

# El modo de efectuar la detención del cuidador principal como (eventual) supuesto de victimización de los menores a su cargo<sup>1</sup>

Carmen Navarro

Universidad Autónoma de Barcelona

Fecha de presentación: abril de 2020

Fecha de aceptación: febrero de 2021

Fecha de publicación: octubre de 2021

## Resumen

La detención policial suele ser el inicio de un período de conmoción emocional para las familias y, en especial, para los niños cuando el detenido es su principal cuidador. Tras la somera exposición de sendos supuestos reales de detenciones de adultos efectuadas en presencia de sus hijos menores, se lleva a cabo un repaso de la normativa relativa a la detención, en especial por lo que respecta al lugar y tiempo de esta, así como respecto de los derechos de los familiares del detenido para, a continuación, analizar los efectos que la detención del adulto puede provocar en los menores a su cargo y la posible caracterización de esos menores como víctimas del delito tras destacar diversas prácticas de detención de una persona con menores a su cargo y que pueden ser altamente perjudiciales y traumáticas para estos. Llegados a este punto, la aplicación del «interés superior del menor», que nuestro ordenamiento defiende, sería suficiente para evitar en las detenciones aquellas prácticas que pudieran infligir a los menores un mal innecesario con menoscabo de sus derechos. Finalmente, en aras de minimizar los adversos efectos que la detención puede ocasionar en los menores, y atendiendo al interés superior de estos, el objetivo final de este breve artículo será el de proponer un protocolo de actuación policial con medidas más acordes con los derechos del niño.

## Palabras clave

detención policial, medidas cautelares, interés superior del menor, derechos del niño

## Tema

Derecho y Criminología: derecho penal y procesal

<sup>1</sup> Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación «Familias, desistimiento y reincidencia», concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (RT 2018-097085-B-100).

## *How the way of the arrest of the main carer can result (eventually) in the victimization of the children under his care*

### **Abstract**

*Police arrest is usually the beginning of a period of emotional shock for families, especially for children when the arrested person is their main carer. After a brief presentation of two actual cases, in which children have witnessed the detention of their father, this work analyses the regulations relating to arrest, particularly in terms of the location and time of detention, as well as the rights of the relatives of the arrested person. The effects that the arrest of the main carer could cause in the children under their care are analysed below. Having highlighted different practices which can be extremely harmful and traumatic for children, this leads us to assert that these children may be treated as victims of crime. At this point, the principle of the "best interests of the child", that our legal system has recognised, should be enough to avoid those practices during the arrest of the adult which can inflict unnecessary harm on children and reduce their rights. Lastly, in order to minimise the adverse effects that the arrest of the main carer can cause in children, this paper proposes a set of guidelines for police with several measures conforming to children's rights.*

### **Keywords**

*police arrest, precautionary measures, best interests of the child, children's rights*

### **Topic**

*Law and Criminology: criminal and procedural law*

## 1. La detención del cuidador principal en presencia de menores a su cargo

La detención ha sido considerada como el inicio de un período de conmoción emocional para las familias (Jones y Wainaina-Wozna, 2013, págs. 73 y sigs.)<sup>2</sup>. En efecto, muchos menores han relatado la angustia que sufrieron al presenciar tanto la detención de su progenitor, máxime si la policía llevó a cabo un registro en el domicilio en que ellos se encontraban, como la posterior incertidumbre acerca de las futuras consecuencias penales para el padre detenido (Mazza, 2002, págs. 521 a 529).

A Fátima (nombre ficticio) la entrevisté hace unos meses en el marco de una investigación que nada tenía que ver con las medidas cautelares penales<sup>3</sup>. Sin embargo, me llamó tanto la atención el modo en que relató la detención de su hermano en plena noche y, especialmente, los efectos que la misma produjo en sus sobrinos, que este va a ser el punto de partida de este breve estudio acerca de la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor y los derechos de los niños cuando se pretenda aplicar una medida cautelar, aunque sea de breve duración, como la detención.

Seguidamente, reproduzco sus palabras no sin antes añadir, para situar al lector, que Fátima quedó al cuidado de los tres hijos de su hermano y de los tres hijos de su hermana cuando estos fueron detenidos y posteriormente encarcelados durante más de dos años hasta que recobraron la

libertad: «Los primeros meses, los niños de mi hermano -el pequeño no, porque era un bebé, pero los otros dos sí- tenían pánico: que iban a venir los guardias y se me iban a llevar a mí... Y que con quién nos vamos a quedar, tía, si te llevan también a ti. Noches de llanto con la luz encendida, abrazándolos: "No os preocupéis, que no van a venir. Os aseguro que aquí no vienen". Eso es lo malo de todo esto, porque deberían venir a unas horas que esos niños no estén, que vengan por la mañana, por el día (...). Era de madrugada cuando vinieron. Los niños estaban durmiendo en las habitaciones... los policías llevaban esas lámparas que llevan y mi hermano decía: "Están los niños ahí, que les dará miedo, que les dará miedo. Dejadlos". Pero claro, a ellos (a la policía) no les importa que haya niños pequeños. Traumas, traumas... y los he llevado al psicólogo. Eso es lo que no tienen que hacer. Ven de día, que los niños están en la escuela, que no ven nada. Cuando vienen, su padre y su madre no están, pero no ven esas cosas. Eso a los niños los traumatiza. El grande ahora tiene catorce años y aún no duerme solo porque le da miedo. Tiene catorce años, ¡eh! Y no duerme solo porque le da miedo y tiene que dormir con alguien y con la luz encendida. Esos niños no tienen la culpa».

