque esta imputación nos llevaría a su participación en una acción, la del menor o persona con discapacidad, que no es típica. En segundo lugar, porque la imputación a título de inducción no respetaría las exigencias del apartado a) del párrafo segundo del artículo 28, según el cual la inducción debe efectuarse respecto a una persona determinada, siendo plural o indeterminado el destinatario de los contenidos difundidos conforme al artículo 156 ter del Código Penal.

Por ello, resulta de difícil interpretación la norma concursal establecida en este párrafo tercero del artículo 156 ter que, como decíamos, remite a las normas contenidas en el artículo 77.2 del Código Penal, esto es, a las normas del concurso ideal puro. No queda claro con qué delito se forma el concurso ni qué título de imputación corresponde al autor del delito del artículo 156 ter respecto del resultado lesivo.

A tenor de este planteamiento, entendemos que el legislador del Anteproyecto, para castigar por ese resultado típico al autor del delito de peligro, debería tipificar como figura independiente la inducción a la autolesión, con la que,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

entonces sí, podría darse un concurso de delitos. No obstante, el Consejo Fiscal expresa sus dudas sobre la solución concursal del artículo 156 ter, que bien pudiera ser la apuntada anteriormente, la tipificación de un concurso de normas en la línea del artículo 383 del Código Penal o la supresión del tercer apartado del artículo 156 ter y resolver la conducta como un concurso real de delitos.

Quince. Se modifica el apartado 3º del artículo 148

Se amplía el radio de aplicación del subtipo, hasta ahora referido a menores de doce años, para extenderlo a los menores de catorce años, lo que el legislador, en su Exposición de motivos justifica por tratarse de «una esfera de protección más apropiada en atención a la vulnerabilidad que se manifiesta en la señalada franja vital», y que, añadimos, está en consonancia con otros apartados del Anteproyecto (vgr. arts 448 bis, 703 bis o 77.3 LECr).

Dieciséis. Se modifica el artículo 156 ter

En el mismo sentido anteriormente tratado respecto artículo 143 bis del Código Penal, pero referido ahora a la conducta de autolesión, el nuevo artículo 156 ter participa de idéntica estructura en tres párrafos y similar problemática expuesta *ut supra* a cuyo contenido nos remitimos.

Diecisiete. Se introduce el artículo 156 quáter

No representa novedad alguna pues, aunque con otra numeración, este nuevo artículo reproduce el contenido del vigente artículo 156 ter.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Dieciocho. Se introduce el artículo 156 quinquies

Como pena de imposición facultativa y para los delitos de lesiones dolosos, el legislador introduce «la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de actividades, retribuidas o no, que conlleve contacto regular y 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».

El nuevo artículo 156 *quinquies* recuerda la disposición común que, referida en su redacción vigente a ciertos delitos contra la libertad sexual, recoge el artículo 192.3 *in fine* del Código Penal, precepto que también es objeto de reforma en el Anteproyecto.

La pena de inhabilitación prevista en el artículo 156 *quinquies* puede ser impuesta al condenado, como pena conjunta a la señalada en el tipo, por cualquier delito doloso de lesiones (arts. 147, 148, 149, 150 y 153). El precepto establece como criterios para su aplicación la gravedad y número de delitos cometidos y las circunstancias del condenado. Debe observarse que estos criterios de valoración, aunque son tomados por el legislador del artículo 192.3 *in fine*, adquieren en el artículo 156 *quinquies* un sentido distinto derivado de la naturaleza potestativa de la pena. En efecto, en el vigente artículo 193 *in fine* (artículo 192.4 en el Anteproyecto) la pena de inhabilitación no es facultativa, por lo que «la gravedad del delito», «el número de los delitos cometidos» y «las circunstancias que concurran en el condenado», son tomadas en consideración para graduar su extensión dentro del amplio marco penológico que se prevé. Sin embargo, en el artículo 156 *quinquies* -en el que la pena de inhabilitación es facultativa y su extensión es de 3 a 5 años-, tales parámetros parecen vincularse con la conveniencia o no de la imposición de esta pena.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

En cualquier caso, a pesar de que la inhabilitación tiene una evidente dimensión protectora de los menores, en el artículo 156 quinquies no se atiende, a efectos de su imposición, ni a la naturaleza del delito ni a la cualidad del sujeto pasivo del mismo. Tampoco hace depender su duración del hecho de que la pena impuesta sea o no privativa de libertad, de modo que su imposición puede resultar inane cuando acompaña a penas privativas de libertad de igual o superior extensión (vgr. artículo 149) dado que, tratándose de penas de distinta naturaleza, su cumplimiento debe ser simultáneo (artículo 73 del Código Penal). Finalmente entendemos que no resulta adecuado que esta pena pueda, en teoría, imponerse en un delito leve (cfr. artículo 147) con la misma extensión que si el delito es menos grave o grave.

Consideramos que el principio de proporcionalidad de la pena y el sentido y finalidad de esta inhabilitación especial se manifiestan con mayor rigor en el tratamiento que de esta pena hace el vigente último inciso del artículo 192.3 del Código Penal, del que trataremos en el correspondiente apartado *Veintidós* de este informe.

A tenor de lo expuesto se sugiere que el legislador modifique la redacción proyectada para, de una parte, vincular la aplicación de esta pena de inhabilitación a las circunstancias del delito cometido, de manera que su imposición guarde necesaria relación con las personas menores de edad para cuya protección y defensa se concibe y, de otra, para determinar su extensión atendiendo a la gravedad del delito y a la naturaleza de la pena impuesta, excluyendo en cualquier caso esta pena accesoria para los delitos leves de lesiones máxime cuando, conforme al artículo 33 del Código Penal, la pena de inhabilitación no se contempla, en ninguna extensión, para los delitos leves y que además, conforme al artículo 57 del Código Penal, tales delitos pueden ir



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

acompañados de las prohibiciones establecidas en el artículo 48 del mismo texto legal, limitadas en su duración a un tiempo no superior a los seis meses.

Por último, llama la atención que el nuevo artículo 156 *quinquies* concrete la inhabilitación al «ejercicio de actividades, retribuidas o no...», distanciándose de la dicción del último inciso del artículo 192.3 del Código Penal, (192.4 en el Anteproyecto) que se refiere a la inhabilitación para «cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido...», y del nuevo párrafo del apartado 6 del artículo 177 bis, que emplea esta misma expresión. De nuevo se sugiere la armonización en los términos empleados en estos artículos, con el fin de evitar problemas interpretativos acerca del alcance y sentido de los mismos.

Diecinueve. Se modifica el apartado 6 del artículo 177 bis

Se añade un tercer párrafo en el apartado 6 del artículo 177 bis y se reproducen en los dos primeros el contenido actualmente en vigor.

Los apartados 1 y 2 del artículo 177 bis establecen y delimitan el tipo de trata de seres humanos, figurando en los apartados 4, 5 y 6 distintos subtipos agravados.

Cualquiera que sea el precepto aplicable, tipo básico o subtipos agravados, si la finalidad del delito es «la explotación sexual, incluyendo la pornografía», se establece en el nuevo párrafo proyectado, como imperativa, 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».



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Este amplísimo marco penológico no existe para ningún tipo de pena en el Código Penal salvo en este precepto y en el nuevo artículo 192.4 proyectado en la reforma. Los más próximos son los establecidos en los arts. 570 quáter y 579 bis, que prevén otras penas de inhabilitación especial por un tiempo superior entre seis y veinte años a las penas privativas de libertad impuestas. En este sentido, consideramos recomendable no introducir una nueva variable en la extensión de la pena de inhabilitación, por lo que se sugiere se eleve de cinco a seis años la duración mínima de la misma.

Finalmente, dado que la nueva pena no queda delimitada al supuesto agravado contemplado en el apartado 6 del artículo 177 bis, no se considera adecuada a efectos sistemáticos su ubicación como tercer párrafo de este precepto. Por ello se propone ubicar este nuevo párrafo en apartado independiente o como nuevo párrafo dentro del apartado 9 del artículo 177 bis.

