

3.6 La infancia

La infancia como bien jurídico colectivo que hay que proteger se abarca desde diferentes perspectivas en este capítulo V de la Memoria. En este apartado se van a recoger las reflexiones que sobre esta materia realiza la Fiscalía de Tarragona que centra su análisis en la intervención del MF en el cometido de facilitar el acceso a la tutela judicial efectiva de este colectivo especialmente vulnerable.

Traslada esta memoria que, como ya señalaba la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006 *sobre el Fiscal y la Protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores* la trascendencia de las funciones del Ministerio Fiscal en relación a la salvaguarda de los derechos de la infancia y adolescencia, «Si las funciones que la Constitución atribuye al Fiscal son todas de un profundo calado ético, las más sensibles, necesarias y de inexcusable observancia son las relacionadas con los menores, toda vez que estos, por propia definición, necesitan de otros para obtener amparo».

Que la infancia constituye un bien jurídico protegido de carácter colectivo y supraindividual, ha sido reconocido el Tribunal Supremo en su STS 842/2021, de 4 de noviembre, cuando afirma: «Y sobre delitos de estas características que afectan a menores puede y debe entenderse que existe un interés supraindividual o colectivo en aras a proteger a la infancia de la ejecución de conductas dirigidas a llevar a cabo en este caso actuaciones centradas en la prostitución de menores, y que deben entenderse desde un prisma elevado de interés colectivo o supraindividual digno de protección».

Ese reconocimiento de bien jurídico protegido de carácter colectivo se ha visto reflejado en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia*, en cuya exposición de motivos se recoge lo siguiente:

«La protección de las personas menores de edad es una obligación prioritaria de los poderes públicos, reconocida en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos tratados internacionales, entre los que destaca la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990.

La Unión Europea, por su parte, expresa la "protección de los derechos del niño" a través del artículo 3 del Tratado de Lisboa y es un objetivo general de la política común, tanto en el espacio interno como en las relaciones exteriores.

El Consejo de Europa, asimismo, cuenta con estándares internacionales para garantizar la protección de los derechos de las personas menores de edad como son el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote), el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos o el Convenio sobre la Ciberdelincuencia; además de incluir en la Estrategia del Consejo de Europa para los derechos del niño (2016-2021) un llamamiento a todos los Estados miembros para erradicar toda forma de castigo físico sobre la infancia».

En la citada resolución judicial se añade que, en los casos de delitos con víctimas menores de edad, debe apelarse al interés superior del menor como un objetivo de tutela no solo particular, sino también institucional y que es un colectivo sumamente vulnerable y necesitado de protección colectiva, no solo individual.

Estas consideraciones llevaron al Tribunal Supremo a revocar la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que había inadmitido la legitimación de la acusación popular para continuar con la acusación y solicitar la apertura del juicio oral, estableciendo que en este caso estaba perfectamente legitimada por defender intereses colectivos y supraindividuales como es la defensa de la infancia.

La infancia tiene derechos, entre ellos el de desarrollarse en un entorno respetuoso y seguro. La Observación general n.º 13 del Comité de Derechos del Niño establece:

«La crianza del niño en un entorno respetuoso y propicio, exento de violencia, contribuye a la realización de su personalidad y fomenta el desarrollo de ciudadanos sociales y responsables que participan activamente en la comunidad local y en la sociedad en general. Las investigaciones muestran que los niños que no han sufrido violencia y crecen en forma saludable son menos propensos a actuar de manera violenta, tanto en su infancia como al llegar a la edad adulta. La prevención de la violencia en una generación reduce su probabilidad en la siguiente».

La lucha contra la violencia en la infancia es un imperativo de derechos humanos, por lo que el Ministerio Público debe estar implicado en aquella. Para promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño es esencial asegurar y promover el respeto de su dignidad

humana e integridad física y psicológica, mediante la prevención de toda forma de violencia.

Como manifestaciones de tipos de violencia tenemos el maltrato infantil, la violencia de género, el acoso, el acoso escolar, el *cyber-bullying*, la agresión /abuso sexual, la explotación sexual (prostitución infantil), la pornografía infantil, el matrimonio infantil, el trabajo infantil y la mutilación genital. El artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, define la violencia de este modo: «Violencia es cualquier daño físico, mental o emocional que impide el desarrollo holístico de la infancia y su bienestar físico y psicológico. Esta violencia puede ser ejercida tanto por acción como por omisión; es decir, cuando no se proporciona al niño o niña todo lo que necesita para su desarrollo y bienestar».

La Observación General n.º 13 habla de las graves repercusiones de la violencia y los malos tratos sufridos por los niños, niñas y adolescentes que son sobradamente conocidas. «Esos actos, entre otras muchas consecuencias, pueden causar lesiones que pueden provocar discapacidad; problemas de salud física, como el retraso en el desarrollo físico y la aparición posterior de enfermedades; dificultades de aprendizaje incluidos problemas de rendimiento en la escuela y en el trabajo; consecuencias psicológicas y emocionales como trastornos afectivos, trauma, ansiedad, inseguridad y destrucción de la autoestima; problemas de salud mental como ansiedad y trastornos depresivos o intentos de suicidio, y comportamientos perjudiciales para la salud como el abuso de sustancias adictivas o la iniciación precoz en la actividad sexual».

Debemos garantizar una respuesta adecuada a la violencia contra la infancia en el seno de una justicia adaptada a la misma.