El caso relatado por Fátima es paradigmático de la práctica policial consistente en detener a los sospechosos durante la noche o de madrugada cuando es mayor la probabilidad de encontrarlos en casa durmiendo a fin de impedir la destrucción de pruebas debido a que el «factor sorpresa» dificulta la rápida reacción del presunto delincuente<sup>4</sup>. Ahora bien, tal proceder aumenta exponencialmente las posibilidades de hallar en el domicilio a los niños y que, en

2. En términos similares, Cunningham (2001, pág. 37) recuerda que, si la separación familiar ha tenido lugar de manera traumática, los efectos negativos se intensifican para padres y niños.
3. Dicha entrevista tuvo lugar en el domicilio de Fátima el 4 de junio de 2019 en el marco del proyecto de investigación «Familia, desistimiento y reincidencia».
4. Agradezco a los señores David Casanovas y Jaume García Sol, jefe y subjefe de la Unidad de Menores del Cuerpo de Mossos d'Esquadra, su generosidad al compartir conmigo sus detalladas explicaciones acerca del modo de efectuar detenciones en presencia de menores. La entrevista fue realizada en las Dependencias de la Unidad de Menores de la Ciudad de la Justicia en Barcelona, el 29 de octubre de 2019. Tras exponerles el caso de Fátima y la sorpresa causada, las preguntas efectuadas giraron, básicamente, en torno a la práctica habitual de llevar a cabo las detenciones de adultos en presencia de menores. Ambos destacaron la importancia del factor sorpresa en el marco de una investigación penal, especialmente cuando esta trae causa del tráfico de drogas puesto que el presunto delincuente puede fácilmente deshacerse de las pruebas (tirando, por ejemplo, la droga por el lavabo) si tiene tiempo de reacción. Sin embargo, según relataron ambos policías, si los efectivos de mossos d'esquadra que se dedican a la investigación criminal consideran que en el domicilio en el que se encuentra el sospechoso puede haber menores, pondrán en conocimiento de la unidad de menores su intención de entrar en aquel domicilio y serán, por lo general, acompañados por una dotación de dicha unidad, al objeto de preservar el interés superior de los menores que pueda haber en el domicilio.

<https://idp.uoc.edu>

El modo de efectuar la detención del cuidador principal como (eventual) supuesto de victimización de los menores a su cargo

consecuencia, estos también se despierten y sean testigos de la detención.

Otro ejemplo más reciente de detención de un adulto en presencia de sus hijos venía recogido por la prensa el pasado 11 de septiembre de 2020. En este caso, se trataba de un hombre que se encontraba celebrando la comunión de una de sus hijas en un pueblo de Valencia. Según relata el periodista, los agentes de policía montaron un dispositivo de vigilancia en las inmediaciones del lugar en que se celebraba el convite y aprovecharon el momento en que el detenido, en busca y captura por delitos contra el patrimonio, abandonaba el interior del local para fumar para proceder a su detención puesto que «tenían instrucciones muy precisas para realizar, por una parte, una detención rápida y, por la otra, no entrar en el bar en el que se celebraba el convite [pues] querían evitar cualquier incidente dentro del establecimiento y que la detención se practicara de la forma que menos perjudicara al delincuente (sic)»<sup>5</sup>.

Expuestos sendos supuestos reales de detenciones practicadas con posible vulneración, no solo de los derechos de las personas detenidas, sino de los de los menores de edad que las presenciaron, cabe preguntarnos si tal modo de proceder encontraría acomodo en nuestra legislación procesal.

## 2. Regulación de la detención en el ordenamiento jurídico español

La detención es, como es sabido, una medida cautelar personal consistente en una privación de libertad, limitada temporalmente, con el fin de poner al sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial, quien deberá resolver, atendidas las circunstancias acerca de su situación personal, bien manteniendo la privación de libertad por tiempo mayor (prisión provisional), bien adoptando otra medida cautelar (libertad provisional) o bien restableciendo el derecho a la libertad ante la ausencia de los presupuestos

que condicionan una medida cautelar de tipo personal<sup>6</sup>. Por otra parte, en tanto que medida restrictiva de la libertad personal, consagrada en el art. 17 de la CE, la detención no solo deberá estar regulada en una norma con rango de ley y ser conforme con los fines constitucionales establecidos, sino que, además, debe respetar los principios de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad<sup>7</sup>.

