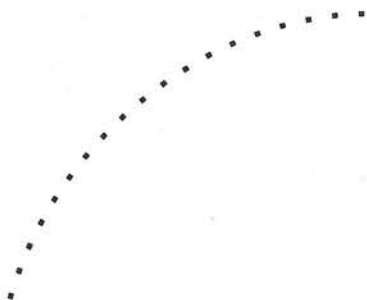


DOCUMENTOS

**Una propuesta  
alternativa a la  
protección penal  
de los menores**

Grupo de Estudios de Política Criminal

**U**na propuesta  
alternativa a la  
protección penal  
de los menores **S**



Grupo de Estudios de Política Criminal



© COPYRIGHT

- Departamentos de Derecho Penal de las Universidades de La Coruña, Autónoma de Barcelona y Zaragoza.
- Jueces para la democracia (Comisión de Política criminal alternativa).

Edita: Grupo de Estudios de Política Criminal.

Distribuye: Tirant lo blanch.. C/. Artes Gráficas 14, Bajo Dcha. 46010 - Valencia.

Venta electrónica: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)

Imprime: Imagraf. C/. Nabucco. Tel. 95 232 85 97.

I.S.B.N.: 84-607-8772-9

Depósito Legal: MA-1.223-2003

# ÍNDICE

PRESENTACION .....	7
MANIFIESTO SOBRE LA PROTECCION PENAL DE LOS MENORES DE EDAD .....	9
PROPUESTA ALTERNATIVA DE PROTECCION PENAL DE LOS MENORES DE EDAD .....	20
ANEXOS:	
1. Código penal .....	47
2. Ley de Enjuiciamiento Criminal .....	63
3. Ley Orgánica del Poder Judicial .....	72
4. Código civil .....	75
5. Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales .....	77
6. Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas .....	79
7. Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 .....	81
8. Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal .....	96
9. Ley orgánica 35/1995, de 11 de diciembre, sobre ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos o contra la libertad sexual .....	108

10. 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 .....	130
11. Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, sobre la función del ministerio fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito .....	131
12. STC 209/2001, de 22 de octubre de 2001 .....	142
13. Declaración programática del Grupo de estudios de Política criminal .....	156

# **p**RESENTACIÓN

El Grupo de estudios de política criminal presenta una vez más un conjunto de materiales fruto de los trabajos realizados entre los años 2001 y 2002, en este caso relacionados con los problemas que suscita la protección penal de los menores de edad.

Se trata de una materia en la que las dudas políticocriminales nacen del difícil ensamblaje entre las especiales condiciones de vulnerabilidad del menor, que exigen una celosa protección de sus intereses evolutivos y formativos, y la voluntad de no dejarse arrastrar por una frecuente tendencia a sobreproteger al menor, del que se da una imagen artificiosa y falsa, mera proyección de deseos y emociones colectivas y con efectos perjudiciales para él mismo y para el conjunto de la sociedad. Esta disyuntiva se plantea en muy diversos lugares de nuestro ordenamiento, pero de modo especial en el ámbito de la tutela y jurisdicción penales, donde no es raro apreciar decisiones desenfocadas en uno u otro sentido. Constituye, pues, un área de reflexión ajustada a las preocupaciones políticocriminales del Grupo.

Como es habitual, se presenta en primer lugar un Manifiesto en el que se sientan las bases de nuestra visión del problema. Este primer documento dio pie al desarrollo de un conjunto de propuestas legales de reforma, objeto de deliberación en tres ponencias y dos sesiones plenarias, y que se han plasmado en una Propuesta alternativa de protección penal de los menores de edad. Las propuestas de reforma se refieren a muy diversos pasajes del código penal, la ley orgánica del poder judicial y la ley de enjuiciamiento criminal, y han atendido,

sin renunciar a su consideración crítica, a las exigencias de diferentes acuerdos y documentos internacionales, así como a normas y jurisprudencia nacionales.

Los documentos del Grupo van seguidos en este volumen de un conjunto de Anexos que esperamos que faciliten la comprensión por el lector de nuestras propuestas.

Tras casi 14 años de actividad ininterrumpida y consolidado ya como asociación legalmente inscrita, el Grupo se dispone a emprender nuevas actividades que, en el marco de sus objetivos, permitan dar mayor trascendencia a sus procesos de reflexión. En el próximo futuro iremos dando cuenta de ello.

La Junta directiva.

# **m**ANIFIESTO SOBRE LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS MENORES DE EDAD

## I.

La Constitución española y la Convención de los Derechos del Niño proclaman que los menores gozan de la titularidad plena de los derechos, si bien su capacidad para ejercerlos la van adquiriendo progresivamente. Su menor capacidad de obrar determina que, aun siendo titulares de los mismos derechos que los adultos, la garantía de los mismos exija una protección especial. La tutela de los menores, obligación impuesta a los poderes públicos por el art. 39 CE, incumbe a todos los sectores del Ordenamiento. En el ámbito penal, la mayor necesidad de protección de los menores puede requerir la creación de tipos autónomos específicamente orientados a los menores o bien la introducción de tipos agravados por tratarse de un sujeto pasivo con capacidad disminuida que facilita el atentado al bien jurídico o que puede incrementar sus efectos.

## II.

Sin embargo, resulta reprobable la tendencia del legislador a adelantar la barrera punitiva e intensificar la respuesta penal so pretexto de cumplir obligaciones comunitarias de armonización legislativa o compromisos internacionales, aun en aquellos supuestos en que la normativa vigente satisface las exigencias de protección de los bienes jurídicos de los menores. Conviene advertir el peligro de una mitificación de la imagen del menor como proyección de anhelos o emociones colectivas que induzca una cierta excepcionalidad punitiva.

Por tal motivo, amén de razones de técnica legislativa, no resulta aconsejable la adopción de una ley específica de protección de los menores, más allá de las ya existentes. Procede en todo caso un examen de los tipos delictivos que tengan un sentido de protección de bienes jurídicos de los menores de edad, con el objeto de identificar necesidades de tutela no debidamente atendidas o aspectos necesitados de mejora.

### III.

Por las anteriores razones, parece necesaria una mayor coordinación entre los distintos sectores del Ordenamiento. No resulta comprensible que, por una parte, en el orden civil el grado de madurez permita un amplio ejercicio de los derechos o el adelantamiento de la disponibilidad de los bienes de los que el menor es titular y que, por otra parte, la ley penal conceda como regla general una relevancia decisiva al límite de edad de los dieciocho años.

