



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La víctima menor de edad en el proceso penal

Autor:

Ignacio Irigoyen Cavero

Director:

Alberto José Lafuente Torralba

Facultad de Derecho

2018-2019

INDICE

1. INTRODUCCIÓN.	4
2. EL MENOR VÍCTIMA DEL DELITO EN EL PROCESO PENAL: MODALIDADES DE ACTUACIÓN.	5
2.1 El menor como parte.	5
2.2 El menor como testigo.	11
3. DECLARACIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO PENAL.	14
3.1 Declaración del menor. Prueba de cargo.	16
3.2 Prueba anticipada y prueba preconstituida.	20
4. MEDIDAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN PARA LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD.	25
4.1 Victimización secundaria y medidas de protección.	25
4.1 El empleo de la videoconferencia.	29
5. CONCLUSIONES.	32

LISTADO DE ABREVIATURAS

EVD., Estatuto de la Víctima del delito, Ley 4/2015, de 27 de abril.

ART., Artículo.

CDN., Convención Derechos del Niño, Declaración de Ginebra sobre derechos del niño 1924

LORPM., Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

CP., Código Penal, Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre.

LECR., Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1982.

SAP., Sentencia de la Audiencia Provincial.

MF., Ministerio Fiscal.

DF., Disposición Final.

TS., Tribunal Supremo.

TC., Tribunal Constitucional.

STS., Sentencia del Tribunal Supremo.

STC., Sentencia del Tribunal Constitucional.

CC., Código Civil, publicado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889.

LOPJ., Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.

LO., Ley Orgánica.

1. INTRODUCCIÓN.

El trabajo realizado trata sobre la persona menor de edad como víctima en el proceso penal.

La razón de mi elección sobre este tema ha sido indagar un poco más a fondo en el Derecho procesal penal, tratando de profundizar en un aspecto al que no se le da tanta importancia como a la víctima mayor a la hora de programar los temas tratados por la asignatura debido a que su explicación va ligada generalmente con la víctima mayor de edad. Siempre ha sido un tema que me ha llamado mucho la atención.

Además se trata de un tema de bastante actualidad por la gran cantidad de delitos, sobre todo abusos sexuales, que se producen respecto a estos sujetos.

El objetivo del trabajo es examinar las especialidades y la protección que se le da a la víctima menor en el procedimiento penal, desde el punto de vista del Derecho español.

Respecto al trabajo, lo he estructurado en tres apartados más las conclusiones, empezando por un primer epígrafe en el que introduzco al menor víctima como parte y como testigo en el proceso penal, explicando que se puede constituir como una u otra y la forma de hacerlo.

En el segundo apartado, trato la declaración del menor en el proceso con sus respectivas especialidades, el momento de declarar y las características que ha de tener esa declaración para que sea reconocida como prueba de cargo en un juicio. Y además, cuándo la prueba tiene el carácter de prueba anticipada o preconstituida para poder utilizarse como prueba de cargo.

En el último apartado, explico las medidas para evitar la confrontación visual entre acusado y víctima en el proceso como modo de disminuir la victimización secundaria que se produce en el menor. Y, a su vez, la importancia que ha tomado el uso de la videoconferencia como medida para evitar dicha confrontación.

2. EL MENOR VÍCTIMA COMO PARTE Y COMO TESTIGO EN EL PROCESO.

2.1 El menor como parte.

Comenzaremos introduciendo qué es ser parte, antes de abordar el tema. El concepto de parte en el proceso penal es, desde el punto de vista jurídico, quien actúa en el proceso pidiendo al órgano jurisdiccional una resolución jurisdiccional. Es decir, quien promueve la acción del órgano jurisdiccional aportando alegaciones, pruebas y el material para dicha resolución, así como el que participa de forma contradictoria.¹

En relación con esta definición podemos observar que hay dos partes, la acusadora y la acusada:

- La parte acusada (parte pasiva), frente a la que se reclamaría la actuación del Derecho por ser autor en la comisión de un hecho delictivo. Sería el investigado o acusado depende de la fase del procedimiento, hablaríamos de investigado en la fase de instrucción y de acusado en la fase de juicio oral.
- La parte acusadora (posición activa), sería el ofendido por el hecho delictivo, que reclamaría una resolución jurisdiccional. Aunque como veremos a continuación, puede ser que no esté el ofendido por el delito en el proceso, y la posición de parte la ocupe solo el Ministerio Fiscal o que sí esté y actúe junto al ofendido.

Dejando de lado la explicación de la parte acusada, ya que en el trabajo vamos a hacer referencia a la víctima como parte, es decir a la posición activa, analizaremos los distintos tipos de acusación respecto a la especialidad de los menores.