Veinte. Se modifica el artículo 189 bis

Damos por reproducidas las consideraciones generales expuestas respecto al anteriormente tratado artículo 143 bis del Código Penal pero referidas, en este nuevo artículo, a los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y los delitos relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores.

El precepto se estructura en dos párrafos, sin que se acierte a entender la razón de que no se haya incluido la norma concursal prevista en los artículos 143 bis y 156 ter para el caso de que el riesgo prevenido, la comisión de estos delitos contra la libertad e indemnidad sexual, llegue a producirse.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Veintiuno. Se introduce el artículo 189 ter

No representa novedad alguna pues, aunque con otra numeración, este nuevo artículo reproduce el contenido del vigente artículo 189 bis.

Veintidós. Se modifica el apartado 3 y se adiciona un apartado 4 en el artículo 192

El vigente apartado 3 del artículo 192, es dividido por el legislador, conformando así dos apartados con un contenido muy similar al del actual apartado 3.

El nuevo apartado 3, que se corresponde con el primer párrafo del vigente, se modifica tan solo para incluir que el ejercicio de la profesión u oficio sobre el que pesa la pena de inhabilitación de imposición facultativa puede ser «retribuido o no». Esta precisión, acorde con la reforma proyectada de los arts. 39 b y 45 del Código Penal, solo es censurable si se tiene en cuenta que la misma no se ha realizado en otros preceptos del Código Penal en los que figura la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, como particularmente sucede en los arts. 510.5, 511.4, 512, 579 bis, 607.2 y 607 bis 3, referida a la inhabilitación para profesiones u oficios educativos, o, con carácter general, en los arts. 319, 321, 325, 326, 332 a 334, 336, 345, 359, 361 a 362 ter, 363, 364 o 459 del Código Penal, entre otros.

El nuevo apartado 4, que se corresponde con el vigente artículo 192.3 in fine, al que ya hemos hecho referencia, se modifica en dos aspectos. En primer lugar, amplía la imposición de la pena de «inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

menores de edad» a todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, cuando antes venia limitado a los delitos de los Capítulos II bis o V del Título VIII Libro II.

Esta ampliación del ámbito objetivo de aplicación a todos los delitos comprendidos en el Título VIII guarda correspondencia con el nuevo artículo 156 *quinquies* incorporado en el Anteproyecto y que establece la pena de inhabilitación para todos los delitos de lesiones dolosas. Ahora bien, mientras en ese artículo la pena de inhabilitación es de aplicación facultativa, en éste, como en la redacción vigente, es de aplicación imperativa y ello a pesar de que el legislador ha suprimido la relación de esta pena con su aplicación a delitos fundamentalmente relacionados con personas menores de edad como son los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (Capítulo II bis) y los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y la corrupción de menores (Capítulo V).

Como decíamos al tratar el artículo 156 *quinquies*, el principio de proporcionalidad de la pena y el sentido y finalidad de esta inhabilitación especial exigen vincular su aplicación a las circunstancias del delito cometido, de manera que su imposición guarde necesaria relación con las personas menores de edad para cuya protección y defensa se concibe, razón por la que se sugiere no ampliar el ámbito de aplicación de esta pena a todos los delitos contra la libertad sexual.

A tenor de lo expuesto, se entiende que el ámbito objetivo de aplicación de esta pena de inhabilitación debería venir referido a aquellos delitos en los que el ofendido sea menor de edad o mantener la redacción vigente del artículo 192.3



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

en donde esta vinculación, dada la naturaleza de los delitos a los que se refiere, resulta más evidente. En su defecto, en el supuesto de que se mantenga el ámbito objetivo de aplicación a todos los delitos comprendidos en el Título VIII, la imposición de esta pena de inhabilitación debería ser facultativa, como se establece en el artículo 156 *quinquies* para los delitos de lesiones dolosas.

El segundo aspecto que modifica el nuevo apartado del artículo 192.4 es el marco penológico de la pena de inhabilitación especial que pasa a ser de entre 5 a 20 años superior (3 a 5 en la redacción vigente) al de la duración de la pena privativa de libertad o de entre 2 a 20 años (2 a 10 en la redacción vigente), cuando se trate de pena de otra naturaleza.

Téngase en cuenta que el legislador no distingue, como sí lo hace el artículo 57, que la extensión de la pena de inhabilitación dependa de que el delito para el que se prevé su sanción sea menos grave o grave.

Reiteramos, pues, la necesidad de mantener la debida proporcionalidad entre la conducta típica y su respuesta punitiva. Por ello se propone, al igual que en el citado artículo 57 del Código Penal, que se establezca una diferencia en la duración de la pena de inhabilitación atendiendo a la gravedad del delito objeto de la condena, lo que evitaría, además, que la petición de penas de más de diez años de inhabilitación por delitos en los que se prevé la imposición de penas máximas privativas de libertad de cinco o seis meses o penas de multa (cfr. arts. 184, 185 o 186), amplíe desproporcionalmente las competencias de enjuiciamiento de las Audiencias Provinciales.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Veintitrés. Se deroga el apartado 3 del artículo 201

La derogación de este apartado implica la exclusión del perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, explicando la Exposición de Motivos del Anteproyecto que se trata de «una medida efectiva para la protección a víctimas tanto menores como mayores de edad».

El artículo 201.3 del Código Penal, inaplicable en los supuestos subsumidos bajo el artículo 198 (en donde junto a la infracción del deber de respetar la intimidad se produce la infracción derivada del abuso del cargo público, STS 638/2017, de 27 de septiembre) y difícilmente aplicable en otros supuestos, (como los contemplados en el artículo 197 bis y 197 ter), es suprimido definitivamente de manera que el perdón del ofendido, menor o mayor de edad, resulta irrelevante. No obstante, se mantiene el carácter semipúblico de estos delitos al requerir, como requisito de procedibilidad, la denuncia de la persona agraviada, lo que resulta un tanto perturbador teniendo en cuenta la falta de persona o persona agraviada, al menos directamente, en algunos de estos delitos, como los descritos en los citados arts. 197 bis y ter del Código Penal.

Veinticuatro. Se modifica el apartado 2 del artículo 220

Se considera acertada la reforma que modifica la referencia a «un hijo», por la de «una persona menor de dieciocho años», lo que supone, de una parte, que el delito deja de ser un tipo especial propio al ampliarse el sujeto activo del delito a cualquier persona, y de otra, limitar el sujeto pasivo a las personas menores de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

edad. Téngase en cuenta que, en el caso de que la conducta la cometa un ascendiente, el apartado 4 de este artículo ya prevé un subtipo agravado con posibilidad de imposición, además, de una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad.

Veinticinco. Se modifica el artículo 361 bis

Como ya hemos expuesto al tratar el apartado catorce de esta Disposición final segunda, damos por reproducidas las consideraciones generales comunes a los arts. 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis, ahora referidas al 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.

Con idéntica estructura a la del artículo 189 bis, se configura en el 361 bis un delito de riesgo en el que, al igual que ocurre en el primer precepto citado -y sin que se entienda la diferencia de tratamiento respecto de la regulación establecida en los arts. 143 bis y 156 ter-, tampoco se prevé la consecuencia que para el autor puede tener que se produzca el resultado lesivo para la salud que se intenta prevenir.

Finalmente, y para concluir los comentarios a la Disposición final segunda del Anteproyecto, indicar el error mecanográfico en la numeración de este apartado que repite el número veinticuatro cuando le corresponde el veinticinco.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

DISPOSICIÓN FINAL TERCERA. MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, APROBADA POR REAL DECRETO DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1982

1. Estructura

La Disposición final tercera del Anteproyecto está integrada por diez apartados que modifican, introducen o derogan otros tantos artículos o apartados de artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente.