### IV.

Las decisiones valorativas adoptadas en las reformas de los delitos sexuales de 1989 y 1995 expresan una positiva tendencia hacia la construcción del Derecho penal sexual en torno a la protección de la libertad sexual de las personas como bien jurídico anclado en los principios de dignidad humana, libertad y pluralismo. En la configuración de los tipos delictivos, el Código Penal de 1995 ha establecido las bases estructurales que permiten distinguir adecuadamente los atentados violentos de otras formas de afectar a la libertad sexual. Pese a tales aspectos positivos, cabe lamentar algunas deficiencias en la descripción de los tipos orientados a la protección de los bienes jurídicos de los menores de edad y en las penas previstas.

## V.

La reforma de 1999, más que corregir las referidas deficiencias, genera una intensificación punitiva en muchos aspectos exagerada, reestructura los tipos de abusos sexuales de tal modo que se producen situaciones de perversión valorativa, exhibe una desgraciada técnica legislativa con reenvíos normativos que favorecen la infracción del principio *ne bis in idem* y reintroduce perturbadores elementos marcadamente ideológicos, como la alusión a la corrupción de menores. Por otra parte, amplía las conductas típicas relacionadas con la pornografía de menores, aunque afortunadamente en una dirección más restrictiva en comparación con otros Estados europeos, al dejar fuera de toda consideración como delito la mera posesión para el propio consumo y los supuestos relativos a la pornografía virtual, obtenida mediante manipulación de imágenes de adultos, sin utilización de menores reales.

## VI.

Una atención especial precisan también los supuestos de sustracción, tráfico de menores y adopciones ilegales. Toda reforma legislativa debe tener en cuenta la relación entre tales delitos y los de detenciones ilegales y la necesidad de atender también a los supuestos de tráfico de menores y los atentados contra las relaciones de filiación. Asimismo debe evitar el coyunturalismo y la criminalización de meros incumplimientos de deberes civiles.

## VII.

En el ámbito de los delitos de lesiones y violencia doméstica, se detectan escasos aspectos especialmente necesitados de reforma legislativa. Los tipos delictivos existentes permiten en general una suficiente protección de los menores de edad frente a conductas como las mutilaciones genitales, el tráfico de órganos o la violencia intrafamiliar,

no obstante la conveniencia de alguna mejora técnica. En cualquier caso, el derecho de corrección de los padres o tutores no puede justificar los atentados a la integridad física o moral.

#### VIII.

El Código Penal español debería prever un tratamiento específico de la explotación laboral infantil.

#### IX.

En los delitos contra la intimidad, deben abordarse los problemas planteados por la regulación de la denuncia y el perdón, así como la conveniencia de introducir límites a la relevancia del consentimiento de los menores en línea con las previsiones de la Ley de Protección Jurídica del Menor. Esta cuestión también se debería plantear respecto a los delitos contra el honor.

#### X.

La respuesta de la ley penal ante los delitos contra el menor cometidos en el seno de la familia debería prever la repercusión que la pena pueda tener sobre la propia víctima. Por las mismas razones convendría pensar en las ventajas de sanciones de contenido reparador u orientadas a la comunidad frente a la multa, así como en la intensificación de las formas substitutivas de las penas privativas de libertad de forma que, orientadas a la rehabilitación del autor, tomen igualmente en consideración el interés del menor.

#### XI.

Las reformas procesales deben partir de la necesidad de superar la concepción de la víctima como mero instrumento de prueba y erigir como regla general la de facilitar la prestación del testimonio

del menor en la forma menos lesiva para éste, propiciando una declaración única. Resultaría deseable acudir a la fórmula del juicio rápido o, en todo caso, otorgar a estos procedimientos una prioridad similar a la de las causas con presos. Durante la tramitación de la causa habrán de ser garantizados los derechos de información y audiencia al menor no previstos en la legislación procesal interna no obstante su reconocimiento en textos internacionales, derechos que resultaría conveniente respetar también en la fase de ejecución.

## XII.

La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio introduce algunas medidas procesales enderezadas a reducir la victimización secundaria de los menores. Tales reformas son en parte insuficientes, al no prever, por ejemplo, la posibilidad de prescindir del testimonio del menor en el juicio oral, y en parte poco acertadas, como sucede con el régimen excepcional de prescripción de ciertos delitos con víctima menor de edad. Más allá de la crítica al actual marco legal, es necesario estimular iniciativas por parte de los jueces, fiscales y las Administraciones competentes, que permitan una aplicación de la ley que atienda debidamente los intereses de los menores y los derechos del imputado, tanto en la adopción de las medidas cautelares como en las sucesivas fases del proceso.

## XIII.

Las propuestas de reforma legislativa deben propiciar estrategias orientadas a la reducción de daños, con el objetivo principal de minimizar los efectos del proceso penal sobre la víctima.

## XIV.

En lo que atañe a la perseguibilidad, se plantea la necesidad de introducir legalmente vías de extensión de la aplicación extraterritorial.

torial de la ley penal, con el fin de ofrecer una suficiente protección a los menores, ya sea mediante una ampliación del ámbito de aplicación del principio de justicia universal a todos los delitos contra derechos integrados en el catálogo de la Declaración Universal de Derechos humanos, o a través de la introducción del principio de personalidad pasiva, que permita perseguir los hechos delictivos de mayor gravedad cometidos en el extranjero contra víctimas nacionalizadas o que tengan reconocida la residencia legal.

En La Coruña, a 1 de diciembre de 2001

#### **FIRMANTES**

**ACALE SANCHEZ, MARIA**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.

**ANDRES DOMINGUEZ, ANA CRISTINA**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Burgos.

**ASUA BATARRITA, ADELA**

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

**BLANCO CORDERO, ISIDORO**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo.

**BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ANGEL**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza.

**BONET ESTEVA, MARGARITA**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

**CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS**

Catedrático de Derecho Penal y Vicerrector de la Universidad de Valencia.

**CEREZO DOMINGUEZ, ANA ISABEL**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

**CONDE PUMPIDO, CANDIDO**

Magistrado. Sala Segunda del Tribunal Supremo.

**CUESTA ARZAMENDI, JOSE LUIS DE LA**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

**DIAZ PITA, MARIA DEL MAR**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

**DIEZ RIPOLLES, JOSE LUIS**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

**DOÑATE MARTIN, ANTONIO**

Magistrado. Profesor Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial.