- a) Acusador popular: se permite ejercitar la acción penal a una persona aunque no sea la ofendida por el delito, es un derecho que tienen todos los ciudadanos españoles. Este derecho está reconocido en la CE, en su artículo 125: “*los ciudadanos podrán ejercer la acción popular...*”; en la LECr, art. 101, según el cual “*la acción penal es pública*”; o en el 270 de esta misma ley, a cuyo tenor “*todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la*

¹ ARMENTA DEU, T. “Las partes en el proceso penal (I): Ministerio Fiscal, partes acusadoras y víctima”, *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, 2017, p.97.

acción popular establecida en el artículo 101. Tanto en el artículo 101 como en el 270 se menciona a los “ciudadanos españoles”, por lo que sería una acción reservada a ellos.

- b) Acusador particular: en este caso el acusador sería el ofendido por el delito, y no cualquier ciudadano español como en la acción popular. El ofendido es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito. La base legal la encontraríamos en el art.101 LECr, citado en el anterior párrafo, ya que se deduce que si cualquier ciudadano español puede instar la acción penal, obviamente el ofendido también podría. Y en el art. 24 CE que establece el derecho a obtener una tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos.
- c) Acusador privado: solo interviene en los llamados delitos privados (calumnia e injuria contra particulares, recogidos en el art. 215 CP). La legitimación se atribuye únicamente a la parte ofendida, que deberá sostener la acción durante todo el proceso como única parte acusadora.²

Ahora hablaremos de las especialidades del menor víctima cuando es parte del proceso. En la legislación española, la LO 15/2003 de 25 de noviembre, de Reforma del Código Penal introduce a la víctima como parte, sin límite en edad. La Disposición Final segunda de la LO 15/2003 revisó el art. 25 LORPM que habla de la acusación particular: *“podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, a salvo de las acciones previstas por el artículo 61 de esta ley, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento”*.³

Se deduce en este artículo la legitimación del ofendido por el delito, si se encuentra en plenas facultades mentales o en caso de no tener la personalidad requerida, como sería el caso de los menores, poder hacerlo a través de sus padres o representantes. La representación de los padres es válida cuando ostentan la patria potestad (art. 154 del

² MONTERO AROCA, J., “Las partes acusadoras”, *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Tirant lo blanch, 25 edición, Valencia, 2017, p. 78.

³ ARMENTA DEU, T., “El menor víctima como parte en el proceso”, *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa/América*, Armenta Deu, T., Oromí Vall- Lloverá, S (coords)., Colex, Madrid, 2010. p. 61.

CC⁴) y en el caso de fallecimiento de la víctima del delito, se niega cuando no tienen la representación legal de la víctima. Por lo tanto los menores de edad necesitarían dicha representación en el proceso ya que no tienen el pleno ejercicio de sus derechos civiles necesarios para constituirse como parte sin representación.

Respecto a la acusación popular de la que hemos hablado antes, el art. 102 LECr excluye el uso de legitimación “*a quien no goce de la plenitud de los derechos civiles* “. Volveríamos a encuadrar en este supuesto a los menores, como en la acusación particular. Sin embargo, hay una diferencia porque en este caso el menor no pasaría a formar parte en el proceso con la representación legal, esto se justifica debido a que el representante legal, por sí mismo, puede ejercitar la acción popular por lo que no haría falta y sería inútil hacerlo mediante representación legal a un menor.

Por último, respecto a la acusación privada, relativa a los delitos del art.215 CP se realizará por la persona ofendida, como hemos visto antes, o su representante legal. Por lo tanto, el menor podría personarse en el procedimiento mediante la representación legal, al igual que hemos mencionado en la acusación particular.⁵

Antes de hablar de la especialidad del Ministerio Fiscal (parte acusadora a la que no habíamos hecho referencia todavía) en cuanto a los menores, me parece importante señalar la clasificación de los delitos a modo de nota explicativa en relación con la acusación, y para que se entienda adecuadamente la actuación del Ministerio Fiscal.

La clasificación es la siguiente:⁶

- Delitos públicos: se podría iniciar el procedimiento mediante acusación popular, particular o por actuación del MF, sobre este último establece el art. 105 LECr. “*1. Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes...*”. El MF siempre estará presente en este tipo de delitos.
- Delitos semipúblicos: son los relacionados con la acusación particular, el ofendido es el encargado de trasladar la “*notitia criminis*”, es decir la noticia sobre la comisión de un delito, mediante denuncia para que se inicie el

⁴ Art. 154 del CC: “*La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 2. ° Representarlos y administrar sus bienes.*”

⁵ LIBANO BERISTAIN, A., “La incoación del proceso penal por infracciones perseguibles a instancia de...”, p.108.

⁶ MONTERO AROCA, J., “Las partes acusadoras...”, p.84.

procedimiento. Una vez iniciado, el MF actuará siempre junto a la acusación particular en el caso de que se constituya como parte, ya que, el hecho de denunciar no le obliga posteriormente a continuar en el proceso como acusador particular.

