

EL MENOR VÍCTIMA DE ABUSOS SEXUALES ANTE EL PROCESO JUDICIAL. EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

Dolores GUTIÉRREZ REBOLLEDA

Licenciada en Derecho y Criminología. Experta U. en Práctica Procesal Penal. Especialista U. en Violencia de Género. Máster en Derechos Humanos

Recibido 05.06.2016 / Aceptado 26.10.2016

RESUMEN: En este artículo se recoge una aproximación al problema del Abuso Sexual Infantil, partiendo del concepto y de algunos criterios que delimitan la conducta abusiva. Seguidamente, se analiza el valor de la declaración prestada por el menor víctima de abusos sexuales y las consecuencias, de la ausencia de su declaración en el acto del juicio oral, a la luz de los criterios más recientes del Tribunal Supremo en torno a esta prueba. Por último, se hace un breve análisis de la esperada Ley Reguladora del Estatuto integral de la víctima del delito.

PALABRAS CLAVE: Menor de edad; Abusos sexuales; Victimización, Prueba, Estatuto de la víctima.

ABSTRACT: This article describes an approach to the problem of Child Sexual Abuse, based on the concept and some criteria defining abusive behavior is collected. Then the value of the statement made by the child victim of sexual abuse and the consequences of the absence of his statement in the oral proceedings, in light of recent Supreme Court criteria around this test is analyzed. Finally, a brief analysis of the expected comprehensive Act on the Statute of the crime victim is.

KEYWORDS: Minor, Sexual Abuse, Victimization, Test, Status of the victim

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL. 3. BREVE REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO PENAL SOBRE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS. 4. DERECHOS DEL MENOR ABUSADO FRENTE A LOS DERECHOS DE SU AGRESOR EN EL PROCESO PENAL. 4.1. La intervención del menor en la instrucción. 4.2. El problema de la prueba: La razonabilidad en la convicción del

Tribunal. 4.3. Criterios del Tribunal Supremo sobre la declaración del menor en el acto del juicio oral. 5. LA INCIDENCIA DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO EN ESTA MATERIA. 5.1. Concepto de víctima. 5.2. Incidencia en materia de menores. 6. ALGUNAS REFLEXIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada el 20 de noviembre de 1989, aprobó la Convención de los Derechos del Niño¹ entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. En dicha Convención se establece un estatus social para niños y niñas como sujetos de derecho. Entre los derechos recogidos, figura el de ser protegido de toda forma de violencia física o mental, de descuido o tratamiento negligente, de la explotación laboral y, en especial, del abuso sexual. Esta Convención fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y publicada en BOE de 31 de diciembre.

En nuestro país, si bien se habían realizado algunos estudios sobre el maltrato infantil no es hasta principios de los noventa cuando surgen las primeras publicaciones abordando el tema del abuso sexual infantil (en adelante ASI) y su prevención. Se realizaron estudios sobre su epidemiología y se valoró la incidencia de este riesgo en diversas Comunidades Autónomas (Arruabarrena y De Paúl, 1994; Inglés, 1995; Jiménez, Oliva y Saldaña, 1996). Además aparece la primera investigación nacional sobre su prevalencia (López, Fuertes, Gómez Zapiain, Carpintero, Hernández y Martín, 1994). Estos estudios ponen de manifiesto que los ASI representan un problema importante tanto dentro, como fuera de nuestras fronteras y en todas las culturas y clases sociales. Desgraciadamente, este problema se da con una frecuencia importante y normalmente produce efectos traumáticos a corto y largo plazo en las víctimas. Además el menor víctima de un delito sexual, en el largo entramado de un proceso penal se puede volver víctima de otro maltrato, el institucional. Esto es lo que se conoce como victimización secundaria y genera en los menores un fuerte estrés y ansiedad al tener que actuar como testigos y revivir ante personas extrañas un suceso para ellos traumático explicando una y otra vez los hechos.

¹ Convención sobre los derechos del niño, Res. 44/25 de la AG, anexo, 44 ONU GAOR Sup. (núm. 49) en 167, ONU Doc. A/44/49 (1989); entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990

Se recogen en este artículo algunos aspectos procesales a los que debe enfrentarse un menor víctima de un delito a la luz de lo dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y su interpretación a través de algunas de sus resoluciones del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, en aras a evitar la llamada victimización secundaria del menor.

2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Es preciso decir para comenzar, que el concepto de niño, ha variado a lo largo de la historia y en las diversas sociedades y culturas. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 señala que se entiende por niño:” todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

En este sentido, cabe mencionar en nuestra legislación el artículo 315 del Código civil,² y el artículo 12 de la Constitución Española³(C.E.). La Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero de 1996 sobre la protección jurídica del menor, modificada por la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, prevé su aplicación a todos los menores de 18 años que se encuentren en el territorio español.

En cuanto al **concepto de abusos sexuales**, no existe una definición única. De forma genérica podemos decir que los Abusos Sexuales Infantiles son una de las formas de maltrato infantil junto con el maltrato físico y abandono físico o negligencia, abandono emocional y maltrato institucional. La Organización Mundial de la Salud (OMS) define el maltrato infantil como: [...] los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, [incluidos] todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo, que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad,

² Art. 315 Código civil “La mayor edad empieza a los 18 años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.

³ “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”.

confianza o poder. (OMS, 2014). Éste maltrato supone y se basa, en un abuso de poder sobre el menor.⁴

No obstante nos referimos a algunas definiciones de relevancia. Son las siguientes:

1ª.- La definición aportada por **National Center of Child Abuse and Neglect (1978)** sobre abusos sexuales, como “...Contactos e interacciones entre un niño y un adulto cuando el adulto (agresor) usa al niño para estimularse sexualmente él mismo, al niño o a otra persona. El abuso sexual puede ser también cometido por una persona menor de 18 años cuándo esta es significativamente mayor que el niño (víctima) o cuando el agresor está en una posición de poder o control sobre otro.

2ª.- El **Comité de Derechos del niño**, define así el abuso y explotación sexual: “Constituye abuso sexual toda actividad sexual impuesta por un adulto a un niño contra la que este tiene derecho a la protección del derecho penal. También se consideran abuso las actividades sexuales impuestas por un niño a otro si el primero es considerablemente mayor que la víctima o utiliza la fuerza, amenazas y otros medios de presión. Las actividades sexuales entre niños no se consideran abuso sexual cuando los niños superan el límite de edad establecido por el Estado parte para las relaciones consentidas”.

La Observación General nº 13 del Comité de Derechos del Niño (CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011) establece el Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia Abuso y explotación sexuales, estableciendo que se entiende por abuso y explotación sexuales, entre otras cosas:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal o psicológicamente perjudicial⁹.
- b) La utilización de un niño con fines de explotación sexual comercial.