**ESCOBAR MARULANDA, GONZALO**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Gerona.

**FABIA MIR, PASCUAL**

Magistrado. Audiencia Provincial de Madrid. Sección Cuarta.

**FARALDO CABANA, PATRICIA**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de La Coruña.

**GARCIA ARAN, MERCEDES**

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

**GARCIA DE DIOS FERREIRO, RAMIRO**

Magistrado. Juzgado de Instrucción número 6. Madrid.

**GARCIA PEREZ, OCTAVIO**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

**GIMENEZ PERICAS, ANTONIO**

Magistrado. Audiencia Provincial de Bilbao. Sección Primera.

**GOMEZ INIESTA, DIEGO J.**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

**GONZALEZ CUSSAC, JOSE LUIS**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón.

**HUERTA TOCILDO, SUSANA**

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Burgos.

**LAMARCA PEREZ, CARMEN**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

**LOPEZ KELLER, CARLOS**

Magistrado. Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

**LOPEZ ORTEGA, JUAN JOSE**

Presidente de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid.

**LUNA JIMENEZ DE PARGA, PILAR**

Magistrada. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Alcira (Valencia).

**MAPELLI CAFFARENA, BORJA**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

**MARTINEZ-BUJAN PEREZ, CARLOS**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Coruña.

**MATA BARRANCO, NORBERTO DE LA**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

**MENDEZ RODRIGUEZ, MARIA CRISTINA**

Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Salamanca.

**MUÑOZ LORENTE, JOSE**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

**MUÑOZ SANCHEZ, JUAN**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

**PAREDES CASTAÑÓN, JOSE MANUEL**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de León.

**PENIN ALEGRE, CLARA**

Magistrada. Audiencia Provincial de Bilbao. Sección Segunda.

**PEREZ CEPEDA, ANA ISABEL**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de La Rioja.

**PESTANA PEREZ, MARIO**

Magistrado. Juzgado de Instrucción Número 9. Madrid.

**QUERALT JIMENEZ, JOAN J.**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Central de Barcelona.

**REBOLLO VARGAS, RAFAEL**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

**RODRIGUEZ RAMOS, LUIS**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

**SAEZ VALCARCEL, ANGEL**

Magistrado. Juzgado de lo Penal Número 20. Madrid.

**SALINERO ALONSO, MARIA DEL CARMEN**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Las Palmas.

**SANCHEZ GARCIA DE PAZ, ISABEL**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid.

**TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Lérida.

**TERRADILLOS BASOCO, JUAN**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.

**VALEJE ALVAREZ, INMACULADA**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo.

**VICENTE MARTINEZ, ROSARIO DE**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

**VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Lérida.

**VIRTO LARRUSKAIN, MARIA JOSE**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

**ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL**

Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Universidad de Granada.

Los abajo firmantes, redactores o posteriormente adheridos al manifiesto sobre "La protección penal de los menores de edad", aprobado en La Coruña el 1 de diciembre de 2001, de acuerdo con las pautas en él marcadas así como en la reunión de trabajo mantenida en Barcelona el 8 de junio de 2002, aprueban la siguiente

# **p**ROPUESTA ALTERNATIVA DE PROTECCION PENAL DE LOS MENORES DE EDAD

## **PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL**

**Uno.** El segundo inciso del **art. 132.1** deberá suprimirse.

### ***Fundamentación.***

El fundamento de la prescripción en materia penal no descansa, como la civil, en el presunto abandono del acreedor, en este caso, del menor, siendo así que los derechos de éste a obtener una indemnización, reparación o resarcimiento del daño podrán verse colmados en vía civil. Su fundamento en el incumplimiento de los fines de la pena concurre también cuando el delito tiene como víctima un menor.

**Dos.** Se debe añadir el **art. 150 bis** con la siguiente redacción:

"El que con—ánimo de lucro cometiere alguna de las conductas previstas en los dos artículos anteriores será castigado con la pena prevista en su mitad superior. La misma agravación será aplicada a quien ofrece, promete o entrega la recompensa y a quien actúe como intermediario".

**Tres.** Se debe añadir el **art. 150 ter** con la siguiente redacción:

"Los delitos previstos en los artículos anteriores de este título serán castigados con la pena que corresponda en su mitad superior cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años<sup>1</sup>.

**Cuatro.** El **art. 148-3º** deberá suprimirse.

### **Fundamentación**

- I. La propuesta introduce ciertas modificaciones en los supuestos más graves de lesiones, sobre la base de los tipos legales actualmente existentes. Se configura un tipo cualificado mediante el cual se pretende ofrecer una respuesta penal agravada a los supuestos de tráfico de órganos. No se ha considerado conveniente reducir la agravación a los casos en que la víctima sea menor de edad ni a los casos de mutilación de órganos, sino que parece más oportuno erigir el nuevo tipo en torno al ánimo de lucro, sin perjuicio de prever un segundo efecto agravatorio en caso que coincidan ambos elementos.
- II. Por otra parte, tampoco se considera necesario ni conveniente introducir modificación técnica alguna en relación con las mutilaciones genitales, que son ya subsumibles en el art. 149. La tentación de hacer una referencia explícita de tales conductas tiene unos efectos meramente simbólicos que no se traducen en una más eficaz protección del bien jurídico. Se opta finalmente por mantener la expresión "impotencia", al entender que permite acoger prácticas como la infibulación en términos asimilables a las mutilaciones.

---

1. Un voto minoritario cualificado ha sostenido la conveniencia de suprimir esta cualificación.

- III. Finalmente, y con carácter general, se opta por valorar la especial vulnerabilidad de la víctima en el conjunto de los delitos de lesiones, en términos análogos a lo establecido en el ámbito de los delitos sexuales. Ello tiene como consecuencia la supresión del actual art. 148-3ª y la creación en su lugar de un nuevo precepto que proyecta sus efectos agravatorios sobre todos los tipos de delito de lesiones dolosas y permite una doble cualificación en caso de concurrencia con otros tipos cualificados.

**Cinco.** La rúbrica del Título "Delitos contra la indemnidad y la libertad sexual" deberá quedar redactada como sigue: "Delitos contra la libertad sexual".

### **Fundamentación**

La "indemnidad sexual del menor", en tanto que bien jurídico a proteger en los delitos sexuales, constituye un objeto de protección demasiado indeterminado, lo que abre el camino a tipos penales en los que la existencia de lesividad es discutible. Por otra parte, el concepto de "indemnidad sexual" está cargado de connotaciones valorativas, casi siempre de tinte paternalista y conservador, que deben permanecer alejadas del Derecho Penal. Por eso, parece preferible preservar la idea nuclear de que lo que se protege en todos los casos es y debe ser única y exclusivamente, también en relación con los menores de edad, su libertad sexual: su libertad para ejercitar su sexualidad, en los casos en los que los menores poseen ya un nivel de madurez suficiente para comprender el significado de este concepto y de las conductas a él unidas, sin interferencias ilegítimas de terceros.