Por lo general, pese a la existencia de diversos tipos de detención y de personas legitimadas para detener, de acuerdo con nuestra LECrim (arts. 490 y sigs.), será la policía la que practique aquella medida cautelar. En este sentido, siguiendo a Bujosa Vadell, la detención policial puede formar parte de una investigación ya iniciada o bien -como ocurre con mayor frecuencia- formar parte del conjunto de actividades previas heterogéneas que lleva a cabo la policía como primeras diligencias de prevención ante la comisión de una infracción criminal y que, después, a través de la entrega del atestado al juez competente y de la puesta a disposición del detenido y de los efectos del delito, pueden dar lugar al inicio del proceso penal (Bujosa Vadell, 2012, pág. 14). La legitimidad de tal privación de libertad descansa, como se ha afirmado, en su carácter instrumental del proceso penal<sup>8</sup>.

En cualquier caso, dada la naturaleza cautelar de la detención, será necesaria la concurrencia tanto de *fumus boni iuris* cuanto del *periculum in mora* y tales presupuestos deberán ponderarse, como destaca Moreno Catena (1988, pág. 143), teniendo en cuenta que la detención supone una de las más grandes intromisiones que puede ejercer el poder estatal en la esfera de la libertad del individuo, sin mediar todavía una sentencia judicial firme que la justifique, privando de su libertad ambulatoria a la persona sometida a esta medida.

El art. 520.1 de nuestra LECrim establece que la detención habrá de ser practicada «de la forma que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio» añadiendo, seguidamente, que las personas que acuerden dicha medida cautelar y las que la lleven a cabo «velarán

5. La noticia completa puede leerse en: <https://www.lasprovincias.es/sucesos/detenido-fugitivo-convite-20200911172117-nt.html> [Fecha de consulta: 2 de marzo de 2021].
6. Autorizada doctrina procesal niega el carácter de medida cautelar de la detención, a la que califica, en todo caso, de «medida precautelar». Véase, por todos, Banacloche Palao (1996, págs. 292-293).
7. Véase al respecto González-Cuéllar (1990, págs. 109 a 149). En el mismo sentido, Banacloche Palao (1996, págs. 216 a 217).
8. Véase en este sentido Varela Castejon y Ramírez Ortiz (2010, pág. 210).

por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos con respeto al derecho fundamental a la libertad de información». Este último fragmento de la reproducida disposición fue introducido por la Ley 13/2015, de 5 de octubre, al objeto de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de manera que, como se afirma en la Exposición de Motivos de la citada norma, la detención «sea respetuosa con la dignidad humana y no constituya un gravamen mayor que el que de por sí implica la propia detención».

Expuesta, a grandes rasgos, la regulación de la detención, procede adentrarnos en el modo de llevarla a cabo especialmente por lo que respecta al momento y el lugar oportunos, puesto que, como afirma Salido Valle (1997, pág. 210), «el tiempo y el lugar de la detención pueden llegar a afectar básicamente a la reputación del detenido y de forma indirecta a su patrimonio, la violencia que pueda ejercerse en el momento de la detención a su persona y el mantenimiento de la situación y la prisión provisional a su patrimonio». No obstante, será difícil establecer criterios generales, puesto que cada detención depende de un número elevado de variables a considerar por los agentes encargados de practicarla (Salido Valle, 1997, nota 1, pág. 207). Sin embargo, el art. 520.1 de la LECrim sí establece un parámetro general o un criterio orientador de la actividad policial: el de la «menor lesividad» al detenido «en su persona, reputación y patrimonio»<sup>9</sup>. Serán los agentes de policía, en consecuencia, los que deberán ponderar las circunstancias concurrentes y en función de las mismas proceder o no a la detención en un determinado momento y lugar, esto es, en nuestro caso, si debe llevarse a cabo o no en presencia de menores a cargo del detenido. A tal efecto, Salido Valle (1997, págs. 210 y 211) afirma que el tiempo y el lugar de la detención deberán fijarse de forma que se evite la trascendencia de la misma y el perjuicio en la reputación del detenido siempre que tal decisión no interfiera en la destrucción de pruebas, la confabulación con otros posibles autores del delito, la fuga del detenido o la seguridad de los agentes y ello sin perjuicio de adoptar las medidas de vigilancia que sean necesarias. Por su parte, Portilla Contreras (1987, pág. 420) considera tan ilegal

aquella detención realizada con vulneración del principio de dignidad como aquella llevada a cabo con infracción de los criterios legales que determinan el medio y el modo de practicar una privación de libertad<sup>10</sup>.