El marco jurídico nacional de protección de la infancia se reconduce, en sede constitucional, al artículo 39 CE. También en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los niños y las niñas víctimas de un delito en España deben tomar parte como testigos en el proceso penal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). La reforma ha operado sobre los artículos 261 y 416 LECRIM a raíz de la aprobación de la LOPIVI, que afecta, tanto a la obligación de denunciar como a la obligación de declarar como testigo en un proceso cuando estamos ante procesos seguidos por distintos tipos de violencia, en particular violencia sexual y existe relación familiar entre el victimario y la víctima o entre el testigo y el victimario.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor que recoge en su articulado: el interés superior del menor (art. 2.2 LOPJM), el derecho a ser oído y escuchado (art. 9 LOPJM) y el derecho a la información (art. 5 LOPJM).

Por su parte la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia crea el *Registro Central de Delinquentes Sexuales* (disposición final decimoséptima) en el que consta la identidad de los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos, o explotación de menores, e información sobre su perfil genético de ADN. Con ello se pretende hacer posible un seguimiento y control de las personas condenadas por estos delitos no solo en España sino también en otros países. También se crea el *Registro Unificado de Maltrato Infantil (RUMI)*, un sistema de información compartido entre el Estado y las comunidades autónomas.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la Víctima del delito*, que recoge los derechos procesales y extraprocesales de las víctimas de cualquier tipo de delito, contemplando a la infancia y adolescencia como víctimas en situación de especial vulnerabilidad, lo que implica la evaluación individualizada de sus necesidades y el atender sus derechos de protección, información, acceso a la justicia y reparación.

Como ya hemos referido, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, introduce importantes modificaciones para la protección de la infancia: 1. En las Oficinas de atención a la víctima (art. 13.2), 2. En justicia gratuita (art. 14.1), 3. En especialización en abogados (art. 14.2) y otros profesionales (disposición final 4.^a), 4. En la creación de un registro central de información sobre la violencia contra la Infancia y adolescencia (art. 56), 5. En la forma de iniciar el proceso (art. 13–denuncia de la persona menor de edad), 6. Creación de juzgados especializados y 7. En la prueba preconstituida y en las excepciones a la obligación de declarar (art. 416 LECrim).

Esta ley, además, ha supuesto un refuerzo al derecho del niño, niña o adolescente a ser escuchado. No se les puede proteger frente a la violencia sin escucharlos, por ello la ley introduce mejoras en nuestro ordenamiento, como:

- Permitir que un niño o niña pueda denunciar sin necesidad de estar acompañado por su representante legal/ tutor, lo cual es importante para aquellas situaciones en las que la violencia provenga de estos.
- Dar más valor a la opinión de los niños, de manera que, en caso de que la opinión del niño o la niña no coincida con la de sus tutores, se

considera que existe un conflicto de intereses y, por tanto, es necesario el nombramiento de un Defensor judicial que defienda sus intereses.

– Reforzar los mecanismos de denuncia en centros de protección.

Tanto en esta Ley como en la Ley Orgánica 10/22, de 6 de *septiembre de protección integral de la libertad sexual* se habla de la creación de entornos seguros y de buen trato para la infancia y adolescencia y de facilitar una atención integral a las víctimas de violencia con medidas de protección, apoyo, acogida y recuperación. El artículo 35.d) de la LO 10/22 habla de «Servicios de atención especializada a niñas y niños víctimas de violencias sexuales: servicios adaptados y adecuados a sus necesidades, que proveen asistencia psicológica, educativa y jurídica, y que se constituyen en el lugar de referencia para las víctimas, al que se desplaza el conjunto de profesionales intervinientes en los procesos asistenciales y judiciales».

La propia Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, en su Exposición de Motivos recoge los criterios que deben presidir la actuación policial y posteriormente se recogen en su artículo 50: «Los criterios de actuación policial en casos de violencia sobre la infancia y la adolescencia, la cual debe estar presidida por el respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes y por la consideración de su interés superior. Sin perjuicio de los protocolos de actuación a que están sujetos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la ley recoge una relación de criterios de actuación obligatorios, cuya principal finalidad es lograr el buen trato al niño, niña o adolescente víctima de violencia y evitar la victimización secundaria».

«Entre esos criterios de actuación obligatorios, es especialmente relevante la obligación de evitar, con carácter general, la toma de declaración a la persona menor de edad, salvo en aquellos supuestos que sea absolutamente necesaria. Ello es coherente con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la que se pauta como obligatoria la práctica de prueba preconstituida por el órgano instructor. El objetivo de esta ley es que la persona menor de edad realice una única narración de los hechos, ante el Juzgado de Instrucción, sin que sea necesario que lo haga ni con anterioridad ni con posterioridad a ese momento».

En línea con lo anterior, obligada mención ha de hacerse al proyecto Barnahus, que encuentra su materialización en la exigencia *de la declaración de las víctimas, sin dilaciones indebidas y el menor número de veces posible, la recepción de la declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin y por profesiona-*

les expertos, y la grabación audiovisual de las declaraciones recibidas durante la fase de investigación y su reproducción en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la LECrim.

Sobre la base de lo expuesto, se evidencia una clara voluntad de proteger a la infancia, pero hoy es necesario dar un paso más y garantizar su participación en el proceso con plenas garantías. Es necesario propugnar una justicia adaptada a la infancia: en definitiva, debe ser garantizado el derecho a la participación efectiva en los sistemas judiciales del niño, niña o adolescente (NNA). Para ello debe partirse del marco jurídico formado por la Convención de Derechos del Niño, las Directrices del Consejo de Europa sobre Justicia adaptada a la Infancia y la jurisprudencia del TEDH.

La Convención de Derechos del Niño (art. 12) establece que las opiniones y puntos de vista de los niños/as deben ser respetados y tenidos en cuenta en todos los puntos relacionados con sus derechos. Este es uno de los principios básicos.

La puesta en marcha de la Barnahus supone, por tanto, un paso muy importante para la consecución de esa *Child Friendly Justice* pero quedan muchos más pasos por dar, entre ellos la adecuada formación de los fiscales, jueces y abogados en Justicia Adaptada a la Infancia.