⁴ Nuestro Código Penal dedica su Título VIII a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, arts. 178 a 194 y recoge como conductas punibles: 1. Agresiones sexuales. 2. Abusos sexuales. 3. Acoso sexual. 4. Exhibicionismo y provocación sexual. 5. Prostitución y corrupción de menores, pornografía y el tráfico de menores. La LO 5/2010, de 22 de junio, añade un Capítulo II Bis dedicado a los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años e incorpora un nuevo fenómeno delictivo referido al uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación fundamentalmente internet en su art.183 bis.

c) La utilización de un niño para la producción de imágenes o grabaciones sonoras de abusos sexuales a niños.

d) La prostitución infantil, la esclavitud sexual, la explotación sexual en el turismo y la industria de viajes, la trata (dentro de los países y entre ellos) y la venta de niños con fines sexuales y el matrimonio forzado. Muchos niños sufren abusos sexuales que, pese a no mediar la fuerza o la coerción físicas, son intrusivos, opresivos y traumáticos desde el punto de vista psicológico

3ª.- **El Convenio del Consejo de Europa de 25 de octubre de 2007** sobre la protección de los menores contra los abusos sexuales y la explotación sexual (Convenio de Lanzarote)⁵ señala que abuso sexual infantil es:

“Realizar actividades sexuales con un niño que de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades a) recurriendo a la coacción, la fuerza o la amenaza; b) abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño, incluso en el seno de la familia; y/o c) abusando de una situación de especial vulnerabilidad del niño, en particular debido a una discapacidad psíquica o mental o una situación de dependencia”

Aunque son muchos **los criterios utilizados para su definición**, los que de forma más repetida han sido utilizados han sido⁶:

- A) La **diferencia de edad** entre la víctima y el agresor. Así el abusador será mayor que el menor en 5 años si el menor tiene menos de 12 años y de 10 años si tiene más de esta edad (Finkelhor, 1979). Habría por tanto **una relación de desigualdad entre ambos**.
- B) El **tipo de estrategias** que el agresor realiza para conseguir sus fines que irían desde la coacción, el uso de la fuerza, la sorpresa, la seducción hasta el engaño (López, Hernández y Carpintero, 1995).
- C) El **tipo de conductas sexuales** que tiene lugar entre ambos, que pueden realizarse con o sin contacto físico, con contacto anal, genital u oral, caricias sexuales, peticiones sexuales, pornografía hasta exhibicionismo.

⁵ Entrada en vigor de forma general, el 1 de julio de 2010 y, para España, el 1 de diciembre de 2010.

⁶ Actas de las I Jornadas de Sexología de Castilla y León, 10-13, 2001 Cueto, M.A. CEPTECO (León)

Existe consenso en que deben existir dos criterios básicos para que sean definidos como abusos sexuales: **una relación de desigualdad** entre agresor o víctima y la **utilización del menor como objeto sexual** (National Center of Child Abuse and Neglect, 1978; Echeburúa y Guerricaechevarría, 1998).

3. BREVE REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO PENAL SOBRE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS.

La normativa en materia de protección de los derechos humanos de los niños y las niñas frente al abuso sexual emana de tres ámbitos fundamentales: los Tratados de derecho internacional sobre derechos humanos ratificados por España; los tratados y otra normativa vinculante de ámbito europeo; y la legislación española sustantiva y procesal.

No obstante, dado que el objeto de este trabajo no es un estudio de los tipos penales ni su contenido hacemos únicamente mención a efectos ilustrativos al encuadre de esta materia en nuestro Código Penal regulado por L.O. 10/1995 de 23 noviembre. La norma referida dedica su Título VIII del libro II, a los Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Título que ha sido reformado recientemente por las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo ante la necesidad de armonizar nuestro ordenamiento con la legislación europea, en concreto para la transposición de la Directiva 2011/93/UE relativa a la Lucha Contra los Abusos Sexuales y la Explotación Sexual de Menores y la Pornografía Infantil, otorgando a los menores una mayor protección.

Fue a partir de la reforma del año 2010 con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio cuando estos delitos contra menores adquieren una regulación autónoma y dejan de ser un tipo agravado dentro del genérico de abusos y agresiones sexuales. Dicho Título VIII en el Capítulo II bis recoge la rúbrica “De los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años” comprendiendo los artículos 183, 183 bis, 183 ter. y 183 quater del Código Penal.

Es preciso hacer constar que en el mismo art. 183 del Código Penal distingue entre los abusos y las agresiones, fijando como criterio diferenciador la existencia en estas últimas de violencia o intimidación. Es decir, se trata de una agresión sexual cuando el hecho delictivo es ejecutado con violencia o intimidación. Recoge el

legislador dos tipos básicos: Tipo básico de abuso sexual y tipo básico agresión sexual a menores de dieciséis años y tipos agravados comunes a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

Entre las reformas recogidas en este Capítulo adquiere importancia la nueva edad que se ha establecido para otorgar el consentimiento sexual, los 16 años (anteriormente estaba en los 13). La edad de la víctima es uno de los presupuestos que configuran este tipo penal, puesto que para que se aplique este precepto es necesario que el sujeto pasivo tenga menos de dieciséis años. Por tanto, la realización de actos de carácter sexual con menores de 16 años será considerada delito, salvo en el supuesto establecido en el art 183.querter: “El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.

Esta redacción nos lleva a interpretar que el menor deberá ser consciente y tener conciencia de aquello que está realizando con una persona próxima al mismo por edad y grado de desarrollo o madurez. Parece que el legislador ha pretendido que estos dos factores, de edad y madurez sean utilizados de manera cumulativa entre el sujeto activo y el pasivo para la aplicación de este precepto. Entonces a tenor de lo dispuesto, siendo menor ¿puede prestar consentimiento? y, ¿Cuál es la edad que debe considerarse como aproximada? ¿Qué parámetros se utilizarán para determinar la madurez? En la práctica quedará en manos del juez determinar si se dan esos requisitos para determinar si la conducta es o no punible.

Se introduce un nuevo tipo penal en el art. 183 bis CP para castigar al que, con fines sexuales determine a participar o haga presenciar a un menor de 16 años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, siendo mayor la pena si le hubiere hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiere participado en ellos.

Junto a ello, como complemento del anterior se añade el art. 183 ter CP castiga también al que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 16 años y le proponga concertar encuentro para realiza realice actos de carácter sexual o actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se presente o aparezca dicho menor.