En cuanto al modo de practicar la detención, acorde con los principios constitucionales y nuestra legislación procesal, también se pronunciaron el Ministerio del Interior en su Instrucción 12/2007 de 14 de septiembre y la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 3/2009, de 23 de diciembre. Así, según dispone la primera de las reglas de la Instrucción del Ministerio del Interior citada, en su segundo párrafo, decidida la procedencia de la detención, el agente deberá llevarla a cabo con oportunidad, entendiendo esta como «la correcta valoración y decisión del momento, lugar y modo de efectuarla, ponderando para ello, el interés de la investigación, la peligrosidad del delincuente y la urgencia del aseguramiento personal». Desde otra perspectiva, la fiscalía en su instrucción 3/2009 incide en la necesaria «proporcionalidad de la detención» que se ha de extender no solo al uso de la fuerza sino a la protección de la esfera íntima de la persona, a la que ha de ocasionarse el menor perjuicio posible.

Llegados a este punto y retomando los ejemplos de detenciones citadas al inicio del epígrafe, parece obvio que en ambos supuestos el modo de realizar la detención no fue el más acorde con la dignidad de los detenidos ni con sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, amén de causar un dolor innecesario en sus hijos. Por ello, seguidamente, analizaremos el tratamiento jurídico dispensado por nuestra legislación a los menores que puedan ser testigos y/o víctimas de la detención de su cuidador principal.

### 3. Los derechos de los familiares del detenido de acuerdo con la ley

Ninguna mención contiene el art. 520 de la LECrim acerca de los hijos del detenido, de su familia o de sus seres queridos, con la sola excepción de la alusión a la familia, al

9. Con tales palabras define Portilla Contreras (1987, págs. 419 y sigs.) el criterio orientador que ha de guiar la actuación policial cuando proceda a la detención de una persona, en su tesis doctoral. En términos similares, Queralt y Jiménez Quintana (1989, pág. 72) aluden al principio de *dañosidad mínima*.

10. En cuanto a la dignidad, véase Alegre Martínez (1996).

regular los derechos de la persona detenida, entre el que destaca, a nuestros efectos, el de comunicar «a un familiar o persona que desee sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento» (art. 520.1 d). De todos modos, desde el punto de vista de los menores, el derecho de comunicación recogido en la LECrim es fundamental puesto que, si los niños no han presenciado la detención de su progenitor, la angustia y el temor ante la falta de información pueden incrementar los negativos efectos de la separación familiar. En esta línea, se ha afirmado que los niños «se imaginan que sus padres están en peores condiciones [sin saber] cómo, cuándo y si algún día volverán a ver a la persona detenida» (Robertson, 2007, pág. 15). Y, al contrario, Bernstein también destaca que uno de los traumas más significativos que puede vivir un niño es el de presenciar el arresto de su padre o madre. Dicho trauma puede ser especialmente agudo si ha sido violento o se ha utilizado la fuerza (Berstein, 2005, pág. 23). De ahí que el papel de la policía, en el momento de efectuar la detención, sea crucial. Con anterioridad a la reforma de la LECrim de 2015, la policía debía informar *in situ* al detenido de los hechos imputados y de las razones motivadoras de su detención, así como de sus derechos como persona detenida. Tal y como afirmaron Martín Ancín y Álvarez Rodríguez (2003, pág. 205), los funcionarios de policía debían «informar -verbalmente- a la persona detenida en el mismo lugar de la detención de las razones que la motivan, debiendo hacerlo inmediatamente y de forma que le sea comprensible». No cabe duda de que el poder informar en el mismo lugar y de manera inmediata acerca de todos los extremos exigidos por el art. 520 de la LECrim, especialmente si la detención es presenciada por familiares, puede, en parte, mitigar el trauma causada por aquella puesto que, al menos, se dan a conocer los hechos y las razones que motivan la medida de privación de libertad.<sup>11</sup>

Tampoco la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (LOFCS), menciona a los hijos del detenido. Por su parte, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, destaca entre los principales objetivos de la policía la protección de menores (art. 3e). A buen seguro,

el legislador no pensaba en proteger los derechos de los hijos de las personas detenidas sino en los derechos de los menores presuntos infractores o en el de los menores que han sido víctimas de algún delito. Sin embargo, es obvio que aquella protección debe extenderse, también, a quienes no son ni eventuales infractores ni víctimas directas del delito sino, en todo caso, víctimas colaterales de la presunta comisión de un delito por su progenitor. En esta misma línea, el Código ético de la policía europea de 2001 señala en el primero de sus artículos, entre los principales objetivos de los cuerpos y fuerzas de seguridad, el de facilitar asistencia y servicios a la población (art. 1e) y más adelante el necesario respeto a grupos vulnerables (art. 44), así como el deber de llevar a cabo una investigación objetiva y equitativa, teniendo en cuenta necesidades específicas de niños y adolescentes (art. 49).