**Seis.** El art. 180.1.4ª deberá suprimirse.

### **Fundamentación**

La agravación de este número no añade ningún dato nuevo al que ya aparece recogido en el número 3º que justifique una pena aún más elevada, ya que los casos en los que tiene sentido la agravación son aquellos en los que la víctima es especialmente vulnerable, cualquiera que sea el motivo de dicha vulnerabilidad... entre otros, la situación de inferioridad frente al autor. Así, la circunstancia 4ª es inútil (en tanto que su especial desvalor aparece recogido ya en la tercera) o redundante (pues aumenta la agravación de la pena sin un fundamento autónomo).

**Siete.** El **art. 180.2** deberá suprimirse.

### **Fundamentación**

Los efectos perturbadores que posee la proliferación de circunstancias cualificantes en el art. 180.1 desaparece en buena medida en tanto lo haga a su vez la regla penológica del apartado segundo. De este modo, la concurrencia de una o de varias de dichas circunstancias no obligaría al juez o tribunal a ir siempre a la mitad superior de la pena, sino que le dejaría libertad de valoración a lo largo de todo el marco penal.

**Ocho.** En el **art. 181.1** se deberá suprimir la cláusula "o *indemnidad sexual*".

### **Fundamentación**

En coherencia con la línea general de la propuesta.

**Nueve.** Deberán suprimirse los **arts. 181.4 y 182.2**.

### **Fundamentación**

Las circunstancias de agravación ya han sido tenidas en cuenta para configurar los atentados básicos del 181 y el agravado del 182, por lo que los actuales 181.4 y 182.2 suponen una violación del principio *ne bis in idem*. En este sentido, parece claro que la mayor vulnerabilidad de los menores ante los abusos sexuales no implica una mayor gravedad de las conductas que atacan a su libertad sexual, sino que únicamente hace que sean más probables los casos de abusos sexuales con menores que con adultos.

**Diez.** Deberá suprimirse el **art. 183.**

### **Fundamentación**

Los abusos sexuales con engaño contra menores de entre 13 y 16 años constituyen un tipo penal de difícil fundamentación político-criminal en nuestra realidad social. Pues, en efecto, una interpretación adecuada al bien jurídico protegido (la libertad y la indemnidad sexuales del menor) del concepto de "engaño" obliga a restringirlo exclusivamente a casos en los que el menor es engañado acerca del significado sexual de la actividad que realiza, las consecuencias inmediatas de la misma, etc.; no cabe, sin embargo, fundamentar la tipicidad de una conducta sobre engaños que se refieran a otros asuntos (recompensas o promesas a obtener por mantener la relación sexual, implicaciones afectivas,...). Por ello, y a la vista de las indicaciones de los estudios sociológicos acerca del comportamiento sexual de adolescentes y de jóvenes y de sus niveles de educación sexual, resulta difícil imaginar casos de abusos sexuales por engaño en menores de más de 13 años; al menos, si en ellos no concurre al tiempo abuso de superioridad (lo que ya está tipificado autónomamente). En esta situación, parece preferible evitar el recurso al Derecho Penal, pues, no existiendo una necesidad relevante de intervención, la per-

sistencia del tipo puede dar lugar a fenómenos indeseables de instrumentalización del Derecho Penal con fines espurios.

**Once.** El art. 185 deberá quedar redactado como sigue:

"El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición inequívocamente sexuales ante menores de dieciséis años o ante incapaces, sin contar con su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

En ningún caso se considerará exhibicionismo aquellas actividades realizadas en el ejercicio legítimo de la profesión docente."

### **Fundamentación**

El actual art. 185 presta una excesiva protección a los menores e incapaces, lo que provoca una incongruencia, pues mientras los menores a partir de 13 años pueden mantener relaciones sexuales siempre que se les haya dado la oportunidad de expresar su consentimiento y éste sea válido, en cambio, no pueden verse confrontados con actos de exhibición obscena aunque lo hayan consentido libremente. Algo parecido cabe decir respecto de los incapaces: Los que padecen un trastorno mental pueden mantener contactos sexuales siempre que no medie abuso de su trastorno, pero no pueden, en cambio, presenciar una conducta de exhibición obscena aun cuando no se dé el mencionado abuso. Por lo demás, la lesividad del comportamiento típico resulta bastante limitado. Por todo ello, parece razonable restringir el alcance del tipo limitándolo al caso más grave, en el que la conducta tiene lugar sin consentimiento alguno del menor o incapaz.

Por lo demás, este delito, en tanto que delito contra la libertad sexual, no debe poder emplearse para reprimir aquellas conductas llevadas a cabo en el contexto de la práctica educativa -por muy heterodoxa que la misma parezca- y que no afectan en absoluto a la libre disposición del menor sobre su sexualidad.

**Doce.** Deberá suprimirse el **art. 186.**

### **Fundamentación**

La difusión de material pornográfico entre menores o incapaces constituye ya una infracción administrativa, adecuadamente sancionada por esta vía. No parece, por el contrario, que exista en este género de conductas la gravedad y relevancia social suficientes como para elevarlo a la categoría de delito<sup>2</sup>.

**Trece.** En la **rúbrica del Capítulo V** de este Título, deberá suprimirse la cláusula "y corrupción de menores".

### **Fundamentación**

La modificación se realiza en coherencia con la supresión del delito de corrupción de menores que se fundamenta más adelante.

**Catorce.** Los **arts. 187, 188 y 188 bis** deben quedar redactados como sigue:

"Art. 187.

1. El que determine, empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en ella, será castigado con las penas de

---

2. Hay una minoría cualificada que hace una propuesta distinta: El art. 186 debería mantenerse, sustituyendo la cláusula "menores de edad" por la de "menores de dieciséis años".

#### **Fundamentación**

La difusión de material pornográfico entre personas por debajo de dicha edad sí puede tener la suficiente relevancia para ser incriminada, al poder afectar al desarrollo psicológico y a la educación del menor, pero no así cuando se trata de personas entre dieciséis y dieciocho años.

prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Si las mencionadas conductas se realizaren sobre persona menor de edad o incapaz, se impondrá al responsable la pena superior en grado.
3. El que, fuera de los casos comprendidos en el apartado anterior, induzca o coopere con actos necesarios a la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

“Art. 188.

1. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.
2. Se impondrán en su mitad superior las penas previstas en el artículo y apartado anteriores y, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años al que, para la realización de las conductas mencionadas en éste, actúe prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario.
3. Las penas señaladas en este artículo y en el anterior se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que pudieren corresponder por las agresiones o los abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida”.

“Art. 188 bis. Se impondrán las mismas penas al que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual en las condiciones mencionadas en los artículos anteriores”.

### **Fundamentación**

No se entiende por qué la agravación por pertenencia a organización no se aplica a los supuestos comprendidos en el actual 188, siendo así que el art. 187, a la vista del 188.4, tiene un carácter residual. Asimismo parece conveniente extender el tipo del tráfico a los supuestos contemplados en el actual art. 187. No obstante, se estima preferible regularlo en un precepto separado, puesto que los comportamientos del art. 188bis suponen, además, un ataque a la dignidad de las personas, lo que, por otra parte, justifica que las penas se equiparen a las previstas para los casos de efectiva explotación sexual.

Por lo demás, debería quedar claro que el solo hecho de mantener relaciones sexuales con un menor, aun cuando sea por precio, no constituye por sí solo ni inducción ni cooperación necesaria en el delito del art. 188.3.

**Quince.** El art. 189.3 debe suprimirse.

### **Fundamentación**

Desde la perspectiva de la libertad sexual, estas figuras no tienen sentido, pues resulta difícil imaginar comportamientos que atenten contra este bien jurídico que no estén ya contemplados en los preceptos anteriores que, además, prevén mayores penas. Para este precepto quedarían supuestos de contactos sexuales realizados con un consentimiento válido, con lo cual se vendría a tutelar aspectos morales. Por ello, estaríamos en presencia de un precepto de más que dudosa legitimidad. Además, la redacción del precepto es extraordinariamente abierta, lo que impide identificar los comportamientos que se pretenden abarcar con él y, en consecuencia, infringe el principio de legalidad.

**Dieciseis.** En el **art. 189.4** debe eliminarse la cláusula "o corrupción".

### **Fundamentación**

Constituye un elemento típico vago (contrario al mandato de determinación de los tipos penales), dudosamente legítimo desde el punto de vista del bien jurídico protegido y próximo al Derecho Penal simbólico.

**Diecisiete.** Deberán sustituirse los **arts. 223 y 225** por el art. 220, que deberá quedar redactado como sigue:

"El que sustraiga a un menor de doce años, *impidiendo el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda y custodia por parte de sus titulares* será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de secuestro o detención ilegal.

Si la sustracción del menor es realizada por un ascendiente, el Tribunal podrá rebajar la pena, atendidas las circunstancias del hecho, en uno o dos grados".

### **Fundamentación**

Las razones que explican el mantenimiento de esta figura, como delito independiente y menos grave que el de detención ilegal, se encuentran en la afectación a bienes jurídicos diversos de la libertad, como pueden ser la seguridad o la formación y bienestar del menor.

Esta concepción del delito de sustracción de menores permite explicar, por un lado, la menor pena que éste tiene prevista en relación el delito de secuestro y detención ilegal. Se trataría de establecer no obstante entre aquella y estas figuras típicas una relación de subsidiariedad, de modo que en los supuestos en los que se valorare

que la sustracción del menor de doce años se ha llevado a cabo en contra de su voluntad —por ejemplo, empleando fuerza para vencer su resistencia— y en términos en que, por su edad y otras circunstancias, quepa entender que se ve afectada su libertad, deberán aplicarse los delitos más graves de detención ilegal o secuestro, según los casos.

Por otro lado, este entendimiento de la figura de la sustracción de menores hace asimismo posible excluir del ámbito de lo típico aquellos casos de mero incumplimiento del régimen de visitas, retrasando la entrega o devolución del menor, en los que no resulta adecuada la vía penal.

Por último, la delimitación realizada del delito de sustracción respecto a las detenciones ilegales va a permitir también, según arbitrio judicial, la atenuación de la pena cuando sea uno de los progenitores —separado o divorciado— el que sustraiga al menor. En tales supuestos la relación de parentesco puede servir para atenuar la responsabilidad penal, en la medida que la afección a los derechos del menor, a su seguridad o su proceso de formación, se vean menos gravemente afectados dado que el autor del delito forma parte del "círculo de relaciones del menor".

**Dieciocho.** Deberá quedar sustituido el **art. 224** por el art. 221, que ha de quedar redactado como sigue:

"El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a abandonar el domicilio familiar o el lugar donde resida impidiendo el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda y custodia o el acogimiento por parte de sus titulares será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años".

### **Fundamentación**

La inducción al abandono de familia integra el complemento indispensable del delito de sustracción de menores, al incluir las con-

ductas que suponen un ataque de menor significación para los bienes jurídicos del menor. A través de la incriminación de esta clase de comportamientos se logra sancionar la conducta de aquel que convence al menor para que abandone su domicilio, en perjuicio de los bienes jurídicos de los que éste es titular. En relación a los mayores de doce años, la operatividad de esta figura resulta especialmente decisiva, en la medida que permite sancionar la conducta del que convence al menor, incluso mediante engaño, para que éste abandone su domicilio. En estos casos, aunque se reconoce valor al consentimiento y a la decisión tomada por el menor, se tiene en cuenta la existencia de intereses dignos de protección.

**Diecinueve.** Deberán quedar sustituidos los arts. 220 y 221 por el art. 222, que ha de quedar redactado de la siguiente manera:

"El que ilegalmente, para alterar la filiación de un menor, entregue, reciba o actúe como intermediario será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años.

Si en la realización de las conductas anteriores concurriera animo de lucro se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años.

Resultarán igualmente aplicables las penas dispuestas en el presente precepto aunque la entrega del menor se hubiera efectuado en un país extranjero".

### **Fundamentación**

Los delitos tipificados en los artículos 220 y 221 CP se dirigen a proteger el derecho del menor a conocer la propia identidad. Los supuestos en los que se aplicaría el delito examinado se encuentran integrados fundamentalmente por aquellas situaciones en las que se cambia de adscripción familiar con inobservancia del procedimiento establecido al efecto y de ese modo se priva al menor de la posibilidad de conocer su auténtica filiación.