- **Delitos privados:** Acusación privada únicamente, iniciando el ofendido mediante querrela. El Ministerio fiscal, a diferencia de los restantes delitos, no intervendría en la acusación. Lo señala el artículo 105.1 LECr, que habla sobre la obligación de ejercitar acciones penales “...*menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada*”.

La especialidad de los menores en este apartado, sería respecto a los delitos semipúblicos y la acusación privada, pues el MF puede iniciar el procedimiento si la víctima es menor de edad como explica el artículo 105.2 LECr “*En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquella fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida*”. Por lo tanto, se excluye la obligatoriedad de iniciar el proceso por la persona ofendida (el representante legal en caso de los menores).

Sin embargo la posibilidad de incoar el proceso por el Ministerio Fiscal plantea diversas controversias:⁷

- **¿Quedan convertidas estas infracciones penales en públicas?**

Se considera que no deben tratarse como públicos estos delitos, porque no se produce su transformación en infracciones que deban perseguirse de oficio siempre.

- **¿La intervención del Ministerio Fiscal resulta obligatoria o potestativa?**

No se puede considerar la denuncia como una actuación preceptiva por parte de la Fiscalía, porque en este caso siempre que la persona “agraviada” fuera menor daría lugar al inicio del procedimiento (no sería igual si la víctima fuera mayor de edad). Por eso, la denuncia debe ser considerada como una actuación discrecional que conllevará una previa ponderación para determinar si es conveniente o no el comienzo del procedimiento.

⁷LIBANO BERISTAIN, A., “La incoación del proceso penal por infracciones perseguibles a instancia de...”, cit., p.104.

- **¿Se trata de una actuación principal o subordinada?**

La intervención del Ministerio Fiscal no se encuentra subordinada a la facultad de representación legal en los casos de víctimas menores de edad ni debe ser una actuación subsidiaria.

La denuncia por parte del Ministerio Fiscal se presentará cuando haya indicios racionales de que el menor ha sido víctima de un delito, aunque la víctima carezca de representante o cuando existiendo no ha denunciado.

Respecto a los delitos privados, en los que no interviene el MF, no señala en la ley ninguna especialidad con respecto a los menores, como sí lo hace y hemos mencionado en los delitos semipúblicos. Sobre esta cuestión encontramos cuestiones diversas en la doctrina, entre las que podemos destacar las siguientes:

- ❖ Viada López-Puigcerver entiende que el Ministerio Fiscal puede actuar en los procesos por delito privado exclusivamente *“para suplir la incapacidad de la víctima”*.⁸
- ❖ Del Moral García considera que en los procesos por delito privado en que existe una falta de representante legal o se produce una contradicción de intereses con el representante legal quedará facultado para actuar en representación de la víctima hasta tanto recaiga el nombramiento del defensor judicial”.⁹
- ❖ Por otra parte Martínez-Perera Rodríguez, en contra de las opiniones de admitir la actuación del Fiscal para suplir la incapacidad de la víctima, opina que *“tienen que reconocer (...) lo excepcional del supuesto, su limitado alcance y que su intervención no es como postura de acusador en los delitos públicos, sino como representante de un particular y en una situación provisional que solo puede justificarse por el breve plazo de prescripción de los delitos contra el honor. En este caso, se exigirá al Ministerio Fiscal, como tal representante,*

⁸ VIADA LOPEZ- PUIGCERVER, C., “La legitimación activa en los procesos semipúblicos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1962, p.618.

⁹ MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, JM., *El proceso penal por delito privado*, Bosch, Barcelona, 1976, p.42.

*querella iniciante (...) y una constante actividad para no hacer presumible el abandono de la acción”.*¹⁰

El derecho de la participación de la víctima en el proceso se recoge en el art. 11.a) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, según el cual *“Toda víctima tiene derecho: a) A ejercer la acción penal y la acción civil conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de las excepciones que puedan existir”*.

En esta ley, se establecen en el Título I los “derechos básicos” de la víctima. Destacamos respecto al menor en el Art 4.a) el derecho a entender y ser entendida, que se hará mediante representante *“si la víctima fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, las comunicaciones se harán a su representante o a la persona que le asista. Otra especialidad sería la recogida en el artículo 10 sobre el derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo: “los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley”*.

En el plano internacional también podemos observar en el ordenamiento (Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño 1924, la Convención sobre los derechos del Niño, Carta Europea sobre los derechos del Niño) que para determinados grupos se necesitan medidas protectoras especiales que garanticen un trato diferente debido a su situación. En estos grupos situamos a las víctimas del delito menores de edad, ya que debido a su mayor vulnerabilidad se adoptan medidas de tutela reforzadas, cuyo fundamento radica en el derecho a la igualdad y en el deber de los poderes públicos de tener en cuenta las distintas situaciones por razón de la edad.

El artículo 12 CDN establece que *“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

¹⁰ DEL MORAL GARCIA, A, *Delitos de injuria y calumnias: Régimen Procesal*, Colex, Madrid, 1990, p.130.