#### 4. Los efectos de la detención del cuidador principal en los menores a su cargo. El menor como víctima de la detención

La detención, como destaca Salido Valle (1997, pág. 216), es una actuación intrínsecamente violenta ya que, aunque no se ejerza fuerza física sobre la persona a la que se detiene, sí se coarta su libertad ambulatoria, trasladándola contra su voluntad a una dependencia policial o judicial. De ahí la necesidad de llevarla a cabo de la manera que, como establece nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, menos perjudique al detenido y, por ende, a sus hijos. En este sentido, como explica Bernstein (2005, pág. 10), sucede que un acto que por su propia naturaleza es traumático -el traslado forzoso por unos extraños armados del cuidador del niño- se lleva a cabo de un modo que exacerba, más que mitiga, el trauma<sup>12</sup>. Y ello dejando de lado el peor de los escenarios posibles para los niños, que, como señala Wolleswinkel (2002, pág. 197), sería el asesinato de la madre por parte del padre en su presencia y que da lugar a la pérdida de ambos progenitores.

11. Ello no obstante, tras la reforma citada de la LECrim de 2015, esa información debe ofrecerse por escrito.

12. El citado autor aporta al respecto los siguientes datos acerca de detenciones de progenitores en Estados Unidos: el 70% de los niños presentes cuando el padre o la madre fue detenido vio cómo este fue esposado, mientras que un 30% presenció despliegue de armas en el momento de la detención, Bernstein (2005, pág. 9).

<https://idp.uoc.edu>

El modo de efectuar la detención del cuidador principal como (eventual) supuesto de victimización de los menores a su cargo

Entre las principales conclusiones del estudio de los efectos que la detención puede ocasionar en los menores se destaca que no siempre se da prioridad al bienestar de los niños ni por parte de la policía ni después por los distintos agentes del sistema penal. Así, se ha señalado que la actitud, el comportamiento y el lenguaje utilizado por la policía al llevar a cabo la detención y, en su caso, al realizar un registro pueden tener un profundo impacto en el bienestar psicológico y físico del niño que es testigo de aquellos acontecimientos. A tal efecto, se incluyen como prácticas que pueden causar aflicción en los menores: el porte de armas y uniforme, el derribo de puertas por la policía para realizar un registro, la acción de desordenar la vivienda, la destrucción de juguetes o de rasgar peluches para buscar drogas, entre otras (Jones y Wainaina-Wozna, 2013, págs. 94 y 549)<sup>13</sup>.

Llegados a este punto cabe preguntarnos si los menores, especialmente aquellos que han sido testigos de la detención de su cuidador principal, podrían ser considerados víctimas y, en concreto, si podrían constituir un supuesto de victimización terciaria.

Con carácter previo, es preciso destacar la falta de acuerdo doctrinal respecto al concepto de victimización terciaria dado que algunos autores la vinculan con el propio victimario e incluso con sus familiares; otros la circunscriben a la víctima y/o a su entorno; y, finalmente, un sector doctrinal mantiene una posición mixta<sup>14</sup>. En cualquier caso, no parece que existan muchos autores dispuestos a incluir a los familiares del victimario, y entre estos a los menores a su cargo, en el concepto de victimización terciaria (Morillas Fernández, 2016). Tampoco lo hace nuestro Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015, de 27 de abril), que, precisamente, excluye de su ámbito de aplicación a terceras personas que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito en su art. 2.b 2.º *in fine*). Y, sin embargo, resulta patente que los familiares del autor (presunto en el momento de la detención) del delito pueden quedar sometidos, por un lado, a unos perjuicios psíquicos al temer que una persona cercana ha podido cometer un delito y,

por otro, a una estigmatización por parte de la sociedad de difícil reparación, máxime en el caso de los menores de edad, hayan sido o no testigos de la detención de su cuidador principal. Por esa razón, se les dé cabida en el concepto de victimización terciaria o se construya una nueva «victimización cuaternaria» para incluirlos, esos familiares, y en especial los menores, deberían también ser considerados víctimas del delito con el consiguiente derecho a disfrutar de una infancia como la de cualquier otro niño cuyo progenitor no haya sido detenido. En esta misma línea, de la definición que el art 1.º de la Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder confiere a las víctimas como «las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe los abusos de poder», sí podría considerarse a los familiares del victimario incluidos en la categoría de «víctimas»<sup>15</sup>. De todos modos, al menos respecto de los menores, la remisión al «interés superior del menor» de nuestro ordenamiento sería suficiente para evitar en las detenciones aquellas prácticas que pudieran infligir a aquellos un mal innecesario con menoscabo de sus derechos.

## 5. La justificación legal de la detención del progenitor acorde con el interés superior del menor

Entre los principios rectores de la política social y económica de nuestro país, la Constitución destaca la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1) y dentro de esta, la protección integral de los hijos (arts. 39.2 y 3). Por su parte, el art. 39.4 de la Carta Magna establece que los niños gozarán de la protección

13. Véase asimismo Wolleswinkel (2002, pág. 196).

14. Morillas Fernández (2016) recoge un excelente resumen de las distintas posiciones doctrinales acerca del concepto de victimización terciaria.