Siguiendo la numeración de la disposición final segunda del Anteproyecto, pasaremos a analizar el alcance de la reforma proyectada.

2. Comentario a la reforma

Uno. Modificación del artículo 13 de la LECrim.

Se mantiene el párrafo primero y se introduce un segundo párrafo del siguiente tenor:

«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».

La reforma operada en el Código Penal por las leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015 contemplaba por primera vez de modo expreso este tipo de medidas cautelares



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

en tres categorías de delitos: Los delitos contra la propiedad intelectual (artículo 270.3), los delitos de pornografía infantil (artículo 189.8) y los delitos de terrorismo (artículo 578.4), pudiendo entenderse aplicables también, aunque no figure expresamente, en los delitos de odio (artículo 510.6).

Para estos supuestos el legislador introdujo tres clases de medidas, por las que podría optarse según el ilícito de que se tratara y las circunstancias concurrentes:

- Retirada de contenidos ilícitos concretos
- Interrupción de los servicios de la sociedad de la información que ofrezcan exclusivamente o preponderantemente estos contenidos
- Bloqueo del acceso a los mismos, técnica que se utiliza generalmente cuando el prestador de servicios se encuentra radicado fuera del territorio nacional y no es posible la retirada del contenido o la interrupción del servicio a través de los mecanismos de cooperación internacional.

Desde la perspectiva del carácter integral del sistema jurídico, no parecía tener mucho sentido que este tipo de medidas pudieran adoptarse en la vía administrativa y no pudieran serlo en un ámbito como la jurisdicción penal, en la que se pretende la persecución y sanción de las infracciones más graves del ordenamiento jurídico. Por ello, la Circular 8/2015 FGE, de 21 de diciembre, *sobre delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley orgánica 1/2015*, indicaba que, si estas medidas pueden «ser acordadas con esta naturaleza ante un ilícito civil, con más razón



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

habrá que admitir su adopción frente a infracciones más graves (...) merecedoras de reproche penal».

En cualquier caso, en los supuestos en los que el Código Penal no contemplaba expresamente esta posibilidad de retirada y bloqueo de contenidos en relación con otras tipologías delictivas como los delitos contra la intimidad, contra el honor o la integridad moral, el instructor podía acordarlas, con carácter cautelar, con apoyo en lo establecido en el artículo 13 de la LECrim. y en el artículo 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*.

Precisamente por ello, la reforma debe ser acogida de forma favorable al terminar con cualquier duda sobre la aplicación de estas medidas con carácter cautelar. La retirada de contenidos y el resto de medidas que contempla el Anteproyecto encuentran su razón de ser en la necesidad de evitar a la víctima la prolongación en el tiempo de los perversos efectos del delito. En consecuencia, la finalidad protectora encaja en el fundamento que habilitaba la adopción de medidas cautelares en el artículo 13 LECrim. vigente.

Sin embargo, el artículo 13 proyectado regula las diligencias a practicar en los primeros momentos de la investigación al margen de las medidas, sobre todo personales, reguladas en otros apartados de la LECrim. Tales diligencias obedecen a la necesidad de adoptar con carácter cautelar ciertas medidas que no se acomodan estrictamente a un catálogo reconocido en el texto de la Ley, pero resultan necesarias para proteger a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y custodiar cuanto pueda contribuir a su esclarecimiento e identificar a los posibles responsables o, en su caso, lograr su detención.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En este contexto y conforme la naturaleza de las medidas del artículo 13, el Anteproyecto prevé la adopción de la retirada, interrupción y bloqueo provisional de contenido ilícito, pero lo hace únicamente en el ámbito de las primeras diligencias, a pesar de que la propia Exposición de motivos se señala que «esta medida cautelar también es efectiva durante la instrucción de causas penales...». En efecto, tratándose de medidas encaminadas a proteger los bienes jurídicos de que es titular la víctima, su adopción puede resultar precisa tanto en un momento inicial de la investigación como con posterioridad, pudiendo apreciarse su necesidad en cualquier momento de la instrucción, posibilidad no reconocida expresamente por el legislador.

Por otra parte, la reforma proyectada, perfila una regulación de estas medidas asistemática y dispersa.

Como ya se indicaba, la reforma llevada a cabo en el Código Penal por la LO 1/2015 incluye expresamente esta previsión cautelar para los delitos de pornografía infantil (artículo 189.8 del Código Penal), contra la propiedad intelectual (artículo 270.3 del Código Penal) y de terrorismo (artículo 578.4 del mismo texto legal).

El hecho de que no se haya contemplado al mismo tiempo para los delitos de odio del artículo 510 del Código Penal pudiera ser interpretado como una expresa exclusión por parte del legislador. Sin embargo, la consideración como un mero error por omisión parece más plausible. De hecho, el Preámbulo de la LO 1/2015 justificaba la introducción de estas medidas con una terminología muy similar en todos los supuestos, sin mencionar en ningún caso la referencia a su posible carácter cautelar, pero sin contener reseña expresa alguna a la exclusión de este carácter en el caso de determinados delitos como los de odio, en los que la adopción de este tipo de medidas resulta primordial.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Junto estas previsiones ya contempladas en la legislación vigente, el Anteproyecto prevé su adopción en el artículo 13 LECrim., con carácter general y, al mismo tiempo, incluye nuevos tipos penales en cuyo ámbito los jueces y tribunales pueden ordenar la adopción de las medidas necesarias para la retirada de contenidos, la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

En concreto, como ya se analizaba en otro apartado de este informe, se castiga 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 al suicidio de personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de protección (artículo 143 bis); a promover, fomentar o incitar la autolesión de personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de protección (artículo 156 ter); a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos previstos en este Capítulo y en los Capítulos II bis y IV del presente Título (artículo 189 bis) y 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).

Todos los anteriores prevén que *«los jueces y tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominante dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero»*.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Se observa pues, tanto en el Código Penal como en el proyectado artículo 13 LECrim., una evidente falta de armonización en la utilización de los conceptos. Así este artículo del Anteproyecto se refiere a delitos cometidos a través de Internet, del teléfono, de cualquier otra tecnología de la información o comunicación. El artículo 578 del Código Penal alude a tecnologías de la información y la comunicación, servicios o contenidos accesibles a través de Internet, servicios de comunicaciones electrónicas, prestadores de servicios de alojamientos, motores de búsqueda y proveedores de servicios de comunicación; el artículo 198.8 del Código Penal, a páginas web o aplicaciones de internet; el artículo 270.3 del Código Penal, a portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información y el artículo 510.6 del Código Penal, a portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, tecnologías de la información y la comunicación.

Además, se aprecia también la falta de armonización en el contenido. Así, el artículo 578 del Código Penal admite la posibilidad de adoptar las medidas siempre que concurra alguno de los supuestos que contempla el artículo.

El primer supuesto del artículo 578 no debería plantear problemas, dado que las previsiones respecto de que la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y la relevancia de la información, además de la necesidad para evitar su difusión, no dejan de ser parámetros generales exigidos legal y jurisprudencialmente para la adopción de cualquier medida cautelar. Así, como ya destacaba la STS nº 159/1996, de 24 de febrero, con cita de otras muchas anteriores, toda medida restrictiva de derechos exige los requisitos de *fumus bonis iuris* y de *periculum in mora*. En relación con la apariencia de buen derecho, en el caso del proceso penal puede identificarse con la existencia de indicios racionales de criminalidad contra una persona determinada.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

En cuanto al segundo requisito, supone en estos casos la concurrencia de un riesgo o peligro para los bienes jurídicos de la víctima que, de no adoptarse la medida, pudieran encontrarse ante situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que se otorgase en una eventual sentencia condenatoria.

Sin embargo, la exigencia de que se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos no aparece contemplada en el artículo 13 del Anteproyecto, lo que implicaría que con carácter general los requisitos para la adopción de la medida cautelar fueran menos gravosos que para delitos de tan evidente gravedad como lo son los de terrorismo.