4. DERECHOS DEL MENOR ABUSADO FRENTE A LOS DERECHOS DE SU AGRESOR EN EL PROCESO PENAL.

El menor, como cualquier persona puede ser sujeto pasivo de delito, también de un delito contra la libertad e indemnidad sexual. Como tal víctima, al verse incurso en un procedimiento judicial, surgen dos intereses que van a enfrentarse. Por un lado, su derecho a protección como menor, garantizando su integridad física y psíquica, seguridad, libertad sexual, así como su intimidad y dignidad, tratando de evitar que sufra mayores perjuicios, además de los ya causados por el hecho delictivo y de otro, la eficacia de la investigación judicial, mediante la que se persigue averiguar lo realmente ocurrido, tanto en beneficio del victimario como de las propias víctimas. Nos encontramos con los derechos del acusado a un proceso justo con todas las garantías legales, frente a los derechos del menor víctima del delito contra la libertad e indemnidad sexual. La Convención sobre los derechos del niño (art.3) obliga al Estado español a garantizar que todas *“las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. Sobre la intervención judicial ante la violencia sufrida por niños y niñas, el Comité insta a los Estados a asegurar que todas las decisiones que se adopten obedezcan a *“la finalidad principal de proteger al niño, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por su interés superior”*⁷.

4.1. Intervención del menor en la instrucción

El menor víctima del delito habrá de declarar como testigo ante el Juez instructor, por tanto tiene la obligación de comparecer, declarar y de decir la verdad. La Ley de Enjuiciamiento Criminal hace hincapié en el aspecto de la madurez del mismo a la hora de tomarle declaración. Dispone el art 433 de la L.E.Crim tras la reforma operada por la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que reforma la Ley de Enjuiciamiento Criminal que: *“... En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada el Juez de Instrucción*

⁷ Comité de los derechos del niño, Observación General nº 13 El derecho del niño a no ser objeto de ningún tipo de violencia. Doc. de la ONU: CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011, párr. 54

podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.”

Llama la atención que la última reforma suprime la mención en la que se hacía referencia a "siempre en presencia del Ministerio Fiscal", recogándose ahora “el Juez de instrucción podrá acordar...” parece por tanto que es una decisión del Juez de Instrucción decidir cuándo es necesaria esa presencia, así como la intervención de expertos, atendiendo únicamente a un factor como es el de "la falta de madurez de la víctima". Parece deducirse de la literalidad que el Juez instructor podría exigir la presencia del fiscal en los casos de inmadurez del menor, pero en el resto de los supuestos, será el Fiscal quien valore si debe o no estar presente en la declaración. Hemos de tener en cuenta que para determinar “la madurez”, el juez ha de valorar casi “a golpe de vista” si el menor al que va a interrogar comprende adecuadamente (entiende la información dada o la situación en que se encuentra), da motivos razonables que fundamentan su decisión y pondera los riesgos y beneficios de las diversas opciones que le presenten, tarea nada fácil en muchas ocasiones teniendo en cuenta la multitud de factores que pueden influir en el menor víctima de un delito, especialmente en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, donde las circunstancias del delito les hacen especialmente vulnerables a la victimización secundaria que puede suponer su participación en el proceso penal.

No obstante ha de tenerse en cuenta, para tratar de evitar esa victimización del menor, la posibilidad que abre nuestro actual marco normativo durante la fase de investigación, ya que autoriza la preconstitución probatoria de las declaraciones de menores a tenor de lo establecido en los arts. 433.2 y 448.3 y 4 LECrim. Con arreglo a lo dispuesto en tales preceptos, la declaración del testigo menor se llevará a cabo

evitando la confrontación visual con el inculpado y con la posibilidad de presencia de expertos y de su grabación cuando así lo acuerde el Juez de instrucción.

Ahora bien, lo cierto es que como se ha dicho, la ley abre la posibilidad, pero no es algo imperativo el hecho de anticipar la prueba para los supuestos en los que la víctima sea menor. Si dicha prueba anticipada se practica previa resolución motivada, mediante grabación, con intervención de expertos y especialmente garantizando el principio de contradicción para su reproducción en el acto del juicio ¿no debería considerarse esta la regla general y no la excepción en el supuesto de menores? ¿No supondría esto impedir o reducir los perjuicios que para los menores se pueden derivar del desarrollo del proceso como pretende la propia Ley? Los tribunales dirán.

La madurez es un factor también relevante a tener en cuenta para el supuesto en el que deba advertirse al menor de la dispensa prevista el art 416 de la L.E.Crim. Dicho artículo establece: “Están dispensados de la obligación de declarar: 1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia (...)”

Sobre esta dispensa, la STS, Sala 2ª, de 23 de marzo de 2009, nº 319/2009, rec. 11295/2008. Pte: Marchena Gómez, Manuel, en su FD Primero establece que “En cualquier caso, la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 de la LECrim tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su

aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento. El art. 416.1 del CP no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso. Tampoco le otorga una extravagante capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el Tribunal y que se hayan generado válidamente en el proceso. El testigo pariente del imputado sólo tiene a su alcance, con fundamento en aquel precepto, la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar. Lo que el art. 416.1 protege es su capacidad para guardar silencio, para sustraerse a la condición de obligado colaborador en la indagación de los elementos de prueba que respalden la hipótesis de la acusación. Hasta ahí llega su estatus. Lo que en modo alguno otorga aquel precepto es el derecho a declarar alterando conscientemente la verdad o a prestar un testimonio de complacencia invocando los lazos familiares. El testigo, en fin, puede callar. Pero si habla, conociendo su derecho a no hacerlo, su testimonio se incorpora al material probatorio del que puede valerse el Tribunal para la afirmación del juicio de autoría”.

Cuando el menor tiene suficiente madurez para comprender el alcance del significado de la dispensa prevista en el art 416 LECrim parece que habrá de ser advertido de misma pero cabe preguntarnos qué hacer si el menor no tiene la suficiente madurez. En este segundo caso ¿Quién decidirá si debe o no acogerse a esta dispensa? ¿Será el progenitor no victimario, o su representante legal, habrá que nombrarle un defensor judicial ejercitar ese derecho en interés del mismo?

En la STS nº 699/2014, de 28 de octubre se trató este tema al cuestionarse la validez de la prueba ante la ausencia de advertencia alguna ante el deber de declarar para el menor víctima de abusos cometidos por su progenitor. Se rechazó la pretensión del recurrente argumentando que “la previsión del art. 416 LECrim es una garantía establecida para el testigo y no para el imputado. No es un derecho de éste, sino de aquél. No se pueden deformar las cosas hasta convertir ese derecho de determinados testigos, víctimas en ocasiones, en una especie de boomerang que se vuelve contra ellos dejándolos desprotegidos y privándoles de la tutela judicial efectiva que han reclamado”. Dice en otro momento la sentencia “Aquí el menor, dada su baja edad, no podía acogerse a ese derecho o facultad por sí mismo: un niño, ni con cuatro ni con siete (folio 206), ni con ocho (folio 289), ni con once años (acto del juicio oral), goza de la

madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión; ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella.