15. La citada Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Recogiendo el mandato constitucional, la Ley Orgánica 1/1996, de 25 de enero, de protección jurídica del menor, proclama en su art. 2.1 que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. A tal efecto, en el siguiente precepto señala los criterios generales a tener en cuenta con la finalidad de interpretar y aplicar, en cada caso, el interés superior del menor. Interesa destacar, centrándonos ya en aquellos niños cuyo padre-cuidador principal esté encarcelado, el criterio contenido en el art. 2.2 c) que afirma «la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. (...) Se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor».

En definitiva, el interés superior del menor no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico y se tiene en cuenta, como es sabido, en otros ámbitos de nuestro Derecho<sup>16</sup>. Buena prueba de ello es la citada ley de Protección Jurídica del Menor, en cuya Exposición de Motivos el legislador recuerda que el contenido de dicha norma trasciende los límites del Código Civil para «construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general». Esa protección integral al menor debe, también, tenerse en cuenta desde la incoación del proceso penal contra su cuidador principal hasta, en su caso, el momento del cumplimiento definitivo de la condena por aquel.

En esta misma perspectiva de protección integral del menor de edad merece ser destacada la *child-friendly*

*justice*, por la que aboga el Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>17</sup>, definida como un sistema de justicia que garantiza el respeto y la efectiva implementación de todos los derechos del niño, teniendo en cuenta el nivel de madurez y de comprensión del menor, así como las circunstancias del caso concreto. La *child-friendly justice* persigue, por tanto, una justicia accesible, rápida, diligente, adaptada a la edad y focalizada en las necesidades y derechos del niño y, en particular, en el debido proceso, en el derecho a participar y comprender el mismo, en el respeto a la vida familiar y privada, así como a la integridad y dignidad<sup>18</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, se ha pronunciado recientemente acerca de la necesidad de tener en cuenta el interés del menor en los supuestos de privación de libertad de su progenitor. Se trata, concretamente, de la Sentencia de 1 de febrero de 2018, Sección 5.<sup>a</sup> (caso Hadzhieva contra Bulgaria), en la que el Alto Tribunal estima parcialmente la demanda interpuesta por la hija de unos detenidos al apreciar la vulneración del art. 8 del Convenio, a resultas de la falta de ayuda por parte de las autoridades búlgaras a la menor demandante, que a la sazón tenía catorce años, tras la detención de sus padres<sup>19</sup>, afirmando que «las autoridades tenían la responsabilidad de o bien colocar a los padres en una situación en que pudieran organizar la atención y cuidado de su hija, mientras estaban detenidos, o bien informarse de oficio de la situación de la demandante. Una vez que las autoridades habían establecido las circunstancias relativas a su cuidado en ausencia de sus padres, si apareciera necesario, tenían una obligación en virtud de la legislación interna de proporcionar a la demandante asistencia, apoyo y servicios según fuera necesario, ya fuera en su propia casa, en una familia de acogida o en una institución especializada».

16. En términos similares, Lerer (2013, págs. 37 y sigs.).

17. Véase *Guidelines of the Committee of Ministers of The Council of Europe on child-friendly justice*, adoptadas el 17 de noviembre de 2010, y que pueden analizarse en: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016804b2cf3](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804b2cf3) [Fecha de consulta: 2 de marzo de 2021].

18. *Guidelines of the Committee of Ministers of The Council of Europe on child-friendly justice*, op. cit., págs. 7 y sigs.

19. El art. 8 del Convenio reconoce, entre otros, el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar. Según el relato de la menor demandante, la detención de los padres se llevó a cabo con tanta premura que no les dio tiempo ni a dejarle dinero ni a facilitarle dirección alguna a la que acudir o unas mínimas pautas acerca de cómo sobrevivir sola. Explica, asimismo, que nadie se hizo cargo de ella y que solo encontró en el apartamento unos siete euros que utilizó para ir a la escuela y para comida. Una vez terminado el dinero, la menor no tuvo nada que comer. Sufría, además, insomnio y temía ser devuelta a su país de origen, en el que sus parientes estaban en prisión, de acuerdo con el relato de hechos que recoge la sentencia citada.

En conclusión, conocidas las graves y, en ocasiones, irreversibles consecuencias de la privación de libertad del progenitor en los hijos, especialmente si es la madre la que debe permanecer detenida, es preciso abogar por un trato diferenciado de las personas que estaban al cuidado de los menores cuando han de enfrentarse a las consecuencias penales de sus actos<sup>20</sup>. La justificación de ese diverso tratamiento deriva, según se ha expuesto, de la necesidad de tener en cuenta, también en nuestra política criminal, el interés superior del menor en cualquier decisión que pueda suponer una devaluación de sus derechos, que siguen siendo los mismos que los de cualquier otro niño.

## 6. Principales recomendaciones dirigidas al respeto del interés superior del menor en la detención de su progenitor

La posible presencia de menores en el momento de la detención de su progenitor o principal cuidador no suele formar parte de ningún protocolo, más allá de la posibilidad de dar cuenta a los servicios sociales o, en su caso, a la fiscalía si las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado perciben una situación de vulnerabilidad y/o desamparo. Ello sitúa a la policía en la difícil tesitura de decidir una estrategia para cada caso concreto, como afirma Lilburn (2001, págs. 116 y sigs.). Y, sin embargo, parece del todo imprescindible la necesidad de un protocolo de actuación que tenga en cuenta el interés superior del menor, para la detención del adulto que tiene a su cargo menores de edad<sup>21</sup>.