La redacción vetusta y arcaica que siguen presentando estos delitos, sobre todo el previsto en el artículo 220 y, ante todo, el común interés tutelado en ambos preceptos hacen recomendable, en nuestra opinión, refundir ambas modalidades típicas y emplear una terminología más acorde con la realidad.

De este modo se propone crear un delito común en el que se sancione el cambio de adscripción familiar, es decir, la entrega y recepción del menor que conlleve un cambio de filiación del mismo y ello, tanto en aquellos supuestos en los que tal modificación no quede reflejada y de ese modo se oculte al menor su auténtica filiación, como en aquellos otros supuestos en los que el cambio de adscripción familiar se lleve a cabo al margen de los procedimientos previstos para ello. Este tipo de conductas podrá consistir en una simulación de parto o en la entrega del menor en adopción sin cumplir con los trámites legales.

**Veinte.** Se debe añadir el **art. 223**, que tendrá la siguiente redacción:

"Las penas previstas en los artículos anteriores serán aumentadas en un grado si el culpable actúa mediante un grupo organizado".

### **Fundamentación**

Junto a esta modalidad, se propone también la tipificación de una forma agravada en aquellos casos en los que medie una compensación económica. El motivo de tal agravación reside en el incremento del injusto y reprochabilidad que la concurrencia de tal circunstancia, el precio, manifiesta.

**Veintiuno.** Se debe añadir el **art. 224**, que quedará redactado como sigue:

"La autoridad, funcionario público o educador que en el ejercicio de su cargo o profesión cometa uno de los delitos previstos ante-

riormente será castigado, además de con las penas previstas en ellos, con la inhabilitación para el ejercicio de cargo público u oficio de dos a diez años.

El Tribunal podrá imponer al ascendiente o tutor que cometa los delitos comprendidos en los artículos anteriores la pena de inhabilitación para el ejercicio de los derechos familiares de dos a diez años.

En el caso de que los hechos se hubieran cometido utilizando centros docentes o establecimientos dedicados a la guardia o custodia de niños, el Tribunal podrá acordar la clausura temporal por un máximo de cinco años o la clausura definitiva”.

### **Fundamentación**

Sería posible asimismo incorporar una segunda agravación aplicable a aquellos supuestos en los que sean los propios progenitores los que cometan el delito; no obstante ésta no se ha incorporado en la propuesta.

En relación con todas las modalidades de tráfico de niños se ha optado por prever expresamente la sanción de los dos autores del tráfico, el que entrega al menor y el que lo recibe, así como la del intermediario<sup>3</sup>

---

3. Con posterioridad a la aprobación del texto alternativo por parte del Grupo se ha promulgado la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores. El nuevo texto, hoy ya vigente, del Código Penal (art. 225 bis) tiene en común con la propuesta del Grupo la introducción de un delito de sustracción de menores, aunque difiere sustancialmente en su contenido, al limitar el ámbito de operatividad del mismo a los supuestos en los que aparece un progenitor como sujeto activo y no insertarse en una visión de conjunto con figuras delictivas afines como las que han sido objeto de examen en la propuesta que aquí se sostiene. También revela un carácter más coyuntural y parcial la citada Ley Orgánica con la adición de un nuevo párrafo al art. 224 CP referido al progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia.

## **PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL**

**Uno.** Respecto al **art. 23**, se modifica el actual inciso 4 e) como supuesto de atribución de competencia basado en el principio de jurisdicción universal, que quedaría redactado de la forma siguiente:

“Los delitos relativos a la prostitución y aquéllas otras figuras delictivas que constituyan explotación de menores o incapaces”.

### ***Fundamentación***

Los arts. 3 y 4.2.b) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2.000 y ratificado por España tras la anterior reunión (BOE 27/31 de enero de 2.002) obliga al Estado a adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectiva su jurisdicción en los delitos objeto del Protocolo en caso de que la víctima sea un nacional. La razón de la ampliación a todos los delitos en que el menor sea víctima bastando con la mera residencia habitual se encontraría en que este último criterio es el que se está imponiendo en los textos internacionales más avanzados en materia penal, siendo así que los menores residentes precisan de tanta protección por parte del Estado como los nacionales, tanto en los delitos enumerados como en el resto frente a los que el Estado tiene obligación de protegerles de conformidad con la Convención sobre Derechos del Niño.

## **PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

**Uno.** Se debe añadir al **art. 13** el siguiente párrafo:

“También tendrán la consideración de primeras diligencias la prestación de asistencia médica y psicológica a la víctima. En caso de menores de edad e incapaces la asistencia será obligatoria cuando resulte necesaria”.

## **Fundamentación**

Aun cuando resulta habitual la existencia de equipos especializados en el ámbito policial propio de la primera denuncia, cuando la víctima comparezca directamente ante la autoridad judicial sería conveniente que los correspondientes servicios, no necesariamente por parte de los peritos aun cuando éstos sí podrían actuar a prevención, pudieran ser puestos de inmediato a su disposición, no sólo para constatar el alcance del resultado lesivo sino también para proporcionar la ayuda imprescindible de cara a la recuperación psíquica de la víctima y para amortiguar las inevitables repercusiones que la comisión del delito y la victimización secundaria puedan ocasionarle.

Por otro lado, el art. 4 de la Decisión Marco de 15 de marzo de 2.001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal obliga a los Estados Miembros a garantizar la información sobre el tipo de servicio u organizaciones a los que puede dirigirse la víctima para obtener apoyo. En el caso de los menores, la sola información parece insuficiente cuando es el Estado el obligado a dar protección al niño frente a toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, trato negligente, malos tratos y explotación (art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Por su parte, el art. 8.1 del Protocolo Facultativo de 2.000 obliga al Estado a adoptar las medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas objeto del mismo, concretamente en su punto d) la obligación de prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctima y obligando a los Estados, en el párrafo 4º del citado art. 8, a asegurar una formación apropiada en los ámbitos jurídico y psicológico de las personas que trabajen con estos menores víctimas.

**Dos.** Se debe suprimir el actual **párrafo 3º art. 109**, debiendo quedar añadido el siguiente:

"También se proporcionará por el juzgado u órgano judicial a la víctima información en términos claros sobre las posibilidades de obtener la restitución y reparación del daño sufrido en el proceso, de lograr el beneficio de justicia gratuita, de obtener ayudas por parte del Estado, de la marcha del proceso, fecha del juicio y resolución final si ésta no hubiera expresado su deseo contrario. Este derecho de información también lo ostentará el menor, pudiendo prestarse a él de forma directa si así lo solicitare en su inicial declaración y gozara suficiente madurez a dichos efectos. La prestación de dicha información no paralizará el curso de las actuaciones debiéndose efectuar de forma simultánea a la otorgada a quienes sean parte en el proceso".