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

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

No ostentando capacidad para determinar en ese punto la propia conducta, en principio habrá de confiarse a los representantes legales (argumento ex art. 162 Código Civil) la decisión sobre si el menor debe declarar o no en los supuestos prevenidos en el art. 416 LECrim, aunque no lo especifique así claramente la Ley Procesal Penal a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (v.gr., el británico). Cuando se aprecia un conflicto de intereses con uno de los progenitores (es patente que estamos ante uno de esos casos), será el otro progenitor el llamado a adoptar la decisión oportuna en nombre y representación del menor (art. 163 del Código Civil). A través de este camino aparece la solución desestimatoria: la madre estaba personada como acusación particular en representación de su hijo. Es obvio que no consideró procedente, ni prudente, ni conveniente para el menor sustraerlo a esa declaración”. (...) Ha de rechazarse enérgicamente la escena de un menor víctima de corta edad al que se sitúa en la tesitura de decidir si quiere o no declarar, espetándole para que exprese pública y solemnemente si quiere contribuir o no al "encarcelamiento" de un pariente cercano; aquí, su propio padre. Sin la certeza de que el menor reúne las mínimas condiciones de madurez intelectual y emocional para percibir el conflicto, ponderar los intereses enfrentados y tomar una decisión personal, libre y responsable en la medida de sus posibilidades, no puede situársele de manera fría y distante en esa encrucijada, en un trance nada conveniente para su interés y que puede agravar su victimización. No se

priva al menor de esa facultad; serán sus representantes legales en la forma prevista en la legislación civil los llamados a decidir sobre su ejercicio". En definitiva no ha menoscabado derecho alguno del recurrente la valoración de los testimonios del menor víctima (primero en la fase de instrucción; luego en el plenario). No era procedente efectuar al menor ni en uno ni en otro momento la advertencia que contempla el art. 416 LECrim por carecer de la madurez que se exige para decidir de forma personal y responsable cómo afrontar ese conflicto. La decisión había de ser tomada en todo caso, y lo fue aquí de forma inequívoca, por su representante legal: su madre, progenitora con la que no concurrían intereses contrapuestos".

No obstante a tal efecto podría nombrarse un defensor judicial haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 26.2 de la Ley del Estatuto de Víctimas del Delito que dispone: " 2. El Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos:

- a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.
- b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.
- c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares.

4.2. El problema de la prueba: La razonabilidad en la convicción del Tribunal.

En primer lugar hay que recordar el derecho fundamental a la presunción de inocencia recogido en la C.E. que conlleva que la carga de la prueba de los hechos denunciados recaiga en la acusación.⁸ El derecho de todo acusado a un juicio público

⁸ Art. 24 C.E.: 1.) Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse

con todas las garantías encuentra en el derecho de defensa y el principio de contradicción algunas de sus principales manifestaciones. Ello supone el derecho a un juicio contradictorio en el que el acusado pueda defenderse de la acusación.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (Modificado por los Protocolos nos. 11 y 14 completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12 y 13 (CEDH) establece en su art 6 que *“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”* y en su párrafo 3º enumera los derechos que, como mínimo, tiene todo acusado, y entre ellos, en la letra d), el derecho *“a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”*.

En la STC nº 12/2006, de 16 de enero se recoge que: *“la posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las ‘reglas esenciales del desarrollo del proceso’ (SSTC nº 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000), sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera”*.

En relación con los niños, el Tribunal Constitucional, en fundamento jurídico 4º de la sentencia 174/2011, de 7 diciembre de 2011, contempla la posibilidad de admitir el testimonio de los niños y las niñas como prueba de cargo, incluso sin que éste se preste en el juicio oral al afirmar que *“es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de menores se realice por expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción”*.

Se remite en esta sentencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para exponer las condiciones en las que, sin intervenir el menor en el juicio oral, se entiende salvaguardado el derecho de defensa, estableciendo *“para lo*

indefensión.2.) Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la *presunción de inocencia*. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos

cual el acusado debe ser informado de que se va oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de una grabación audiovisual; así mismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior”⁹

Conforme a la legislación actual, en nuestros procedimientos penales, al tratar la declaración de la víctima de un delito, como se ha dicho, no se establecen diferencias respecto de los adultos pero no hay que olvidar que la vulnerabilidad de los niños, exige una protección especial que tenga en cuenta sus distintas circunstancias y necesidades, en definitiva velar por el interés superior del niño. La prueba de los hechos es un camino difícil en los delitos de abusos sexuales porque numerosas veces (según las escasas estadísticas existentes), tienen lugar en la intimidad del hogar familiar o, en un lugar en el que sólo se encontraba la víctima con su agresor. La declaración prestada por la víctima, que se considera prueba testifical cuando es prestada con las debidas garantías, es en muchas ocasiones la única prueba con la que se cuenta.

El menor, tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y se tenga en cuenta su testimonio, siempre que esa madurez permita que pueda emitir su testimonio. Pero esto, puede ser un serio problema ya que desde que se conocen los hechos se ve obligado a declarar, incluso varias veces, teniendo que recordar cada uno de los detalles en un ambiente extraño y formalista en comisaría, ante los médicos, los psicólogos, o ante el Juzgado y Tribunal convirtiéndose por segunda vez en una víctima, en esta ocasión, del sistema.

De forma breve a efectos orientativos y siguiendo los criterios de la psicología del testimonio¹⁰, se podría hablar de una edad límite para el testimonio infantil, que estaría en torno a los tres años de edad. En esa fase concurre una muy reducida capacidad cognitiva-léxica y la pericial psicológica y la testifical de referencia adquieren un protagonismo indiscutible. Los niños entre los 2/3 y 6/7 años presentan claras limitaciones como testigos, por lo que habría que restringir drásticamente la extensión de las actuaciones procesales sobre ellos. Los niños entre 6/7 y 10/11 años

⁹ El TC recoge un párrafo de la Sentencia del TEDH del caso A.S. contra Finlandia, de 28 de septiembre de 2010.

¹⁰ La Psicología del Testimonio trata de la aplicación de los conocimientos sobre los procesos psicológicos básicos (atención, percepción, memoria y procesos afines) a la obtención y valoración de la prueba testifical.

tienen más desarrollados sus aspectos cognitivos. Los adolescentes hasta los 16 años tienen una capacidad verbal y un desarrollo cognitivo que hace que su testimonio no presente diferencias sustanciales con el del adulto pero pueden presentar alteraciones derivadas tanto de la victimización como de las características del momento evolutivo de su personalidad (rebeldía, desconfianza en las figuras de autoridad, confusión de la autoimagen, desarrollo sexual, etc.).

El Tribunal Constitucional (TC) ha manifestado que “usualmente” en los delitos de abuso sexual la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos y de ahí, que el debate jurídico suela centrarse sobre las garantías que rodean la **exploración de la víctima** y la forma, en que la misma puede introducirse en el debate jurídico.