Un protocolo de este tipo redundaría en beneficio de todos: de los menores, que no se verían tan expuestos a prácticas que pueden causarles mayores traumas; a sus padres, más tranquilos si saben con quién permanecen los niños, y a la policía, que podrá llevar a cabo su trabajo de manera más relajada<sup>22</sup>. Identificadas las prácticas policiales que pueden resultar más traumáticas para los niños en el momento de la detención, son diversas las sugerencias más acordes con los derechos de los menores que han sido formuladas: a) entrenar a la policía para saber identificar si la persona que ha de ser detenida tiene hijos; b) no vestir uniforme si se ha de practicar una detención en presencia de menores; c) no usar esposas ni violencia si hay niños delante<sup>23</sup>; d) permitir a los detenidos despedirse de sus hijos; e) procurar que algún profesional cualificado pueda explicar a los niños qué ha ocurrido y, f) en definitiva, introducir la perspectiva del niño en todos los procedimientos relativos a la detención<sup>24</sup>.

En conclusión, son necesarias líneas claras de actuación que ayuden a la policía a ser conscientes de las necesidades de los niños y a utilizar métodos más sutiles de detención con el objetivo de mitigar, en la medida de lo posible, los efectos traumáticos que la misma produce y que, en algunos supuestos, constituye el punto de partida de un incierto proceso penal. En el caso español, los profesionales que integran los equipos técnicos, formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales y adscritos a los juzgados de menores, podrían acompañar a la policía en aquellos supuestos en que se presuma que pueden encontrarse menores de edad al llevar a cabo la detención del progenitor o cuidador principal.

20. En esta línea, véase McNeill (2015, págs. 61-62), y, en el mismo sentido, McIvor Gillian, *op. cit.*, pág. 11.

21. Véase *Report and recommendations of the day of general discussion on «Children of incarcerated parents»*, de 30 de septiembre de 2011, y, en especial, la recomendación número 21 y la 31 y 32.

22. Véase, en esta línea, Robertson (2007, pág. 16). Añade este autor, siguiendo a Venezia Kingi (2000). *The children of women in prison: A New Zealand Study*, pág. 6, que «crear una relación positiva es importante dado que algunos niños de padres encarcelados desarrollan un comportamiento negativo hacia la policía: los más pequeños se vuelven más temerosos y desconfiados mientras que los mayores pierden todo respeto» (Robertson, 2007, pág. 16).

23. En esta misma línea, véase la Instrucción 12/2007 del Ministerio del Interior, que deja a criterio del agente de policía la conveniencia o no de aplicar esta medida con la finalidad de incrementar la discreción y no perjudicar la reputación del detenido (9.ª 1.ª). Asimismo, la disposición 9.ª en su epígrafe 4.º dispone que, para preservar la intimidad del detenido, se evitará prolongar innecesariamente su exposición al público más allá de lo imprescindible.

24. Una recopilación de recomendaciones *friendly* en el momento de la detención puede analizarse en Jones y Wainaina-Wozna (2013, págs. 550 y 551).

## Referencias bibliográficas

- ALEGRE MARTÍNEZ, M. Á. (1996). *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León.
- BANACLOCHE PALAO, J. (1996). *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*. Madrid: Mc Graw-Hill.
- BERNSTEIN, N. (2005). *All alone in the world: children of the incarcerated*. Nueva York: New Press.
- BUJOSA VADELL, L. (2012). «Imputación y detención policial. Perspectiva española». *Revista chilena de derecho y ciencia política*, agosto-diciembre, vol. 3, núm. 2 [en línea] <https://portalrevistas.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/365>. DOI: <https://doi.org/10.7770/rchdyep-V3N2-art365> [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2021]
- CUNNINGHAM, A. (2001). «Forgotten families. The impact of the imprisonment». *Family matters*, núm. 59 [en línea] <https://search.informit.org/doi/epdf/10.3316/ielapa.200114619> [Fecha de consulta: marzo de 2021]
- DÜNKEL, F. (1990). «Fundamentos victimológicos generales de la relación entre víctimas y autor en el derecho penal». En: BERISTAIN IPINA, A.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.. (dirs.). *Victimología*. San Sebastián: UPV/EHU, pág. 170.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2014). *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex.
- JONES, A. D.; WAINAINA-WOZNA, A. E. (2013). *Children of prisoners. Interventions and mitigations to strengthen mental Health*. West Yorkshire: University of Huddersfield. DOI: <https://doi.org/10.5920/cop.hud.2013> [Fecha de consulta: marzo de 2021]
- LANDROVE DÍAZ, G. (1990). *Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LERER, T. (2013). «Sentencing the family: recognizing the needs of dependent children in the Administration of the Criminal Justice System». *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, vol. 9, núm. 1 [en línea] <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njls/vol9/iss1/2/> [Fecha de consulta: 2 de marzo de 2021].
- LILBURN, S. (2001). «Arresting moments: identifying risks for women and their children from the time of police arrest». *Alternative Law Journal*, vol. 26, núm. 3 [en línea] DOI: <https://doi.org/10.1177/1037969X0102600302> [Fecha de consulta: 2 de marzo de 2021].
- MARTÍN ANCÍN, F.; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J. R. (2003). *Metodología del atestado policial. Aspectos procesales y jurisprudenciales*, 3.ª ed. Madrid: Tecnos.
- MARTÍN RÍOS, P. (2012). *Víctima y justicia penal: reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: Atelier.
- MARTÍN RÍOS, P. (2016). *Medidas cautelares y personales: detención, libertad provisional y prisión preventiva*. Lisboa: Juruá.
- MAZZA, C. (2002). «And then the world fell apart: the children of incarcerated fathers». *Families in Society*, núm. 5/6 [en línea] DOI: <https://doi.org/10.1606/1044-3894.61> [Fecha de consulta: marzo de 2021].
- MCNEILL, FERGUS (2015). En ROBINSON, G. (com.). *From vision to reality-Transforming Scotland's care of women in custody*. Symposium report.