En el mismo sentido los arts. 270.3 y 510.6, que exigen para el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación, que la información se difunda exclusiva o preponderantemente a través de los medios citados. Exigencia que no consta en el artículo 189.8 del Código Penal, que únicamente exige que las aplicaciones contengan o difundan pornografía infantil en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Para reflejar la falta de armonía a la que hacemos referencia, los nuevos artículos introducidos por el Anteproyecto, como ya se indicaba anteriormente, también hacen referencia a la interrupción de los servicios que ofrezcan predominante dichos contenidos, planteando una exigencia superior a la contemplada en el artículo 13 LECrim. para cualquier otro delito.

Para culminar esa falta de sistemática, se efectúa una redacción distinta que para el mismo tipo de medidas en el vigente artículo 189.8 del Código Penal y en el 189 ter proyectado, a pesar de referirse al ámbito de una misma tipología penal.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Así las cosas, se entiende más correcto regular todos los preceptos del Código Penal que contienen medidas cautelares de manera idéntica, tanto en la terminología utilizada como en los requisitos necesarios para su adopción.

Dos. Modificación artículo 416 de la LECrim.

Respecto del artículo 416.1 vigente, el proyectado 416 a) suprime la mención a los parientes a que se refiere el ordinal 3º del artículo 261 de la LECrim., como consecuencia de la modificación de dicho artículo por la Disposición final de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del estatuto de la víctima del Delito* (en adelante, LEV) y se cambia la denominación de Secretario Judicial por la de Letrado de la Administración de Justicia.

Se añaden dos nuevos párrafos:

«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



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

o guarda de hecho, o por cualquier otra causa se halle integrada en su núcleo de convivencia familiar».

Tanto el apartado b) como el c) del Anteproyecto reproducen el contenido de los apartados 2 y 3 actualmente vigentes.

A) El ejercicio por parte de las personas menores de edad o con discapacidad del derecho de dispensa de la obligación de declarar en las causas penales seguidas contra sus parientes cercanos

Señala la Exposición de motivos del Anteproyecto que se introduce en el artículo 416 «una norma específica sobre el ejercicio por parte de las personas menores de edad o con discapacidad del derecho de dispensa de la obligación de declarar en las causas penales seguidas contra sus parientes cercanos. Se trata con ello de colmar una laguna existente en nuestro derecho y de dar una pauta clara y homogénea de actuación al órgano instructor. Se atribuye la decisión al representante legal de la persona menor de edad o con discapacidad, salvo en el supuesto de que exista un conflicto de interés entre ambas, en cuyo caso corresponde decidir al Ministerio Fiscal. En todo caso, la persona menor de edad o con discapacidad debe ser oída en relación a sus deseos y a su voluntad de participar o no en el proceso penal seguido contra su familiar. De este modo, se respeta el derecho de la persona menor de edad de participar en el proceso de determinación de su interés superior».

En términos generales, el uso de la dispensa en la declaración de testigos señalada en el artículo 416.1 LECrim., establece la facultad que tienen los parientes del procesado de no declarar contra el mismo basándose no sólo en el vínculo de la solidaridad que se deben los miembros de una familia entre sí, sino también en la protección que se debe a la intimidad en el ámbito familiar,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

situando al testigo en una situación en que debe decidir entre decir la verdad y atender a ese vínculo de solidaridad, familiaridad, lealtad y afecto hacia una persona a él ligada por vínculos parentales. La finalidad de la dispensa contenida en el artículo 416 LECrim. sería, en consecuencia, proteger las relaciones familiares, preservando la paz y la intimidad en el seno de las mismas, valores que se encuentran constitucionalmente protegidos en los artículo 18 y 19 Constitución Española.

Sin embargo, la cuestión puede variar cuando de lo que se trata es de atribuir a un menor de edad ese derecho a elegir. El estatuto jurídico del menor conformado a partir del Código Civil y la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (recientemente reformados ambos textos por la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*) invitan a entender que el acceso a la dispensa de declarar que incorpora al artículo 416.1 LECrim. no está supeditado a la mayoría de edad. El menor tiene derecho a ser oído y a que su opinión se tome en consideración en función de su edad y su madurez.

Es evidente, como ya recoge la STS nº 699/2014, de 28 de octubre, que «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, ni con ocho, ni con once años, 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 [...]



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

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, artículo 770 LEC) (iii)».

La STS nº 205/2018, de 25 de abril considera que, *«los hijos, ya maduros o mayores, conservan la facultad para decidir por sí y con autonomía sobre la posibilidad de declarar o no. Y añade: Y cualquiera que sea la opción por la que nos decantemos, 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»*.

En el mismo sentido la citada resolución, concluye que: *«de este precedente podemos, así pues, deducir que el acogimiento a la dispensa es una facultad personalísima tanto del ya mayor de edad como del menor ya maduro...»*

No es fácil fijar una edad a partir de la cual pueda entenderse que existe una presunción de madurez. Esto exige inevitablemente -como bien apunta la STS nº 209/2017-, además de la constatación de la edad biológica, un ejercicio de ponderación sobre su nivel de desarrollo emocional e intelectual y su capacidad para contrapesar los intereses en juego, en definitiva, para decidir de manera libre y responsable.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

En cualquier caso, dentro del marco general que delimitan el artículo 162 del Código Civil (que reconoce a los menores capacidad por sí mismos para los actos relativos a sus derechos de la personalidad en el momento en que adquieran suficiente madurez), y los artículo 152, 2 y 9 LORJM (que proclaman el derecho de los menores a ser oídos y a que se tomen en consideración sus opiniones en función de su edad y grado de madurez,) el déficit de capacidad derivado de la minoría de edad no goza de un tratamiento unitario en nuestro sistema legal.

Así, con 12 años el menor no sólo ha de ser necesariamente oído en los procedimientos de separación y divorcio de sus progenitores (artículo 770 LEC), sino que también a partir de esa edad biológica el menor ha de consentir su adopción (artículo 177 CC). Los mayores de 14 años pueden testar (artículo 663 CC) y el de 16 años se puede consentir la emancipación y el emancipado a su vez puede contraer matrimonio (artículo 317 y 46).

El consentimiento previsto en el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, corresponde al mayor de 16 años que no tenga su capacidad modificada judicialmente y sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, salvo en caso de actuaciones de grave riesgo para su vida e integridad, supuestos estos en los que en todo caso habrá de manifestar su opinión.

Así las cosas y a modo de conclusión, se valora positivamente la regulación concreta de la facultad de dispensa de los menores, que obviamente no estaba excluida en la legislación que se modifica en el Anteproyecto, pero que ahora queda contemplada expresamente.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

No sigue, sin embargo, el Anteproyecto, la ya amplia doctrina de la Sala del Tribunal Supremo sobre la cuestión, al unificar el tratamiento de los menores, correspondiendo a sus representantes legales decidir si éstos prestarán o no declaración en el procedimiento seguido contra un familiar. En todos los casos se respetará el derecho de la persona menor de edad a ser oída, pero no existe un tratamiento diferenciado de los menores que ostenten un grado de madurez suficiente para decidir por sí mismos de aquellos que no posean dicha madurez. Dicho de otra manera, aunque el déficit de capacidad derivado de la minoría de edad no goza de un tratamiento unitario en nuestro sistema legal, en esta ocasión se ha optado por no diferenciar tramo alguno de edad, recibiendo el mismo tratamiento un menor cercano a alcanzar la mayoría de edad de otro que por su edad ni posea ni pueda poseer la madurez.

Al mismo tiempo, si bien se respetará el derecho de la persona menor de edad a ser oída *en los términos establecidos en la legislación vigente*, se ha optado por una formula genérica, cuando lo relevante no sólo es oír al menor, sino también tomar en consideración su opinión cuando gocen de la madurez necesaria.