Como indican Hernández García y Miranda Estampres “la presencia de los menores en el proceso penal implican una serie de *problemas* que se manifiestan no sólo, en la identificación de los mecanismos de prueba mediante los cuales aquélla debe hacerse efectiva sino, además, en la necesidad de realizar complejas operaciones ponderativas de los intereses en conflicto, todos ellos de alta densidad constitucional. Hemos de tener en cuenta que el proceso penal basado en el paradigma irrenunciable de garantías diseñadas por la Constitución y los Convenios Internacionales ratificados por España, no puede desconocer el derecho del investigado a un proceso justo y equitativo pero tampoco puede despreocuparse de la protección efectiva de la salud física y psíquica de aquellos que intervienen en el mismo como víctimas especialmente vulnerables del delito”.¹¹

Hay numerosa literatura sobre el carácter complejo del proceso de victimización donde resulta habitual distinguir entre victimización primaria, secundaria y terciaria. El término victimización secundaria fue acuñado por Khüne⁶ para referirse a todas las agresiones psíquicas (no deliberadas pero efectivas) que la víctima recibe en su relación con los profesionales de los servicios sanitarios, policiales, o de la judicatura (interrogatorios, reconstrucción de los hechos, asistencia a juicios, identificaciones de acusados, demora de los procesos, etc.), así como los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación. Este hecho resulta

¹¹ HERNÁNDEZ GARCÍA, J y MIRANDA ESTRAMPES, M. Diario La Ley, Nº 6335, Sección Doctrina, 7 Oct. 2005, Ref. D-225, Editorial LA LEY 4872/2005.

especialmente destacable en el caso de las víctimas de violaciones o agresiones sexuales, así como en modalidades de victimización objeto de una amplia cobertura mediática, como la violencia de género. La victimización terciaria es el conjunto de costes de la penalización sobre quien la soporta personalmente o sobre terceros, y la literatura existente documenta los efectos sobre los internos en centros penitenciarios, sobre los hijos de personas encarceladas, o sobre los efectos de las órdenes de alejamiento en casos de violencia de pareja, bien sobre los ofensores, como sobre las víctimas o su descendencia.

La doctrina jurisprudencial en relación con la declaración de la víctima, viene señalando que la declaración de la víctima **no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del T.S. (SS 706/2000 y 313/2002) como del TC. (SS.201/89, 173/90, 229/91).**

En este sentido el Tribunal Supremo en la **STS 198/2014 de 8 de enero de 2014**, manifiesta que “conviene recordar con las recientes SSTS núm. 590/2013, de 26 de junio, ó 548/2013, de 19 de junio , por remisión a la STS núm. 161/2013, de 20 de febrero, que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en su perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica un mínimo de actividad probatoria realizado con las garantías necesarias y referido a todos los elementos esenciales del delito, del que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De este modo, se habrá vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o bien cuando no se motive el resultado de dicha valoración o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el «íter» discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (STC núm. 189/1998, de 28 de septiembre, FJ. 2). **La declaración de la víctima tiene el valor característico de una prueba testifical y, siempre que se practique con las debidas garantías, puede servir como prueba capaz de desvirtuar por sí misma la presunción constitucional de inocencia (por todas, STS núm. 339/2007, de 30 de abril, y las que en ella se mencionan). No es prueba indiciaria, sino prueba directa y, como tal, queda sometida a la inmediación del tribunal ante el que se presta. No quiere ello decir que ante la sola existencia de una declaración de este**

tipo concurra, automáticamente y por esa sola condición de testigo con obligación de decir verdad, prueba de cargo suficiente para entender desvirtuada la presunción de inocencia de manera que, invirtiéndose la carga de la prueba, incumbiera al acusado desvirtuar una suerte de presunción de certeza de la acusación formulada: únicamente **significa que dicha prueba no es inhábil a los efectos de poder ser valorada como una más por el tribunal sentenciador, el cual obviamente debe aplicar a la valoración del conjunto del acervo probatorio los habituales criterios de razonabilidad, añadiendo otros que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba**, de modo específico o particularmente relevante en aquellos delitos que, por las circunstancias en que se cometen, no suelen contar con la presencia de otros testigos. Por ello mismo, cuando la declaración de la víctima es la única o principal prueba de cargo, **se exige una muy cuidada y prudente valoración** por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores - subjetivos y objetivos- que concurran en la causa. **No basta en tales casos la mera afirmación de una confianza plena en la declaración testimonial: tal afirmación ha de ir acompañada de una argumentación sólida que, al propio tiempo, resulte razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias objetivas”**.

El T.S. ha señalado en una reiterada jurisprudencia, cuales son los tres parámetros mínimos de contraste, a los efectos de la valoración racional de la declaración del denunciante como prueba de cargo (SSTS. 11/10/95, 15/4/96, 30/9/98, 22/4/99, 26/4/2000, 18/7/2002). Estos son:

1º) **Ausencia de incredibilidad subjetiva** derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2º) **Verosimilitud**, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio - declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso - sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim.) En definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

3º) **Persistencia en la incriminación:** esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (SS. 26/3 y 5/6/92, 8/11/94, 11/10/95, 13/4/ 96).

En la STS 747/ 2013 de 26 de febrero 2013 añade el TS que para valorar:

A) La Credibilidad.- Han de tenerse en cuenta:

- 1) Las propias características físicas o psicoorgánicas,
- 2) Inexistencia de móviles espurios.

B) La Verosimilitud:

- 1) Declaración de la víctima lógica en sí misma
- 2) Rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo.

C) La Persistencia en la incriminación:

- 1) Ausencia de modificaciones esenciales,
- 2) Concreción de la declaración,
- 3) Coherencia o ausencia de contradicciones.

Conviene precisar como dice el T.S. que los tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo. **Lo que importa es la razonabilidad en la convicción del Tribunal sobre la cual ha de argumentarse expresamente en la sentencia condenatoria.**

El T.C. precisa que en este tipo de casos está justificada la modulación “excepcional” de las garantías de contradicción y el acusado que defiende su inocencia. Además, fija los requisitos y condiciones que hacen compatibles las garantías del acusado con la debida protección de las víctimas de muy escasa edad. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han estimado prueba de cargo el testimonio prestado por un impúber (SSTS. 1/6 y 18/9/90, en la que se dio credibilidad de un delito sexual a un menor de 9 años de edad sobre la base de constituir una edad suficiente de conocimiento de la realidad y representar un grado de sinceridad quizá superior a los

adultos). Doctrina que es de igual aplicación en los casos de menores-víctimas (SSTS. 5.4.94 y 27.4.94). La jurisprudencia (SSTS 24/10/ 2013, nº 758/2013, red. 216/2013; SSTS. 339/2007 de 30 de abril, 950/2009 de 15 de octubre), ha distinguido respecto a la esfera civil, la atendibilidad de la prueba de menores de edad, incluso cuanto tienen una edad inferior a los 14 años (art. 1246.3 C.Civ.), fijándose en el hecho de la "capacidad natural", ya que capaces naturales para testificar pueden serlo bastantes menores de 14 años y no serlo algunos mayores de edad.