### **Fundamentación**

El art. 15 de la ley 35/95, de 11 de diciembre, sobre Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos o contra la Libertad Sexual, recoge, además de un sistema subsidiario de ayudas públicas a estas víctimas, entre las que se incluyen los menores, el deber de información sobre tales extremos, al igual que lo exige con carácter general el artículo 4 de la Decisión Marco referida. La especialidad relativa a la posibilidad de recepción directa sin representante legal descansa en el artículo 162.1º del Código Civil en cuanto exceptúa del régimen de representación legal de los padres los actos que el menor pueda hacer por sí mismo compatibles con el grado de madurez. Por su parte, el art. 8.1 b) del Protocolo Facultativo de 2.000 obliga al Estado a informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa.

La no paralización del proceso so pretexto de cumplimiento del deber de información deriva de la urgencia que pretende imprimirse a esta clase de procedimientos.

**Tres.** Se debe añadir un **párrafo 3 al art. 110**, con la siguiente redacción:

"No será válida la renuncia efectuada por el representante legal del menor".

### **Fundamentación**

El art. 166 del Código Civil impide la renuncia de los padres (representantes naturales de éstos) a los derechos de los que los hijos sean titulares.

**Cuatro.** Se debe añadir un **párrafo 4 al art. 110**, con la siguiente redacción:

"Aun cuando no se haya personado en el procedimiento, la víctima menor de edad tendrá derecho a ser oída directamente o por medio de su representante legal en el curso del procedimiento con independencia de que sea llamada o no como testigo. La denegación de la audiencia requerirá previa audiencia del Ministerio Fiscal y deberá ser motivada".

### **Fundamentación**

El art. 9.1 de la L.O. 1/1.996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, recoge el derecho de éste a ser oído en cualquier procedimiento judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, previendo la necesidad de resolución motivada el párrafo tercero del citado precepto. Derecho que igualmente es recogido en el art. 12.2 de la Convención sobre Derechos del Niño y que en ambos casos puede realizarse bien directamente bien por medio de su representante u órgano apropiado al efecto. Por su parte, el art. 8.1 a) del Protocolo Facultativo de 2.000 obliga al Estado a autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los

niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales.

**Cinco.** Se debe añadir un nuevo párrafo al **art. 118**:

"La reclamación efectuada insuficientemente por el Ministerio Fiscal derivada de ilícito cometido contra un menor de edad no producirá la extinción de la acción civil".

### **Fundamentación**

Dada la obligación impuesta al Ministerio Fiscal de ejercitar conjuntamente la acción civil con la penal en tanto no medie renuncia o reserva expresa (art. 108. LECrM) podría llevar a pensar que la reclamación efectuada insuficientemente por el representante legal supondría el ejercicio de la misma por aplicación del art. 112.1 de la citada Ley extendiendo el efecto de cosa juzgada al pronunciamiento que recaiga sobre la materia. Dado que en el caso de los menores éstos carecen de capacidad de obrar, no puede perjudicarles la renuncia tácita que supondría el no ejercicio por sus representantes unido a la falta de diligencia del Ministerio Fiscal cuando aquéllos no pueden renunciar en su nombre. A diferencia de la prescripción de la acción penal, el dies a quo de la civil no comienza sino desde que la misma pudo ejercitarse (art. 1969 del Código Civil)

**Seis.** Se deberá añadir el siguiente inciso al párrafo primero del **art. 282**, con la siguiente redacción:

"Cuando el perjudicado u ofendido sea menor de edad la policía judicial podrá, dependiendo de las circunstancias del hecho y del menor y atendiendo al interés superior de este último, diferir su declaración sin perjuicio de que practiquen el resto de actuaciones de investigación".

## **Fundamentación**

La posibilidad de que la primera declaración del menor, víctima del delito, no se practique por la policía deriva, en primer término, del intento de evitar la victimización secundaria de aquél. De las distintas emitidas a lo largo del proceso, la declaración policial, que no aporta ninguna garantía y necesariamente ha de ser reproducida ante el órgano judicial, es fácilmente suprimible aun cuando se permite su práctica para facilitar la denuncia a la víctima o, en su caso, la investigación atendiendo siempre al interés superior del menor. El art. 3.2 de la Decisión Marco obliga a los Estados Miembros a tomar las medidas necesarias para que las autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal y el art. 2.2 que velen porque se les brinde, cuando sean especialmente vulnerables, un trato específico que responda de la mejor manera a su situación. En segundo término, los propios postulados de la psicología del testimonio aconsejan la grabación desde la primera declaración en el caso de menores pues sólo en este caso podría propiciarse un pronunciamiento más riguroso acerca de la credibilidad de su testimonio.

En apoyo de esta tesis, completada con la fundamentación recogida en los arts. 435 y 702 que prevé la posibilidad de una única declaración testifical de la víctima menor de edad, se encuentra el art. 8.1.a) del Protocolo Facultativo de 2.000 que obliga al Estado a reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos.

**Siete.** Se deberá añadir un nuevo párrafo al **art. 435**, con la siguiente redacción:

"Cuando el delito se haya cometido contra un menor de edad, la declaración de éste se practicará en la forma prevenida en el artículo 448, pudiendo el juez, dependiendo de las circunstancias del

hecho y del menor y atendiendo al interés superior de este último, recabar la opinión de un psicólogo. Dicha declaración será objeto de grabación mediante medios audiovisuales que permitan su reproducción en el acto del juicio”.

### ***Fundamentación***

Se propone la modificación en este precepto y no en el mismo art. 448 que regula la prueba anticipada por cuanto en aquél se parte de la reiteración de la testifical ya efectuada y en este caso se propicia que la declaración de la víctima sea única cuando así lo aconseje el interés superior del menor.

La audiencia previa del psicólogo se justifica en las recomendaciones que éste puede hacer tanto en relación a la forma de prestarse esta declaración para perjudicar lo menos posible al menor como en relación a la propia función pericial que se le encomienda en el proceso y en atención al art. 8.4 del Protocolo Facultativo de 2.000 mencionado en la fundamentación del art. 13.

**Ocho.** Se deberá añadir expresamente, entre las razones que justifican la ausencia de publicidad del proceso del **art. 680**, los intereses de los menores.