3. *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*” Esta norma que se completa con el art. 26 de la Carta de los Derechos de los ciudadanos “*el menor de edad tiene derecho a que su comparecencia ante los órganos judiciales tenga lugar de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo*”. Comprende el derecho a ser parte, pero también a comparecer como testigo.

2.2 El menor como testigo.

Ya hemos visto la posibilidad del menor en constituirse como parte del proceso. No obstante, también puede actuar solamente como testigo si decide no personarse.

Testigo es la persona física que, aunque no goce de capacidad de obrar, declara sobre hechos que ha percibido siempre y cuando tenga la suficiente capacidad para dar razón de ello. Por lo tanto, un menor podría ser testigo, cuestión que explicaremos posteriormente de forma amplia. El testigo ha de tener noticia de esos hechos o a través de percepciones propias, por lo que su declaración es personalísima. Se establece la obligación de testificar en el art 410 LECr, en virtud del cual “*tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado*”.

El menor tendrá la condición de testigo siempre que goce de la capacidad natural necesaria para percibir los hechos aunque no se persone como parte. Esta declaración tendrá la característica de personalísima. La declaración testifical es una manifestación del deber de prestar auxilio a la Administración de justicia y además, como ya hemos dicho, existe la obligación de comparecer y declarar (art. 410 LECr).

Es necesario, para adquirir esta condición de testigo, tener capacidad natural. ¿Cuándo consideraríamos que un menor tiene capacidad natural?¹¹

Según la LEC, en el proceso civil el límite se establece en 14 años, pero si el tribunal considera que tienen el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente,

¹¹ARROM LOSCOS, R. “La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” *Revista de estudios de Derecho procesal y Arbitraje*, nº 3, 2015, p. 16.

podrían hacerlo también los menores de 14. Así lo establece el art 361.2 LEC: *“los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente”*.

Por otro lado en el proceso penal no existe este límite en cuanto a la edad, ya que, en la LECr no hace mención a ninguna causa de inidoneidad con respecto a la edad para declarar, a lo único que hace referencia el art. 417.3 es que *“no podrían ser obligados a declarar los que tengan algún impedimento físico o moral”*.

Los testigos al igual que los investigados en un proceso penal, ostentan una serie de derechos, que les otorgan una especial protección. Digamos que tiene que producirse un equilibrio entre los derechos de unos y de otros, este equilibrio ha sido mencionado en varias ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así el artículo 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que *“todo acusado tiene como mínimo derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él”*.

Las medidas de protección y asistencia a los testigos están encaminadas a obtener una mayor calidad en el testimonio del testigo, proteger la seguridad física de las personas y lograr un enjuiciamiento eficiente evitando la victimización secundaria durante el juicio. Sobre todo tienen especial importancia cuando los testigos son niños, adolescentes, sufren trastornos intelectuales, discapacidad física o problemas que puedan afectar a la declaración prestada.

Como norma general, los programas de protección de testigos están relacionados con la importancia del caso, debido a que el testigo pueda sufrir una amenaza por el hecho de testificar. La gravedad se mide en cuanto al riesgo que existe y no en cuanto al tipo de delito, por lo que según la Ley 19/94 de protección a testigos y peritos en causas criminales, no se exige para la adopción de estas medidas que los delitos enjuiciados sean graves, sino que exista este riesgo independientemente del delito. La autoridad judicial será la encargada de apreciar la existencia de este peligro, según lo dispuesto en el art. 1. 2 LO 19/1994 de protección a testigos y peritos en causas criminales.¹²

En este segundo apartado del art.1 hay una serie de personas relacionadas con el testigo a los que, dependiendo del riesgo o peligro, se les aplicarían también las medidas de

¹² VALCARCE LOPEZ, M. “La protección del testigo. Especial referencia a la jurisdicción de menores”, *centro de estudios jurídico*, p.10 y 14 (https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Valcarce%20L%C3%B3pez,%20Marta.pdf?idFile=1842f482-35fc-4061-9264-5d113de2e848 , ultima conexión 18/6/2019)

protección. Estas personas son un *numerus clausus* en el que se incluyen sujetos tales como “su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.” La autoridad judicial competente para adoptar estas medidas es el Juez de Instrucción, aunque se podrán adoptar en otra fase del proceso (fase intermedia o celebración del juicio) si fuera preciso.

Se permite al Juez Instructor decretar todas las medidas que crea necesarias para la protección del testigo. La aplicación de estas medidas se debe solicitar por el Fiscal o la acusación y se pueden agrupar en tres grupos dependiendo de su objetivo:

1. Medidas para reducir el miedo evitando la confrontación cara a cara con el acusado. Es decir, la llamada confrontación visual (que analizaremos posteriormente).