4.3. Criterios del Tribunal Supremo sobre la declaración del menor en el acto del juicio oral

La doctrina del TS y del TC establece que sólo podrán considerarse auténticas pruebas de cargo, aptas para enervar el principio de presunción de inocencia, las practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar *necesariamente en el debate contradictorio* que, en forma oral, se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia (STC 31/1981).

Por tanto, la regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa. Declaración del menor que ha de practicarse en el juicio con todas las prevenciones necesarias para proteger su incolumidad psíquica, expresamente previstas en la ley, ahora bien tras las últimas reformas operadas en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal parece

El art. 707 de la LECrim dispone para el ámbito del juicio oral que “Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.

La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el

inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.

No obstante, se admiten determinadas excepciones que, con carácter general, exigen el cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos. Esta doctrina ha sido ratificada, en la STC de 28 de febrero de 2013 y en la STS 220/2013, de 21 de marzo, que consideran que es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección.”

Así, la Sala II del T.S. de 5 de junio de 2013, analizando la declaración de menores en agresiones sexuales, ha señalado que *“La jurisprudencia no avala el desplazamiento del principio de contradicción ni del derecho de defensa cuando la víctima sea un menor de edad.- pero no es incompatible con la necesidad de preservar otros bienes que convergen en el enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada en nuestro sistema jurídico. La regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa. La declaración del menor ha de practicarse en el juicio con todas las prevenciones necesarias para proteger su incolumidad psíquica, evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de la prueba. Cuando existan razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer), puede prescindirse de su presencia en el juicio en aras de la protección de los menores. Pero debe salvaguardarse el derecho de defensa del acusado, sustituyendo la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción, en cuyo desarrollo se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias.*

Nuestro Tribunal Supremo incorporando la normativa internacional a nuestro ordenamiento procesal, la más moderna jurisprudencia (en tal sentido SSTS núm. 173/2010, 1251/2009, 1033/2009, 96/2009, 694/2007, 151/2007) opta por una *ampliación de la idea de “imposibilidad”* de testificar en el juicio oral de los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECrim (procedimientos ordinario, abreviado y urgente, respectivamente), de conformidad con lo cual, junto a los obstáculos materiales para la realización del testimonio, habrán de ser incluidos también aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de producir con dicho testimonio en sede de enjuiciamiento graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, de forma que, en estos casos, nada impide incluir entre los casos de imposibilidad aquéllos que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegido por la ley.

Como dice Manzanero, “siempre que las circunstancias lo permitan debiera prescindirse de la declaración policial del menor, especialmente cuando el mismo sea víctima del delito y fundamentalmente cuando éste sea de naturaleza sexual. Para reducir al mínimo imprescindible el número de declaraciones, que pudieran ser especialmente perturbador, y se le traslade al Juzgado de Guardia para preconstituir la prueba¹² .

En este mismo sentido, **el Tribunal Supremo Sala 2ª, en AUTO de 10-10-2013, nº 1867/2013, recurso. 669/2013**, dice: “Se alega que no ha existido prueba de cargo suficiente para la condena, pues no se ha dispuesto del testimonio directo de la menor supuesta víctima del delito sino únicamente de la exploración practicada sin contradicción, pues no estuvo presente en ella el letrado del imputado. La exigencia de los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECrim acerca de que se prevea la “imposibilidad” de practicar una prueba testifical en el juicio oral para quedar justificada su práctica adelantada durante la fase sumarial -con todas las garantías que tales preceptos establecen- no puede ya ser interpretada sino con posible inclusión en tal hipótesis de los casos de niños víctimas de delitos sexuales. Serán, pues, las circunstancias del caso las que, mediante un razonable equilibrio de los derechos en conflicto, aconsejen o no la ausencia del menor en el juicio, valorando las circunstancias concurrentes para, en caso

¹² MANZANERO, A.L. "La exactitud de los testimonios infantiles", *Memoria de testigos: Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid: Pirámide. pp. 201-225

de estimarse procedente su ausencia, evitar así los riesgos de la victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad.”

La Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia 357/2014, de 16 de 7 Abril, afirmó: "Hubiese sido aconsejable que el contenido de la declaración de la menor hubiese sido grabada en forma adecuada, para que tal bagaje entrase en el plenario y pasase a conocimiento de las partes. Es buena práctica esa forma de operar alentada tanto desde el ámbito jurídico, como desde el mundo de la psicología forense, hasta el punto de propugnarse que la declaración de la víctima menor en el plenario pueda ser sustituida por la reproducción de esa grabación; siempre, claro está, que la diligencia en la fase de instrucción haya sido dotada de las notas de contradicción, judicialidad y demás garantías, con todas las peculiaridades exigidas por la naturaleza de tal actuación (interacción con la menor víctima solo a través de los profesionales; presencia no advertida por la misma...) que han de adornar cualquier prueba con vocación de fundar una acusación y una eventual sentencia condenatoria basado además en otros elementos probatorios"

En idéntica dirección apunta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, en su Sentencia de 16 de junio de 2005 (asunto C-105/2003, conocido como «caso Pupino», en el que la víctima era una niña de tan sólo cinco años de edad) cuando declara que la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15/03/2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, debe interpretarse en el sentido de que "el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta".

La nueva regulación del artículo 730 de la LECrim, supone un indudable acierto al señalar: "Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección". Se incluyen pues, junto a la lectura de las

diligencias practicadas en el sumario y de imposible reproducción, las declaraciones de los testigos menores de edad, en aras a evitar la victimización secundaria.

Recuerda la STS núm. 96/2009, “el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño Precisa que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés supremo del niño".

5. REFERENCIA A LA INCIDENCIA DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO EN ESTA MATERIA

5.1. Concepto de víctima

La Sociedad Española de Victimología, fundada en el año 2004, recoge en sus estatutos la siguiente definición” *se entiende principalmente por víctima, a los efectos de la delimitación de las actividades de la Sociedad, toda persona que haya sufrido personalmente, de modo directo o indirecto, las consecuencias de un hecho delictivo, haya sido declarada formalmente o no como tal la existencia del mismo por parte de un órgano jurisdiccional. En un sentido más extenso también son consideradas víctimas las personas que hayan sufrido los efectos de la guerra, enfrentamiento armado, catástrofe natural o accidente*” (Baca Baldomero, 2006) aunque lo cierto es que no hay una única definición de víctima. Y, la victimización es el proceso por el que una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático.