En este sentido, la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor establece en su artículo 2 que «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor». Interés superior para cuya ponderación se tendrán en cuenta los criterios fijados en la Ley, atendiendo a la edad y madurez del menor, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo y la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

El artículo 9 de la LPJM, respecto al derecho a ser oído, establece en su apartado 2 que «*se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez,*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos».

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017, que pretendía la reforma legislativa del artículo 416 para dar una solución a los supuestos a la dispensa del deber de declarar de los testigos menores de edad, víctimas de hechos delictivos cometidos por alguna de las personas con las que guarde la relación de parentesco del artículo 416, consideraba que *habría que tener en cuenta el grado de madurez del menor, presumiendo ésta desde una determinada edad.*

Por todo ello se sugiere al legislador -en consonancia con la jurisprudencia mencionada y visto que se remite genéricamente a una legislación vigente que no individualiza-, que incluya en el precepto la necesidad no solo de oír al menor, sino también la de tomar en consideración su opinión cuando goce de madurez necesaria, presumiendo ésta desde una determinada edad.

B) El conflicto de intereses entre el menor de edad y la persona con discapacidad necesitada de especial protección y sus representantes legales

La regulación legal que atribuye al Ministerio Fiscal la capacidad de decisión en el supuesto de conflicto de intereses entre el menor de edad y la persona con discapacidad necesitada de especial protección y sus representantes legales, se aparta de la regulación contemplada en el artículo 163 del Código Civil, que en caso de intereses opuestos entre los padres y el hijo menor, prevé el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

nombramiento de un defensor judicial, y en el caso de que el conflicto existiera con uno solo de los progenitores, correspondería al otro representar al menor o completar su capacidad. En realidad, en el Anteproyecto únicamente se hace mención al conflicto con sus representantes legales, sin que exista previsión alguna para el supuesto de que el conflicto existiera con uno solo de los progenitores.

En el mismo sentido, la nueva regulación se aparta del artículo 26 LEV, que atribuye al Fiscal recabar del Juez o del Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima para que le represente en la investigación y en el proceso penal cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permita confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.

Igualmente, la LEV prevé también que cuando el conflicto de intereses anteriormente mencionado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación, también el Fiscal recabará el nombramiento del defensor judicial.

Por otra parte, el artículo 11 del Anteproyecto, que regula el derecho a la intervención en el procedimiento judicial de niños y adolescentes, prevé que dicha intervención también podrá realizarse a través de defensor judicial.

No especifica la Exposición de motivos las razones para apartarse en este artículo de la regulación existente en la materia ni para atribuir al Ministerio Fiscal la decisión en caso de conflicto de intereses.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

No obstante, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017, en el caso de conflicto de intereses con uno o ambos progenitores en menores de corta edad, proponía considerar *el relevante el papel que tiene que desempeñar el Ministerio Fiscal en su función de protección de la víctima y de los menores de edad. Si, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 del Código Penal, el Ministerio Fiscal está facultado para perseguir determinados delitos aun supliendo la inactividad de los representantes legales del menor o persona desvalida, con mayor motivo podría estar facultado para decidir sobre el derecho de dispensa en estos supuestos. A mayor abundamiento, si la legislación civil exige la autorización judicial (artículo 116 del Código Civil) para que los progenitores o representantes legales renuncien a determinados derechos económicos, con mayor motivo debería estar justificada la intervención del Ministerio Fiscal para decidir en estos supuestos.*

Por ello, dado el carácter específico del supuesto contemplado en el artículo 416 y aunque el mismo se aparte del resto de previsiones legales sobre el defensor judicial a las que se hacía referencia, se valora favorablemente la reforma.

C) El párrafo cuarto del artículo 516 a)

El último párrafo del proyectado artículo 416 a) establece una excepción a la dispensa de declarar contenida en el resto del precepto, al establecer que *las personas mencionadas en este apartado no podrán acogerse a la dispensa de su obligación de declarar en 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.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

La reforma pretendida se encuentra en la línea de legislaciones que exceptúan la aplicación de la dispensa a aquellos supuestos en que las víctimas o perjudicados son menores de edad; en este sentido, en el derecho británico, se regula la obligación de declarar del cónyuge o pareja del investigado en los casos de violencia doméstica y, especialmente, cuando la víctima es un menor de 16 años que conviviera en el núcleo familiar.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2017 indica que *no es difícil encontrar una justificación de esta dispensa de declarar, ya que la razón de acogerse a la dispensa queda plenamente justificada tanto por los vínculos de solidaridad entre el testigo y el acusado, lo que resulta acorde con la protección de las relaciones familiares que dispensa el artículo 39 de la Constitución, así como en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar. En definitiva, el secreto familiar tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los integrantes del vínculo familiar dentro de los límites recogidos en dicho artículo 416 LECrim.*

La propia Exposición de motivos del Anteproyecto, alude a que *se introduce una excepción en la dispensa de la obligación de declarar de los parientes de la persona investigada. Estas personas no podrán acogerse a la dispensa cuando la víctima del delito sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección que se halle integrada en su núcleo de convivencia familiar. Con ello se sitúa en primer término el principio del interés superior del menor.*

Por tanto, la excepción trae causa en el interés superior del menor. El artículo 2 de la LOPJM determina que *todo menor tiene derecho a que su interés superior*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.

Todo ello teniendo en cuenta que, 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 y que, 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.

No podemos olvidar que en muchas ocasiones la violencia sobre niños o adolescentes suele cometerse en el más estricto ámbito de la intimidad en la que la presencia de terceros ajenos al círculo familiar es excepcional; esa intimidad no sólo va a facilitar al agresor la ejecución de los actos violentos, sino que, dados los vínculos afectivos con las víctimas, en la mayoría de los casos serán los familiares los únicos testigos presenciales de los hechos, y la dispensa del artículo 416 LECrim. garantizará la impunidad de la conducta. Ante el silencio de las víctimas y los testigos, la posibilidad de no contar con una prueba suficiente que enerve la presunción de inocencia va a ser muy alta. Ese resultado coloca a la víctima en una situación de mayor vulnerabilidad mientras el agresor se ve reforzado en su posición de dominio, con el consiguiente incremento del riesgo.

En los supuestos en los que los menores viven en un entorno que les daña, los deberes inherentes a la patria potestad de velar por ellos, de ejercer esa responsabilidad paternal siempre en su interés y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental -artículo 154 del CC-, así como, la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia -artículo 2 de la LOPJM- permite plantear la necesidad de la reforma, pues, el interés superior del menor a vivir al margen de la violencia y en un



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

entorno seguro y adecuado a su desarrollo, deberá primar sobre cualquier otra motivación.

Por todo lo anteriormente manifestado, este apartado de la reforma proyectada, se acoge de manera favorable.

Tres. Supresión del párrafo cuarto del artículo 433 LECrim.

El epígrafe suprimido regulaba los supuestos en los que el juez de instrucción, en el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicial modificada, podía acordar, a la vista de la falta de madurez, la toma de declaración con la intervención de expertos y la grabación de la declaración por medios audiovisuales.

La supresión es consecuencia del nuevo artículo 448 bis, que recoge las previsiones contenidas en el artículo derogado, y de la modificación del párrafo segundo del artículo 707, que serán objeto de estudio en apartados posteriores.

Cuatro. Supresión del párrafo tercero del artículo 448 de la LECrim.

Alude a la posibilidad de llevar a cabo la declaración de menores de edad o personas con la capacidad judicial modificada, evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de la prueba.

La supresión es consecuencia de las previsiones contenidas en el artículo 448 bis, si bien para el resto de menores de edad no contemplados por éste artículo, la previsión se traslada al párrafo segundo del artículo 707.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Cinco. Introducción del artículo 448 bis de la LECrim.

«Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir, ya sea como víctima o como testigo, en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de 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, el Juzgado de Instrucción acordará en todo caso practicar la exploración como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral.