2. Medidas para dificultar que el denunciado pueda averiguar la identidad del testigo. Estas medidas son:

- Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave. La divulgación de estos datos de identidad supondría un delito de violación de secretos (art 417 CP).
- Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.
- Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

3. Medidas para limitar la exposición del testigo al público.

3. LA DECLARACION DEL MENOR EN EL PROCESO PENAL.¹³

Una vez analizado el primer apartado del trabajo, e introducido al menor como parte en el proceso y como testigo, vamos a hablar de la declaración del menor (como parte y como testigo): el momento de declarar, la declaración como prueba de cargo, la prueba anticipada y la prueba preconstituida.

La declaración es un acto de investigación o de prueba, depende de la fase del proceso en la que nos encontremos. Los actos de investigación se realizan en la fase instructora del procedimiento, tienen el objetivo de averiguar el hecho punible y la persona del delincuente. Se investigan las circunstancias del delito y se prepara el juicio oral. Debemos tener en cuenta que no es lo mismo los actos de investigación que los medios de prueba (los que se practican en la fase del juicio oral con plena contradicción entre las partes). Los actos de investigación no tienen el carácter de verdaderas pruebas, sólo van orientados a preparar el juicio oral.¹⁴

El art 433 LECr, objeto de modificación reciente por la DF1º.11 del EVD establece disposiciones sobre el interrogatorio del menor en sede de instrucción. El apartado 3 recoge lo siguiente: *“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”*.

Como cualquier testigo, el menor mayor de 14 años debe prometer decir la verdad y puede ser objeto de responsabilidad. En el caso de que no lo haga, esta conducta lleva aparejadas consecuencias penales: multa por no concurrir al llamamiento judicial o por

¹³ En este apartado del trabajo me remito sustancialmente a, ARROM LOSCOS, R., “La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” *Revista de estudios de Derecho procesal y Arbitraje*, n 3, 2015, p. 17, 18, 25, 26, 27,28, 36, 37.

¹⁴ “Los actos de comprobación y averiguación judicial” *Derecho procesal penal*, Rifá Soler, J.M., Richard González, M., y Riaño Brun, I., (coord.), Gobierno de Navarra, 2006, p. 261.

la negativa a declarar, y por otra parte, la incriminación por delitos de obstrucción a la justicia o desobediencia grave a la autoridad (art. 420 LECr)¹⁵ y falso testimonio en el caso de que se incumpliera el deber de decir la verdad como recoge el artículo 458 del CP. Quedarían afectos a la LO 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor. Hay que señalar que a los menores de 14 no se les podrá exigir ninguna responsabilidad penal por el hecho de transgredir esta promesa. Es decir, hay una clara diferencia entre el menor mayor de 14 años y el menor de 14, este límite de edad determina la inimputabilidad de los sujetos por debajo de dicho margen, ya que según el art. 1.1 LORPM “*Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delito*”).

En la declaración del menor, la regla general del art. 433.3 LECr señalado anteriormente es que el Ministerio Fiscal y quienes ejercen la patria potestad guarda o tutela estén presentes en el interrogatorio. Excepcionalmente se puede acordar por resolución judicial que ello no sea así, si por ejemplo el juez aprecia que hay presiones de los padres para influir en la declaración de los hijos.

Respecto a las exenciones y dispensas que establecen los art. 416, 417 y 418¹⁶ de la LECr para los adultos, también serían aplicables a los menores. Sin embargo, nos podemos plantear la siguiente pregunta, ¿Qué pasaría si no se informa de dichas exenciones y dispensas a la víctima y declara? La STS 367/2017 de 19 de mayo 2017, señala que: “...*la menor fue oída sobre los hechos denunciados por la Fiscal, por el Juez de Instrucción, y por las psicólogas que la entrevistaron, y resulta que en ninguno de los casos se le advirtió de que le asistía el derecho de acogerse a la dispensa de*

¹⁵420.1 LECr “*El que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el artículo 412, o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad*”.

¹⁶ 416 LECr “*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*”.

417” *No podrán ser obligados a declarar: 3.º Los incapacitados física o moralmente*”.

418” *Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416*”.

declarar, del art. 416,1 LECRIM..., las manifestaciones de carácter inculpatario vertidas de ese modo están afectadas de nulidad y no debieron ser utilizadas con fines de prueba". Por lo tanto, si no se informa de dicha dispensa, la declaración realizada por la víctima es nula y no puede servir como prueba de cargo.

La declaración del menor es básica y fundamental en el sistema probatorio independientemente de cómo actúe (parte o testigo). No obstante, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿en qué momento o en qué fase del proceso debe declarar para que sirva como prueba vinculante a los órganos jurisdiccionales?

Pues bien, la prueba es aquella actividad que tiene el objetivo de convencer al Juez sobre los hechos afirmados por las partes. Debido a que solo pueden consolidarse como prueba que vincule a los órganos jurisdiccionales las practicadas en juicio oral, deberán realizarse en esta fase del juicio para destruir el principio de presunción de inocencia.¹⁷

Así se deduce del art. 741 LECr: *"el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley"*.¹⁸

3.1 la declaración del menor como prueba de cargo.