Según el **Art. 1 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal** define víctima como *“la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro”*. Y, los artículos 2 y 8.4 obligan a cada Estado miembro a esforzarse, en particular, por que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, a velar por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación y a garantizar, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más

vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho.

Para dar efectividad a esa lucha finalmente ha sido aprobada la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Los antecedentes y fundamentos remotos del se encuentran en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas en el ámbito del proceso penal, incluido el derecho de protección e indemnización, y que fue el primer proyecto profundo del legislador europeo para lograr un reconocimiento homogéneo de la víctima en el ámbito de la Unión Europea, germen de la normativa especial posterior. Así a finales de 2011, se aprobó la **Directiva relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil** que, en línea con lo establecido en el Convenio de Lanzarote, recoge un exhaustivo catálogo de derechos de los niños y las niñas víctimas de abusos sexuales y de obligaciones para las distintas administraciones de los Estados miembros, entre las cuales la Administración de Justicia tiene un rol principal.¹³ Recoge aspectos como la sanción y la prevención, pasando por la ayuda a las víctimas. Se prevén disposiciones particulares especialmente dirigidas a la pornografía infantil a través de Internet y el turismo sexual.

La Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito (LEVD) es dictada con vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales.

Con este Estatuto, España aglutina en un sólo texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima, de un lado transponiendo las Directivas de la Unión Europea en la materia y, de otro, recogiendo la particular demanda de la sociedad española. En esta Ley se recogen los conceptos de víctima directa y de víctima indirecta en los siguientes términos:

a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños

¹³ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo

emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito

b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

2. En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

5.2. Su incidencia en materia de menores

El Estatuto desarrolla el régimen de las medidas de protección de las víctimas sin duda, en el caso de menores, tratando de prevenir su victimización secundaria. Medidas entre las que se establece la de evitar el contacto entre las víctimas y sus familiares y los infractores, reducir el número de interrogatorios, proteger su intimidad a través de una especial reserva en todo lo relativo a sus datos de carácter personal y su imagen que no podrán ser divulgados por los medios de comunicación.

En el caso de los menores, en cuanto a las declaraciones, se establece la posibilidad de su grabación para poder ser reproducidas durante el juicio. También se establece que el menor podrá tener un representante legal cuando exista una situación de conflicto de intereses con los progenitores o representantes legales y se tomarán decisiones urgentes sobre la guarda y custodia. El objetivo de estas medidas sin duda han de ser buscar para el menor una protección que garantice su dignidad como tal víctima frente a daños psíquicos o represalias, intimidación, victimización secundaria en

definitiva que podrían suponer los consecutivos interrogatorios. Se incluyen desde las medidas de protección física hasta otras, como el uso de salas separadas en los Tribunales, para evitar contacto de la víctima con el infractor y cualesquiera otras, bajo discrecionalidad judicial, que exijan las circunstancias.

Como ya se ha hecho mención anteriormente la LEVD ha modificado el contenido del artículo 433 de la LECrim, el cual en su nueva redacción señala en el párrafo cuarto: "En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales"

Igualmente ha modificado por la LEVD el art 448 de la LECrim estableciendo: "Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes".

El texto tiene muchos aspectos positivos sin embargo hay aspectos que sin duda podrían ser mejorados. Ya La Fiscalía General del Estado en la Circular 3/2009 de

10 de noviembre de 2009, sobre la *protección de los menores víctimas y testigos*, fue dictada con el propósito principal impulsar a través de las Fiscalías la implementación de la Decisión Marco y de la Ley Orgánica 8/2006 en el ámbito de los menores víctimas y testigos¹⁴.

Esta Circular estableció una serie de conclusiones partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas y tratando de dar respuesta a las mismas desde la protección y apoyo para minimizar los posibles efectos traumáticos. Algunas de las conclusiones son las siguientes:

La idea básica a tener presente es la de que las diligencias que recaigan sobre el menor van a producirle, en muchos casos, gran desconcierto e inseguridad e incluso pueden resultarle traumáticas. Señala la circular: “Por tanto, deben evitarse en la medida de lo posible las duplicidades en exploración de médicos, evaluación de psicólogos, psiquiatras y análogos y en la toma de declaración. Debe tenderse hacia los diagnósticos, exploraciones o evaluaciones conjuntas. Por ello se procurará evitar la repetición de declaraciones de menores, salvo en los casos estrictamente necesarios, a fin de ahorrarles el sufrimiento de volver a relatar y revivir ante personas extrañas un suceso para ellos traumático. Se indica también, que la presencia del Fiscal en la declaración del menor en fase de instrucción ha de ser aprovechada para acopiar la necesaria información para decidir con fundamento acerca de si procede proponerlo como testigo para el acto del juicio oral o bien prescindir de él y en ese caso acerca de si procede preconstituir la prueba, citar a testigos de referencia o interesar alguna diligencia sobre la credibilidad del testimonio. También servirá para calibrar -si procede citarlo como testigo para el acto del juicio oral- el tipo de cautela a promover para evitar su doble victimización. Igualmente podrá ser útil para, en su caso, decantarse por el sobreseimiento. Interesarán la grabación de la declaración como modo específico de documentación siempre que prevean que el menor no va a poder declarar en el acto del juicio oral o cuando de los datos recabados pueda ya sostenerse que el grado de victimización secundaria del menor podría ser especialmente intenso y perjudicial si se le impone la obligación de asistir al juicio como testigo. En la fase de juicio oral evitarán suspensiones reiteradas o largas esperas en los estrados del Juzgado, promoviendo la inadmisión de preguntas orientadas a poner en tela de juicio la

¹⁴ Página web de la Fiscalía General del Estado, en www.fiscal.es.

credibilidad de la declaración del menor cuando la forma de plantearlas no respete la dignidad del mismo. Aunque con carácter general la preconstitución de la prueba exige hacer pasar a la diligencia por el tamiz de la contradicción, con el fin de salvaguardar el derecho del imputado a interrogar a los testigos de cargo, el inexcusable respeto de esta exigencia admite matizaciones para minimizar el daño a los testigos menores. Las posibilidades para llegar a un punto de equilibrio son múltiples (utilización de biombo, empleo de video conferencia, colocación del menor en un punto desde el que no pueda ser visto por el imputado, utilización de espejos unidireccionales). Debe en todo caso tenerse presente que el principio de contradicción no sufrirá siempre que esté presente en el interrogatorio el Letrado del imputado y se le permita formular preguntas al testigo menor”.