### ***Fundamentación***

Aun cuando por vía jurisprudencial así se admite, este es un supuesto expresamente recogido en el art. 6.1 del Convenio de Roma, incidiendo especialmente en el derecho a la intimidad de los menores víctimas de delitos la Instrucción 2/1.993, de 14 de marzo. El art. 8.1.e) del Protocolo Facultativo de 2.000 obliga al Estado a proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de es-

tas víctimas. Esta misma modificación debería introducirse en el art. 232 de la L.O.P.J. por razones de coherencia.

**Nueve.** Se deberá añadir un nuevo párrafo al **art. 702**, con la siguiente redacción:

"En los delitos cometidos contra menores de edad sin madurez suficiente, dependiendo de las circunstancias del hecho y del menor y atendiendo al interés superior de este último, no será necesaria nueva declaración en juicio cuando ésta se haya tomado en fase de instrucción en la forma prevenida en el art. 435, bastando en tales casos con la reproducción en la vista de la grabación. Dicha decisión la acordará el Tribunal mediante resolución motivada".

### **Fundamentación**

La evitación de la victimización secundaria aboga por una única declaración, cuando ello sea posible y no merme el derecho de defensa del acusado. Aun cuando las pruebas propiamente dichas han de practicarse en el juicio oral mediante audiencia pública, el T.E.D.H. admite excepciones siempre que se garanticen el derecho de defensa y contradicción reconocidos en el art. 6.3 e) del Convenio de Roma y se haya permitido a la defensa el interrogatorio de los testigos en alguna fase. Así se deduce de los casos A.M. contra Italia (S.T.E.D.H. de 14 de diciembre de 1.999), Van Mechelen y otros contra Holanda (S.T.E.D.H. de 23 de abril de 1.997) y Doorson contra Holanda (S.T.E.D.H. de 23 de marzo de 1.996). En consonancia con esta doctrina nuestro T.C. también admite con carácter excepcional la validez de la prueba preconstituida, la cual está más justificada en casos de minoría de edad de la víctima que en los de ausencia por traslado al extranjero, supuesto contemplado en el art. 448. Así se reconoce en S.T.C. 209/2.001, de 22 de octubre y Auto 242/1.995, de 18 de diciembre, este último otorgando validez al testimonio inculpatario de la víctima practicado ante la policía alemana por medio de comisión rogatoria que

incorporaba las preguntas formuladas por ambas partes. El Estado viene obligado a atender el interés superior del niño conforme al art. 8.3 del Protocolo Facultativo de 2.000 y art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño. En estos casos, el visionado de la grabación permitiría apreciar las reacciones del menor de forma directa.

En Zaragoza, a 30 de noviembre de 2002

#### **FIRMANTES**

**ACALE SANCHEZ, MARIA**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.

**ANDRES DOMINGUEZ, ANA CRISTINA**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Burgos.

**BLANCO CORDERO, ISIDORO**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo.

**BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ANGEL**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza.

**BONET ESTEVA, MARGARITA**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

**CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS**

Catedrático de Derecho Penal y Vicerrector de la Universidad de Valencia.

**CEREZO DOMINGUEZ, ANA ISABEL**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

**CONDE PUMPIDO, CANDIDO**

Magistrado. Sala Segunda del Tribunal Supremo.

**CUESTA ARZAMENDI, JOSE LUIS DE LA**

Catedrático de Derecho penal de la Universidad del País Vasco.

**DIAZ PITA, MARIA DEL MAR**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

**DIEZ RIPOLLES, JOSE LUIS**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

**DOÑATE MARTIN, ANTONIO**

Magistrado. Profesor Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial.

**ESCOBAR MARULANDA, GONZALO**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Gerona.

**FABIA MIR, PASCUAL**

Magistrado. Audiencia Provincial de Madrid. Sección Cuarta.

**FARALDO CABANA, PATRICIA**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de La Coruña.

**GARCIA ARAN, MERCEDES**

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

**GARCIA DE DIOS FERREIRO, RAMIRO**

Magistrado. Juzgado de Instrucción número 6. Madrid.

**GARCIA PEREZ, OCTAVIO**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

**GIMENEZ PERICAS, ANTONIO**

Magistrado. Audiencia Provincial de Bilbao. Sección Primera.

**GOMEZ INIESTA, DIEGO J.**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

**GONZALEZ CUSSAC, JOSE LUIS**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón.

**HUERTA TOCILDO, SUSANA**

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Burgos.

**LAMARCA PEREZ, CARMEN**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

**LOPEZ KELLER, CARLOS**

Magistrado. Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

**LOPEZ ORTEGA, JUAN JOSE**

Presidente de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid.

**LUNA JIMENEZ DE PARGA, PILAR**

Magistrada. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Alciria (Valencia).

**MAPELLI CAFFARENA, BORJA**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

**MARTINEZ-BUJAN PEREZ, CARLOS**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Coruña.

**MATA BARRANCO, NORBERTO DE LA**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

**MENDEZ RODRIGUEZ, MARIA CRISTINA**

Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Salamanca.

**MUÑOZ LORENTE, JOSE**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

**MUÑOZ SANCHEZ, JUAN**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

**PAREDES CASTAÑÓN, JOSE MANUEL**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de León.

**PENIN ALEGRE, CLARA**

Magistrada. Audiencia Provincial de Bilbao. Sección Segunda.

**PEREZ CEPEDA, ANA ISABEL**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de La Rioja.

**PESTANA PEREZ, MARIO**

Magistrado. Juzgado de Instrucción Número 9. Madrid.

**QUERALT JIMENEZ, JOAN J.**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Central de Barcelona.

**REBOLLO VARGAS, RAFAEL**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

**RODRIGUEZ RAMOS, LUIS**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

**SAEZ VALCARCEL, ANGEL**

Magistrado. Juzgado de lo Penal Número 20. Madrid.

**SALINERO ALONSO, MARIA DEL CARMEN**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Las Palmas.

**SANCHEZ GARCIA DE PAZ, ISABEL**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid.

**TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Lérida.

**TERRADILLOS BASOCO, JUAN**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.

**VALEIJE ALVAREZ, INMACULADA**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo.

**VICENTE MARTINEZ, ROSARIO DE**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

**VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Lérida.

**VIRTO LARRUSKAIN, MARIA JOSE**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

**ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL**

Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Universidad de Granada.

ISBN 84-607-8772-9



9 788460 787723



Grupo de Estudios de Política Criminal