El Juzgado de Instrucción garantizará el principio de contradicción en la práctica de la exploración. Podrá acordar limitar o excluir la presencia de las partes en el lugar de la exploración, pero, en tal caso, el Juzgado facilitará a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la persona explorada. El investigado deberá estar presente en la exploración y se evitará su confrontación visual con la persona explorada, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.

El Juzgado de Instrucción asegurará la documentación de la exploración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, debiendo el Letrado de la Administración de Justicia, en forma inmediata, comprobar la calidad de la grabación audiovisual. Se acompañará acta sucinta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, que contendrá la identificación y firma de todos los intervinientes en la exploración.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

El Juzgado de Instrucción acordará que la exploración se practique a través de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Podrá acordarse de que las preguntas se trasladen a la persona explorada directamente por los expertos.

El Juzgado de Instrucción podrá acordar por auto que las medidas previstas en este artículo sean aplicables a cualquier persona mayor de catorce años a la vista de su especial vulnerabilidad y de la naturaleza del delito cometido, para evitar causar un perjuicio irreparable.

Las medidas previstas en este artículo no serán aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve.

Para la valoración de la prueba preconstituida obtenida conforme a lo previsto en los párrafos anteriores, se estará a lo dispuesto en el artículo 730.2.»

A) No existe objeción alguna a la regulación de la prueba preconstituida respecto de personas menores de catorce años, con discapacidad necesitadas de especial protección o menores especialmente vulnerables - con las precisiones que se indicarán a continuación respecto de éstos-, como tampoco existe objeción al catálogo de delitos y el modo de practicar la prueba.

B) En el apartado 4 del artículo 448 bis, existe un error gramatical: «Podrá acordarse *de* que las preguntas se trasladen a la persona explorada directamente por los expertos», frase en la que se sugiere se suprima la preposición «de».

C) Llama la atención en el párrafo 5 del artículo 448 bis, tanto por razones sistemáticas como de fondo, la expresión utilizada, «cualquier persona mayor de 14 años», de cuyo tenor literal podría suponerse que el legislador ha pretendido ampliar la medida a cualquier persona, incluso mayor de edad. Es preciso por



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

tanto que se aclare este concepto y, en el supuesto de tratarse de un error, se corrija el mismo, dejando claro que se refiere al resto de menores no contemplados en el párrafo primero del artículo.

En todo caso, aclarada la redacción en los términos expresados en el párrafo precedente, sorprende que, entre los parámetros a tener en cuenta por el instructor para acordar la medida, se encuentre «la naturaleza del delito» sin limitación alguna -salvo la que impone el párrafo siguiente respecto de los delitos leves-, y sin que se tenga en cuenta el catálogo de delitos mencionado en el párrafo primero. No se acierta a entender la razón de esas dos regulaciones diferentes en el mismo precepto, considerado que debería preverse, con independencia de la fórmula elegida, un tratamiento unitario.

D) El artículo 448 bis determina que «Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir, ya sea como víctima o como testigo, en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de 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, el Juzgado de Instrucción acordará en todo caso practicar la exploración como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral».

Sobre la intervención, preceptiva o no, del Ministerio Fiscal en estas exploraciones, el legislador se ha pronunciado en las recientes reformas legislativas de manera dispar. Así, el artículo 433 LECrim., tras la reforma operada por LO 8/2006 disponía en su párrafo tercero que: «toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Fiscal...». Posteriormente, tras la modificación del artículo citado por la disposición final de la LEV, se suprime la referencia a que en las declaraciones de menores deberá estar presente, en todo caso, el Ministerio Fiscal.

El informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Estatuto de la Víctima, manifestó: *«en cualquier caso, esta intervención del Fiscal debe convertirse, como propone el Libro Blanco, en potestativa, sobre la base de criterios tales como la concurrencia o no de un conflicto de intereses entre el menor y su representante legal, la gravedad o naturaleza del delito y la propia edad o madurez del menor»*.

E) El Anteproyecto prevé -en el párrafo tercero del artículo 448 bis- que el Juzgado de Instrucción asegurará la documentación de la exploración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen. Se acompañará *acta sucinta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, que contendrá la identificación y firma de todos los intervinientes en la exploración*.

La específica previsión de elaboración de acta, aunque sea sucinta, de la exploración, se valora de manera positiva, dado que incide en la postura mantenida por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar que las grabaciones audiovisuales de las declaraciones sumariales sin acta escrita no sólo vulneran los preceptos de la LECrim., sino que provocan una extraordinaria lentitud y sobreesfuerzo en cualquier operador jurídico que tenga que tomar conocimiento del proceso, como es el caso de los Tribunales de apelación y, desde luego, del Ministerio Fiscal.

Desde esta perspectiva, la previsión se acomoda a lo prevenido en el artículo 445 de la LECrim., que determina que en las actuaciones judiciales conste lo esencial para la adecuada y ágil resolución de la causa.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Seis. Introducción del artículo 703 bis de la LECrim.

El nuevo artículo 703 bis, en los supuestos del artículo 448 bis, prevé que «el Juzgado o Tribunal enjuiciador no acordará la intervención de la persona explorada en el acto del juicio, salvo, de forma motivada, en el supuesto de que la intervención en la vista de la persona menor de catorce años, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona mayor de catorce años especialmente vulnerable, sea interesada por la representación procesal de ésta. Asimismo, el Juzgado o Tribunal enjuiciador, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 448 bis y cause indefensión a alguna de las partes».

Es decir, el Anteproyecto establece como regla general que el Juez o Tribunal enjuiciador no acordará la intervención de la persona explorada en el juicio, con la excepción de que dicha intervención sea interesada por su representación procesal, o que el órgano enjuiciador, siempre a instancia de parte, acuerde su intervención cuando la prueba preconstituida no reúna los requisitos del artículo 448 bis y cause indefensión.

En todo caso la Ley guarda silencio total sobre la posibilidad de que el Ministerio Fiscal interese, salvo en los supuestos previstos, la intervención del menor.

Esta reforma, según la Exposición de Motivos del Anteproyecto, supone *un mecanismo necesario para evitar la denominada victimización secundaria y para lograr el objetivo de que la persona menor de edad, o con discapacidad, no se vea expuesta a narrar de forma reiterada a lo largo del procedimiento penal los hechos traumáticos que ha sufrido o presenciado.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Así pues, el Anteproyecto se aparta, de manera radical, de la jurisprudencia existente en la materia, si bien con los requisitos que establece el precepto, es decir, cuando se trate de un menor de catorce años, una persona necesitada de especial protección o un mayor de 14 años, a la vista de su especial vulnerabilidad y de la naturaleza del delito cometido, para evitar, en este caso, un perjuicio irreparable.

Con carácter general, se decía en la STS nº 742/2017, de 16 de noviembre, que «el derecho a un proceso con todas las garantías exige, como regla general, que los medios de prueba se practiquen en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación» (por todas, SSTC nº 31/1981, de 28 de julio, FJ 3; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3, o 174/2011, de 7 de noviembre, FJ 3; aunque la necesidad de ponderar el citado derecho fundamental con otros intereses y derechos dignos de protección permite modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, siempre que se hallen debidamente justificados en atención a esos fines legítimos y, en todo caso, que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal. Como recuerda la STC 174/2011, de 7 de noviembre, «dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido inculpativo de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado» (STC 75/2013, de 8 de junio).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Como se recordaba en la STS nº 568/2017, de 17 de julio, «esta Sala ya se ha pronunciado con anterioridad en numerosas ocasiones acerca de las cautelas que deben ser adoptadas cuando es necesaria la exploración de un menor, para hacer compatibles los derechos de defensa del acusado y la protección del interés del menor, especialmente cuando se trata de víctimas de delitos contra la indemnidad o la libertad sexual. La cuestión se examina, entre otras, en la STS nº 598/2015, de 14 de octubre, en la STS nº 366/2016 de 28 de abril o en la STS nº 750/2016, de 11 de octubre...».