- MORENO CATENA, V. (1988). «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal». *Poder Judicial, número especial II* [en línea] <http://hdl.handle.net/10016/12912> [Fecha de consulta: 2 de marzo de 2021].
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. (2016). «Victimización penitenciaria». *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia*, núm. 14 [en línea] <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1839> [Fecha de consulta: 2 de marzo de 2021].
- MUERZA ESPARZA, J. (2015). *Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la justicia penal*. Pamplona: Aranzadi.
- NAVARRO VILLANUEVA, C. (2018). *El encarcelamiento femenino. Especial consideración a las madres privadas de libertad*. Barcelona: Atelier.
- PEDRAZ PENALVA, E.; ORTEGA BENITO, V. L. (1990). «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada». *Poder Judicial*, núm. 17.
- PEDRAZ PENALVA, E. (2008). «Notas sobre policía y justicia penal». *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 14.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (1987). *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. Tesis doctoral. Granada: Universidad de Granada [en línea] <https://digibug.ugr.es/handle/10481/6008> [Fecha de consulta: 2 de marzo de 2021].
- QUERALT, J. J.; JIMÉNEZ QUINTANA, E. (1989). *Manual de policía judicial*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- ROBERTSON, O. (2007). *El impacto que el encarcelamiento de un(a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos*. Quaker ONU.
- SALIDO VALLE, C. (1997). *La detención policial*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. (2017). «El estatuto de la víctima». En: CUGAT MAURI, M.; BAUCCELLS LLA-DÓS, J.; ÁGUILA ROMO, M. (coords.). *Manual de litigación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. (2006). «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas». En: BACA BALDOMERO, E.; ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E.; TAMARIT SUMALLA, J. M. *Manual de victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VARELA CASTEJÓN, X.; RAMÍREZ ORTIZ, J. L. (2010). «Doce tesis en materia de detención policial preprocesal». *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 22, págs. 207-230 [en línea] <https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194500/0> [Fecha de consulta: 2 de marzo de 2021].
- WOLLESWINKEL, R. (2002). «Children of imprisoned parents». En: WILLEMS, J. C. M. (ed.). *Developmental and autonomy rights of children: empowering children, caregivers and communities*. Antwerp/Oxford/Nueva York: Intersentia.

### Cita recomendada

NAVARRO, Carmen (2021). «El modo de efectuar la detención del cuidador principal como (eventual) supuesto de victimización de los menores a su cargo». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 33 (octubre). UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa] <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i33.373809>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

### Sobre la autora

Carmen Navarro  
 Universidad Autónoma de Barcelona  
[cnavarro@uoc.edu](mailto:cnavarro@uoc.edu)

Carmen Navarro es profesora titular de Derecho Procesal en la Universidad Autónoma de Barcelona y colaboradora docente de la UOC. Su tesis doctoral obtuvo el Premio Extraordinario de Doctorado. Las líneas fundamentales de su investigación se han centrado en el proceso penal y, en especial, en la ejecución de la pena privativa de libertad. Forma parte del grupo de investigación «Desistimiento del delito y políticas de reinserción» de la UAB. Es autora de cuatro monografías acerca de la ejecución de la pena, las alternativas a la prisión y el encarcelamiento femenino, así como de numerosos artículos en revistas especializadas y colaboraciones en obras colectivas. Ha dirigido hasta el momento ocho tesis doctorales. Imparte docencia en el Grado de Derecho y en el de Criminología tanto de la UAB como de la UOC, así como en diferentes posgrados. Es también licenciada en Humanidades por la UOC.