La prueba de cargo es la prueba realizada, en principio, en el juicio oral por la parte acusadora que sirve para desvirtuar la presunción de inocencia que tiene el acusado en el proceso penal, hasta que no se demuestra lo contrario. Así pues, se necesita una mínima actividad probatoria de cargo incompatible con la presunción de inocencia para condenar al acusado. Se debe realizar respetando los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción.¹⁹

Según el TS, la declaración del menor es válida si éste tiene la suficiente capacidad para percibir lo que ha pasado y dar cuenta de ello, en cuyo caso podría desvirtuar la presunción de inocencia. En este sentido la STS 1621/2016, de 20 de octubre de 2016 entiende que *"la declaración inculpativa ofrecida por los dos menores reúne y*

¹⁷ La presunción de inocencia es un principio que exige una mínima actividad probatoria de cargo para condenar al acusado. Este derecho se consagra en el art 24.2 CE.

¹⁸ ARMENTA DEU, T. "El juicio oral...", cit., p.283.

¹⁹ ARMENTA DEU, T. "El juicio oral...", cit., p.292.

supera todos los parámetros señalados por esta Sala para dotar de carácter incriminatorio el testimonio, gozando de plena credibilidad y de abundante corroboración periférica. A tal efecto, destaca que ambos menores, pese a su corta edad, han mantenido un relato persistente, coherente y creíble, relato que por lo demás goza de suficiente corroboración periférica “. Por lo tanto, cuando la declaración del menor se realiza en el acto del juicio cumpliendo los requisitos de contradicción, oralidad, publicidad e inmediación puede adquirir carácter de prueba.

Dicha declaración obtiene más importancia cuando nos encontramos ante delitos “clandestinos” como los delitos de abusos y agresiones sexuales. Su importancia se debe a que son delitos que se cometen normalmente sin presencia de ningún testigo, sin nadie que pueda romper la presunción de inocencia, por lo que la única prueba de cargo que tenemos para destruirla es la declaración de la víctima.

La dificultad es mayor cuando la víctima es un menor de corta edad, dadas las peculiares características de estos sujetos, pues se considera que la averiguación de la verdad se dificulta.

Históricamente siempre se ha cuestionado la credibilidad de los menores por diferentes motivos, como por ejemplo ser demasiado influenciables por los adultos o la tendencia a la fabulación y la fantasía. Esta situación ha sido calificada por los expertos como “prejuicio carente de fundamento empírico”.²⁰ En cambio, en la actualidad la jurisprudencia tiende a atribuir credibilidad al testimonio de los menores, teniendo en cuenta aspectos como la edad, las contradicciones que puedan surgir o los informes periciales. A este respecto, la STS 284/2018, de 13 de junio de 2018, dice que *“sobre la credibilidad y verosimilitud de la declaración de las menores, no se aprecian motivos que hagan pensar que las declaraciones de las menores vengan motivadas por finalidades espurias, como la de causar un perjuicio a su padre por sus malas relaciones con él, o por fabulaciones de aquellas... Así pues, desde el punto de vista de su credibilidad subjetiva no se plantean dudas sobre la verosimilitud del testimonio de las niñas...”*.

²⁰ FABREGA RUIZ, C.F., “Problemática de la declaración testifical en los menores en los procesos penales”, *La ley*, año XXVI. Número 6289, 6 julio de 2005, nota 3.

El procedimiento para valorar la credibilidad del testimonio se basa en dos tipos de datos igualmente importantes;

- Los primeros se obtienen de la declaración del niño realizada por el encargado de evaluar la credibilidad de su testimonio. Esta declaración debe ser lo suficientemente extensa como para permitir el análisis y debe realizarse de forma narrativa libre, sin preguntas ni interrupciones.
- El segundo bloque de datos se obtiene de las declaraciones previas realizadas por el menor ante las distintas instancias legales. Las declaraciones del menor son analizadas mediante sistemas de análisis de la credibilidad del testimonio basados en parámetros de realidad y aplicados por los profesionales de la Psicología del Testimonio.²¹

A lo anteriormente señalado, hay que añadir algo muy importante: los niños no pueden fabular sobre hechos que no se encuentran en su campo vital como son las relaciones sexuales, por lo que si un niño de 5 años describe con detalle lo que acontece en una felación, difícilmente cabe entender que pueda haber inventado ese lamentable episodio. Sí es cierto que tienen una menor memoria y que sus descripciones serán más concisas y breves, pero sin duda cabe afirmar que son "cognitivamente competentes" para dar cuenta de lo vivido y distinguir entre realidad y fantasía. Los menores, respecto a lo que han vivido, demuestran una gran capacidad para mantener su versión de los hechos frente a versiones alternativas.