En todas las anteriores resoluciones, después de examinar la cuestión y señalar la correcta forma de proceder, se afirma de modo claro que, como regla general, la prueba consistente en la declaración testifical de los menores víctimas de los hechos debe ser practicada mediante su exploración o declaración en el plenario, bajo los principios de inmediación y contradicción, y solo cuando esta forma de proceder esté desaconsejada en atención a la preservación de la salud psíquica del menor, debiendo suprimirse los riesgos ciertos de victimización secundaria del mismo -generalmente acreditados mediante un informe pericial médico-, es lícito acudir a la prueba preconstituida, procediendo entonces al visionado y audición de la grabación de la exploración que haya sido realizada correctamente en sede de instrucción, dirigida por el juez, con el concurso de expertos y con presencia y posibilidad de intervención de las partes.

Se advierte en esas sentencias que no es lícito convertir la excepción en regla general, de forma que solo se podrá prescindir de la declaración directa en el plenario cuando esté suficientemente justificado.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Siete. Modificación del párrafo segundo del artículo 707 de la LECrim.

Se trata de una consecuencia de la regulación de los arts. 448 bis y 703 bis, conteniendo la misma previsión que el artículo vigente, pero para los supuestos en que, fuera de los casos previstos en el artículo 703 bis, una persona menor de dieciocho años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en el acto del juicio.

En estos supuestos su declaración se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que pudieran derivarse de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual con el inculpado, pudiendo utilizarse cualquier medio técnico que haga posible la práctica de la prueba, incluida la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.

Ocho. Modificación del artículo 730 de la LECrim.

El precepto se estructura en dos apartados. El primero de ellos no representa novedad alguna, salvo la supresión de la referencia a las declaraciones recibidas conforme al párrafo cuarto del artículo 448 de la LECrim., como consecuencia de la derogación de este.

El segundo, de nuevo cuño, establece que «a instancia de cualquiera de las partes se podrá reproducir la grabación audiovisual de la exploración realizada durante la fase de instrucción conforme a lo dispuesto en el artículo 448 bis a personas menores de 14 años, personas con discapacidad necesitadas de especial protección o personas mayores de 14 años especialmente vulnerables».



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Es, en definitiva, consecuencia de la regulación contenida en el artículo 448 bis y se limita a reproducir la previsión ya contenida en el párrafo primero del artículo 703 bis.

En la regulación prevista en el artículo 730 también se utiliza la expresión «personas mayores de 14 años especialmente vulnerables», por lo que nos reiteramos en lo expuesto anteriormente.

Nueve. Adición de un apartado 3 al artículo 777 LECrim.

La reforma introduce en el ámbito del Procedimiento Abreviado la previsión contenida en el artículo 448 bis, en lo relativo a la práctica de la prueba preconstituida.

Sin embargo, alude únicamente a los menores de 14 años o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, pero no menciona a las personas mayores de 14 años a la vista de su especial vulnerabilidad.

Se entiende sistemáticamente más correcto que el artículo 777 regule los mismos supuestos que el artículo 448 bis, puesto que, de no tratarse de una mera omisión no pretendida del legislador, no se advierte razón alguna para su exclusión.

Diez. Adición de un apartado 2 y renumeración de los apartados 2 al 6, que pasan a ser del 3 al 7, en el artículo 788 de la LECrim.

Se trata de aplicar lo dispuesto en el artículo 703 bis, en cuanto a la no intervención en el acto del juicio de la víctima o testigo que sea una persona menor de 14 años, una persona con discapacidad necesitada de especial



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

protección o una persona mayor de 14 años especialmente vulnerable, cuando se haya practicado prueba preconstituida de conformidad con lo dispuesto en los arts. 448 bis y 777.3.

Se acoge favorablemente la nueva regulación, que en este caso si contempla a los mayores de 14 años especialmente vulnerables, con plena reiteración de las consideraciones ya efectuadas respecto de los “mayores de 14 años”.

Artículo 11 del Anteproyecto.

Como ya se ha anticipado, el artículo 11 del Anteproyecto establece que los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia tienen derecho a intervenir en defensa de sus intereses en todos los procedimientos judiciales que traigan su causa en una situación de violencia. En su apartado segundo prevé que puedan personarse como acusación particular en cualquier momento del procedimiento penal.

Ello no obstante tal previsión no implica modificación alguna de artículo 109 bis, LECrim. (modificado por la Ley 4/2015, de 27 de abril), que prevé que las víctimas del delito podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes del trámite de la calificación del delito.

No se advierte la necesidad del artículo existiendo el artículo 109 bis y, en el supuesto de mantener el mismo, se sugiere la modificación del precepto para evitar dos regímenes dispares, sin que exista justificación alguna para que los menores puedan personarse en cualquier momento, aún después de la calificación.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

**DISPOSICIÓN FINAL CUARTA. MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA
1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA**

1. Estructura

La disposición final cuarta del Anteproyecto está integrada por un solo apartado que introduce un nuevo artículo, el artículo 72 bis, en la Ley Orgánica General Penitenciaria.

2. Comentario al artículo 72 bis LOGP

El nuevo precepto, incluido como último artículo del Título III LOGP rubricado, *del Tratamiento*, tal y como señala la Exposición de Motivos en su apartado II, «establece programas específicos para los internos condenados por delitos relacionados con la violencia contra la infancia y adolescencia a fin de evitar la reincidencia, así como el seguimiento de los mismos para la concesión de permisos y la libertad condicional».

El apartado Uno del artículo 72 bis, en contra de lo que sugiere la Exposición de Motivos, no establece programas específicos, sino que contiene una orden dirigida a la Administración penitenciaria para que reglamentariamente elabore dichos programas con el objetivo de desarrollar en los internos condenados por delitos relacionados con la violencia contra la infancia y adolescencia «una actividad de respeto hacia los derechos de niñas, niños y adolescentes».

El Título III LOGP, (arts. 59 a 72), establece normas generales sobre el tratamiento penitenciario, definiendo su concepto, enumerando los principios en que se inspira, y deteniéndose, entre otras cuestiones, en la clasificación de los internos y destino al establecimiento más adecuado, la evolución y progresión en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

el tratamiento, organización de programas de tratamiento, las finalidades del mismo o la actuación del equipo técnico de especialistas, siendo en el Reglamento Penitenciario donde se concretan los programas específicos dependiendo de las características del interno y la naturaleza del delito por el que ha sido condenado. Así el artículo 116 RP se refiere a programas de atención especializada en drogodependencias y a programas específicos de tratamiento para internos condenados por delitos contra la libertad sexual.

Desde esta consideración se sugiere que el contenido del apartado Uno del nuevo artículo 72 bis, con las adaptaciones necesarias para armonizarlo con la sistemática del Reglamento Penitenciario, se incorpore como apartado 5 al artículo 116 de dicho Reglamento.

El apartado Dos del artículo 72 bis vincula el seguimiento que el interno realice de los programas específicos contenidos en el apartado anterior con las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional.

No entraña ninguna novedad que la progresión en grado se vincule a la evolución del tratamiento en el que se incardina cualquier programa específico de los internos. Esta idea aparece, entre otros, en el artículo 72.4 LOGP («En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión») o en los arts. 106.1 RP («La evolución en el tratamiento penitenciario determinará una nueva clasificación del interno, con la correspondiente propuesta de traslado al Centro penitenciario adecuado o, dentro del mismo Centro, a otro departamento con diferente modalidad de vida») o 106.3 RP («Cuando el interno no participe en un programa individualizado de tratamiento, la valoración de su evolución se realizará en la forma descrita en el artículo 112.4, salvo cuando la Junta de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Tratamiento haya podido efectuar una valoración de la integración social del interno por otros medios legítimos»).