Como puede constatarse supone un gran esfuerzo a lo largo de todo el proceso judicial la protección y reconocimiento de las víctimas tratando de evitar la victimización secundaria del menor. Esta pretensión parece haber sido acogida en gran medida en la actual reforma de dicho art 433 de la LECrim y el 448 de la LECrim y en sede de juicio oral, en el art. 707.3 LECrim. Con arreglo a lo dispuesto en tales preceptos, la declaración del testigo menor se llevará a cabo evitando la confrontación visual con el inculcado y con la posibilidad de presencia de expertos y de su utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba. Aunque tal y como ha quedado la redacción de dichos artículos sobre el anticipo o preconstitución probatoria parece no eximirse al testigo menor de edad de prestar declaración en el acto del juicio oral. La especialidad normativa residiría únicamente en que dicha declaración se realizará evitando la confrontación visual con el acusado pudiéndose acudir a medios tecnológicos como la videoconferencia.

Por su parte la regulación de la LEVD no establece al carácter imperativo o no de la grabación, pues mientras que el artículo 26 de dicha norma, referido a las medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, parece disponer que la grabación de las declaraciones de los menores víctimas será obligatoria, por el contrario, el artículo 433 de la LECrim establece que el Juez, “podrá acordar” parece deducirse del resto del contenido, que la grabación será obligatoria sólo en los casos en los que el juez acuerde que la declaración se realice mediante la intervención de expertos.

Esta opción ha sido fortalecida por los pronunciamientos de nuestros Tribunales. Así, la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la reciente sentencia 357/2014, de 16 de 7 Abril, afirmó: "Hubiese sido aconsejable que el contenido de la declaración de la menor hubiese sido grabada en forma adecuada, para que tal bagaje entrase en el plenario y pasase a conocimiento de las partes. Es buena práctica esa forma de operar alentada tanto desde el ámbito jurídico, como desde el mundo de la psicología forense, hasta el punto de propugnarse que la declaración de la víctima menor en el plenario pueda ser sustituida por la reproducción de esa grabación; siempre, claro está, que la diligencia en la fase de instrucción haya sido dotada de las notas de contradicción, judicialidad y demás garantías, con todas las peculiaridades exigidas por la naturaleza de tal actuación (interacción con la menor víctima solo a través de los profesionales; presencia no advertida por la misma...) que han de adornar cualquier prueba con vocación de fundar una acusación y una eventual sentencia condenatoria basado además en otros elementos probatorios"

Un indudable acierto supone la nueva regulación del artículo 730 de la LECrim, al señalar: "Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección". Se incluyen pues, junto a la lectura de las diligencias practicadas en el sumario y de imposible reproducción, las declaraciones de los testigos menores de edad, en aras a evitar la victimización secundaria, si bien entendemos que la referencia que realiza al artículo 448 es una errata, queriendo referirse realmente al artículo 433 (declaración ante expertos y grabada). Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, esta posibilidad ha sido reconocida por varias sentencias, entre las que cabe citar la Sentencia 96/2009, de 10 de Marzo o 290/2012, de 23 de Marzo.

6. ALGUNAS REFLEXIONES

El campo de la víctima está aún creciendo y desarrollándose aunque en los últimos tiempos ha habido un importante avance en el redescubrimiento de la víctima en

el sistema penal. Cuando la víctima es un niño abusado ha de tenerse en cuenta su especial vulnerabilidad y que por ello, precisa de apoyos apropiados a su edad y madurez tratando de evitar o minimizar el impacto de un proceso judicial y procurando además la reparación del daño causado, en definitiva es una víctima que requiere una especial protección. Esa respuesta ha de ser multidisciplinar, no sólo jurídica sino también social.

Es preciso que los Tribunales ponderen de manera meticulosa y con el asesoramiento preciso, el alcance de la participación del menor en el proceso, a fin lograr un equilibrio entre los derechos garantizados del acusado y las necesidades de los menores afectados. Por eso parece sensato como ya estableció el T. Supremo en sentencia 357/2014, de 16 de Abril referido al supuesto de que la declaración de la menor hubiese sido grabada en forma adecuada, que “buena práctica esa forma de operar alentada tanto desde el ámbito jurídico, como desde el mundo de la psicología forense, hasta el punto de propugnarse que la declaración de la víctima menor en el plenario pueda ser sustituida por la reproducción de esa grabación; siempre, claro está, que la diligencia en la fase de instrucción haya sido dotada de las notas de contradicción, judicialidad y demás garantías, con todas las peculiaridades exigidas por la naturaleza de tal actuación”.

Si uno de los principales objetivos pretendidos por el Estatuto es minimizar la posible victimización secundaria del menor, los profesionales que intervienen en el proceso deberán contar con una especialización y capacitación adecuadas para garantizar a las víctimas un tratamiento digno, en especial durante el proceso de manera respetuosa y profesional, pero también son imprescindibles para obtener un relato con la calidad necesaria para considerarse prueba de cargo en un proceso penal. Por otro lado nos encontramos que no hay una normativa específica que desarrolle los requisitos que han de observarse en las entrevistas a menores de edad víctimas de delitos, especialmente cuando se trata de delitos sexuales, ni protocolos unificados, que garanticen que la práctica de pruebas periciales obedece a los criterios de tacto, respeto y rigor requeridos por los estándares internacionales.

Cuestión difícil teniendo en cuenta la escasez de medios con las que cuentan la mayoría de nuestros Tribunales.

Es de alabar la inclusión y reconocimiento en la LEVD de una serie de derechos extraprocesales, tanto en aquellos casos en los que la víctima sea parte en el proceso penal como en aquellos en los que no haya ejercido acción alguna para la persecución del delito, así como la posibilidad de que toda víctima, en aras a facilitar que se encuentre arropada desde el punto de vista personal, pueda hacerse acompañar por la persona que designe, sin perjuicio de la intervención de abogado cuando proceda, en sus diligencias y trato con las autoridades.

7. BIBLIOGRAFÍA

AYALA, I. *Abuso sexual infantil. Credibilidad o veracidad*. Enero, 2011. Recuperado de <http://psicologiajuridica.org/archives/892>

ÁLVAREZ GARCÍA, F. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia Tirant lo Blanch, 2010.

BACA BALDOMERO, E et al. *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, 2006.

DEL CAMPO SÁNCHEZ, A. *Abuso sexual a menores: Historia, Concepto y Tipos de Abusos*. Universidad de Salamanca. 2002.

ECHEBURÚA, E. y GUERRICA ECHEVARRÍA, C.. *Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Un enfoque clínico*. Barcelona: Ariel. 2000.

MANZANERO, A.L. "La exactitud de los testimonios infantiles", *Memoria de testigos: Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid, Pirámide. 2010

MANZANERO, A.L. y MUÑOZ, J.M. *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales*. Madrid, SEPIN. 2011.

TAPIA PARREÑO J. "Recientes reformas en materia de protección de menores víctimas en los procesos penales", *Diario La Ley*, nº 6655, de 20 de febrero de 2007.