Por otra parte, como hemos mencionado al principio del apartado, la declaración de la víctima puede ser válida o eficaz para desvirtuar la presunción de inocencia. En este caso el Tribunal debe comprobar dicha declaración en torno a un umbral mínimo de credibilidad. Si no se supera este umbral la declaración debe ser desestimada; por el contrario, de superarse se pasaría a un segundo momento de valoración de la declaración.²²

Este umbral está formado por tres requisitos:

²¹ MANZANERO, A.L. y MUÑOZ, J.M., La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales., Sepin, Madrid (2011) p.5-6.

²² ARROM LOSCOS, R. "La declaración del menor víctima...", cit., p.25.

1. Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador-acusado en las que pueda haber ánimo de resentimiento (cuando su origen no tenga lugar en la misma agresión), enemistad, venganza, interés...

En este caso habría que hacer un análisis de las relaciones anteriores entre acusado y víctima para comprobar si la víctima hubiese podido declarar en influencia de tales motivos, pues de existir estos motivos se condicionaría la credibilidad del testimonio. En definitiva, se comprobaría si la víctima podría haber denunciado en falso por algún motivo antecedente a la denuncia.

2. Verosimilitud, es decir, constatar la existencia del hecho. En este sentido, las SSTS 1102/2009, de 5 de noviembre y 1033/2009, de 20 de octubre indican la referencia a la necesidad de algún dato: *"...ajeno y externo a la persona del declarante y a sus manifestaciones que, sin necesidad de constituir por sí mismo prueba bastante para la condena, sirva al menos de ratificación objetiva a la versión de quien se presenta como víctima de un delito"*

En la sentencia del TS 140/2004, de 9 de febrero, se señala que *"...la declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima."*

3. Persistencia en la incriminación: debe ser prolongada en el tiempo, plural sin contradicciones.

Por lo tanto, será el juez competente el que valore la declaración del menor en base a estos 3 requisitos señalados que conforman el umbral mínimo. Otro de los medios de prueba que tiene el Juez para valorar si los hechos son ciertos o no es el dictamen pericial sobre la credibilidad del testimonio, que será realizado por un psicólogo forense experimentado. Este psicólogo no debe ser o haber sido terapeuta del menor porque podría influenciar en la relación perito-víctima. La pericial psicológica es una gran ayuda para el Juez, pero nunca debe basarse solamente en la valoración pericial, ya que la responsabilidad de la credibilidad de la declaración es del Juez, no del perito. Hacen

mención de esta afirmación sentencias como las SSTS 1102/2009, de 5 de noviembre y 42/2010 de 27 de enero:

"La credibilidad del testimonio de la víctima nunca puede dejarse única y exclusivamente a la valoración del perito.... el fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos (art. 456 LECrim).

El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional, pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria (...). Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de pseudoponente con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial".

3.2 Prueba anticipada y prueba preconstituida.

Una vez analizada la prueba de cargo en relación con el menor, vamos a afrontar otro aspecto que también tiene sus propias connotaciones cuando se plantea en el ámbito del menor de edad. Aunque, como es sabido, la única prueba que tendrá en cuenta el juez para dictar su sentencia dentro del proceso penal es, con carácter general, la que se realiza en el juicio oral, existen determinadas excepciones que deben ser estudiadas. Dichas excepciones tienen lugar en los casos en los que es imposible temporal o definitivamente que la prueba se realice en el juicio oral: es decir, la prueba anticipada y la preconstituida.

- Prueba anticipada: es aquella realizada en fase de instrucción ante el Juez Instructor con la participación del acusado, cuando se prevea razonadamente que no se podrá practicar en el juicio oral. El art. 657 LECr dispone que las partes podrán solicitar, en el escrito de calificación, que se practiquen aquellas diligencias de prueba que no se podrían realizar en el juicio.
- Prueba preconstituida: comprende tanto aquellos supuestos que tienen en común la imposibilidad o la dificultad de reproducir en el juicio oral cierta clase de diligencias, como aquellas diligencias que aun siendo reproducibles no lo serían

en idénticas circunstancias. Estas diligencias se reproducirán en el juicio oral mediante su lectura (art.730 LECr).

Por lo tanto, con carácter excepcional, el tribunal podrá también valorar como prueba los actos sumariales que constituyen prueba anticipada o preconstituida, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

- 1) Material: que se trate de pruebas de imposible reproducción en el juicio oral.
- 2) Objetivo: con cumplimiento de todas las garantías legales.
- 3) Formal: que se incorporen al juicio oral mediante su lectura, con el objetivo de permitir su contradicción.
- 4) Subjetivo: con intervención del Juez de instrucción y de las partes. (art. 333.1, 449, 476 LECr).²³

Vamos a ver la prueba anticipada, como especialidad en la declaración del menor. Una de las situaciones en que con mayor incidencia podemos observar esta especialidad es en los delitos de naturaleza sexual, siendo la víctima un menor de edad.²⁴

La declaración de testigo como prueba anticipada se regula en el artículo 448 LECr, donde se establece: *“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”*.