De otra parte, debe tenerse en cuenta que así como las progresiones de grado y la concesión de los permisos de salida (sin perjuicio de su aprobación) son concedidos por la Junta de Tratamiento, en la libertad condicional la Junta de Tratamiento no concede sino que acuerda la incoación del expediente de libertad condicional que contiene, entre otras cosas, un informe pronóstico final en que se manifiestan los resultados conseguidos con el tratamiento (artículo 67 LOGP), la acreditación del cumplimiento de los requisitos legales establecidos en el Código Penal, así como una propuesta razonada de autorización de la libertad condicional (arts.192 y siguientes RP).

En este sentido se sugiere, por resultar más preciso, que el legislador indique que las Juntas de Tratamiento valoraran estos programas en la «propuesta de autorización» de la libertad condicional, en vez de en la «concesión» de la libertad condicional.

Por último, debe señalarse que las Juntas de Tratamiento no se mencionan en la LOGP, regulándose su estructura, funciones y competencias en el Reglamento Penitenciario, lugar en el que, entendemos, debería ubicarse también este apartado Dos de la norma proyectada.

DISPOSICIÓN FINAL SEXTA. MODIFICACIÓN DE LA LEY 34/1988, DE 11 DE NOVIEMBRE, GENERAL DE PUBLICIDAD

Si bien se valora positivamente la proscripción de toda aquella publicidad cuyos contenidos sean vejatorios y/o discriminatorios para cualquier colectivo, la redacción del párrafo segundo del apartado a) del artículo 3 de la Ley 34/1988



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

cuya reforma se pretende es demasiado amplia, adolece de inconcreción, utiliza conceptos y términos indeterminados (*ej. comportamientos estereotipados*) y puede dar lugar a dudas exegéticas en relación con el ámbito propio de la libertad de expresión y de creación artística.

DISPOSICIÓN FINAL NOVENA

Se modifica el artículo 4 de la LORPM para añadir estos dos párrafos a su texto, referidos únicamente a los delitos de violencia de género:

Quando la víctima lo sea de un delito de violencia de género, tiene derecho a que le sean notificadas por escrito, mediante testimonio íntegro, las medidas cautelares de protección adoptadas. Asimismo, tales medidas cautelares serán comunicadas a las Administraciones Públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole.

La víctima de un delito de violencia de género tiene derecho a ser informada permanentemente de la situación procesal del presunto agresor. En particular, en el caso de una medida, cautelar o definitiva, de internamiento, la víctima será informada en todo momento de los permisos y salidas del centro del presunto agresor.

Según la exposición de motivos de la Ley, se busca configurar dos nuevos derechos de las víctimas de los delitos de violencia de género para el caso de que el autor de los hechos sea un menor de dieciocho años. Por un lado, se introduce el derecho de la víctima a ser notificada de las resoluciones en las que se acuerden medidas cautelares de protección, aun cuando no se haya personado en el procedimiento, y, en segundo lugar, se prevé el derecho de la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

víctima a ser informada de la situación procesal y personal del presunto agresor, y más en concreto, de las salidas del centro de internamiento, en coherencia con las medidas que pueden acordarse conforme a lo establecido en el artículo 7 de la LORPM.

No obstante, la pretendida traslación del artículo 7.3 de la Ley del Estatuto de la víctima al texto del Anteproyecto no es literal, ya que no se hace mención al párrafo que textualmente dice *“sin necesidad de que la víctima lo solicite, salvo en aquellos casos en los que manifieste su deseo de no recibir notificaciones”*, no haciéndose referencia en la Exposición de motivos a las razones que llevan a esta omisión en la incorporación del precepto antes citado.

En principio, nada se objeta a la anterior modificación, sin perjuicio de proponer que se extiendan las informaciones a la víctima a los casos de delitos violentos en que se hubiese acordado el alejamiento y no exclusivamente a los supuestos de violencia de género.

DISPOSICIÓN FINAL DUODÉCIMA. CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN INFANCIA, FAMILIA Y CAPACIDAD

Se valora positivamente el espíritu que parece inspirar esta previsión, no obstante, lo cual, la generalidad con la que se formula impide una toma de postura razonada. Como es bien sabido, en los partidos judiciales con mayor número de asuntos ya existe una especialización a través de los Juzgados de Familia. La valoración de su oportunidad y conveniencia dependerá, pues, de cómo se estructure la jurisdicción cuya regulación futura se pretende.

La reforma estatutaria que prevé el Anteproyecto no debería limitarse a la cuestión propuesta y, a nuestro juicio, debería abordar multitud de materias que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

han sido objeto de reformas legales relativamente recientes, sin el consiguiente reflejo en el EOMF. Así, y por poner varios ejemplos, cuestiones como la digitalización de la justicia, la transparencia de la Administración Pública, el necesario fortalecimiento de la autonomía del Ministerio Fiscal y la protección de datos, entre otras.

DISPOSICIÓN FINAL DECIMOTERCERA

Bajo la rúbrica «Protección de las personas menores de edad en los medios audiovisuales» se dispone que «en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para la regulación de la protección de las personas menores de edad en el ámbito de los medios audiovisuales».

La generalidad de la previsión dificulta su valoración. No obstante, debe apuntarse que ya existe una detallada regulación de la materia, no alcanzándose a vislumbrar que es lo que resta por regular.

Debe recordarse que el artículo 18 de la Constitución Española reconoce el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y el artículo 20.1.d), el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, especificando que esta libertad encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y «especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

El artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) establece que «los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones».

El apartado segundo del precepto se refiere específicamente a los medios de comunicación: «La difusión de información o la utilización de imágenes o del nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados».

El apartado tercero dispone que «se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales».

El apartado cuarto establece la legitimación del Ministerio Fiscal: «sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública».

El artículo 7.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual aporta una interpretación auténtica (aunque sin animo omnicompreensivo) de cuándo debe estimarse que la utilización de la imagen de un menor es perjudicial para el mismo. Conforme al precepto citado los menores tienen el derecho a que su imagen y voz no sean utilizadas en los servicios de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

comunicación audiovisual sin su consentimiento o el de su representante legal, de acuerdo con la normativa vigente.

En todo caso, está prohibida la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o emisiones que discutan su tutela o filiación.

El artículo 57.4 considera infracción muy grave la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o en emisiones que discutan su tutela o filiación.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores desarrolla exhaustivamente la materia y la intervención del Fiscal y explica la necesidad de la hiper protección de este derecho: «estas garantías adicionales se justifican por el plus de antijuridicidad predicable de los ataques a estos derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente lesionan el honor, la intimidad o la propia imagen, sino que además pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañar en definitiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social».

Recientemente la Fiscalía General del Estado ha abordado de nuevo la materia en su Instrucción 1/2017, de 27 de marzo, sobre la actuación del fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual.

No se considera pues, necesaria la previsión futura de más regulación en esta materia, salvo que se detalle qué aspectos y con qué finalidad es precisa la nueva legislación.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

DISPOSICIÓN FINAL DECIMOQUINTA. ENTRADA EN VIGOR

Sería conveniente establecer una *vacatio legis* de al menos un mes, dada la amplitud del texto y la incidencia que la propia Ley tiene en otros cuerpos legales.

Por último, debe dejarse expresa constancia de la necesidad de extremar la protección del menor en cuanto respecta a su posibilidad de presentar denuncias, y modificar el artículo 59 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Asimismo, debería abordarse la modificación de la LOPJ por el Anteproyecto, en el sentido de proponer, en relación con el CEJ, que el artículo 434.2 LOPJ incluya el siguiente tenor: «*Tendrá como función la colaboración con el Ministerio Fiscal en la selección y en el desarrollo de la formación inicial y continuada de los miembros de la Carrera Fiscal de conformidad con la propuesta de la Fiscalía General del Estado, así como la colaboración con el Ministerio de Justicia en la selección, formación inicial y continuada de los Letrados de la Administración de Justicia y demás personal al servicio de la Administración de Justicia*».



Madrid a 25 de marzo de 2019

LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTA DEL CONSEJO FISCAL

María José Segarra Crespo