²³RIFA SOLER, JM., “La prueba”, *Derecho procesal penal*, Pro Libertate, Gobierno Navarra, 2006, p. 339.

²⁴ ARROM LOSCOS, R. “La declaración del menor víctima...”, cit., p. 36.

En concordancia con este artículo y con los requisitos vistos antes para la prueba anticipada y constituida, solo se podría admitir la prueba anticipada en fase de instrucción en los siguientes casos:

- A. Imposibilidad de declaración del testigo en el acto del juicio por hallarse ausente del territorio nacional.
- B. Motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física.

Por lo tanto, el menor víctima de abuso o agresión que no se encontrase en alguno de estos dos casos no podría, en principio, declarar de forma anticipada. Pero este artículo ha sido objeto de muchas interpretaciones. Así, hay que comenzar señalando el llamado “Caso Pupino”²⁵ que se encuentra en la sentencia del TJUE, Gran Sala, de 16 de junio de 2005, proa.C-105/2003. Tras esta resolución se produce un cambio en la jurisprudencia, pues pese a que no remita nada el art 448 LECr se entiende que podría tener lugar en las declaraciones de niños de corta edad y especialmente traumatizados. Estas declaraciones de menores se realizarían como dice el art 448.3, “*evitando la confrontación visual con el inculpado utilizando cualquier medio técnico*”.

A este respecto, advierte la STS 178/2018, del 12 de abril de 2018 que “*Se justifica la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción en los supuestos de menores víctimas de determinados delitos, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, pero ello debe entenderse cuando sea previsible en cada caso que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños psicológicos*”.

Este cambio en nuestra jurisprudencia se produce por las declaraciones que el TJCE realiza en la señalada sentencia, pues en la misma se declara que los arts. 2,3 y 8 apartado 4 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, debieran interpretarse en el sentido de que: “*el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta*

²⁵ De la resolución de remisión se desprende que, en el proceso penal seguido contra la Sra. Pupino se le imputa, por un lado, haber cometido, durante los meses de enero y febrero de 2001, múltiples delitos de «abuso de medidas disciplinarias» tipificados en el artículo 571 del Código Penal italiano (en lo sucesivo, «CP») respecto de algunos de sus alumnos menores de cinco años en el momento en que ocurrieron los hechos, en particular, por haberles pegado a menudo, haberles amenazado con administrarles tranquilizantes y con tapparles la boca con esparadrapo y haberles impedido ir a los aseos. Por otro lado, se le imputa haber cometido, en febrero de 2001, el delito de «lesiones agravadas», tipificado en los artículos 582, 585 y 576 del CP, en relación con el artículo 61 puntos 2 y 11, del mismo Código, por haber asestado a una de sus alumnas un golpe que le causó una leve tumefacción en la región frontal.

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".²⁶

La consecuencia fue que en el actual art 448 se optó por una interpretación amplia del artículo, ya que se permitió que los menores declarasen anticipadamente en fase de instrucción, evitando la confrontación visual, que analizaremos en el siguiente apartado.

Otro supuesto de prueba anticipada en relación con los menores tiene lugar en el artículo 433.4 LECr reformado mediante la DF.1º.11 del EVD, que dice lo siguiente:

“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.”

Por tanto, con carácter general, nuestro ordenamiento jurídico, a la vista del art. 433 de la LECr, prevé para la diligencia de declaración de testigo en la fase de instrucción que adopte la modalidad de diligencia de investigación, es decir, sin contradicción. Pero, para el caso de los testigos menores de edad o personas con capacidad judicialmente modificada, se haría bajo forma contradictoria.

Por último, me parece importante resaltar una situación excepcional respecto a la declaración de los menores: en supuestos en los que la víctima del delito es un menor de muy corta edad o es imposible la producción del testimonio de aquel y cuando no proceda la anticipación de la prueba, se podrá considerar como prueba de cargo, el testimonio de referencia de los padres o terceras personas que tengan una relación estrecha con el menor y a los que les haya podido revelar datos relativos al delito.

²⁶ARROM LOSCOS, R. “La declaración del menor víctima...”, cit., p. 37.

Sin embargo, es un medio que suscita importantes dudas a la hora de considerarlo apto para desvirtuarla presunción de inocencia²⁷. A este respecto, la STC de 161/2016, de 3 de octubre “...ha reiterado, en cuanto a la aptitud constitucional de los testigos de referencia como prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia, que es una prueba poco recomendable y debe asumirse con recelo. Puede ser uno de los elementos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria, aunque condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibile, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos”.

²⁷ CUBILLO LOPEZ, I.J., *La protección a testigos en el proceso penal*, Thomson Reuters, Navarra, 2009, p.213.

4. MEDIDAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN PARA LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD.

4.1 Victimización secundaria y medidas de protección.

La confrontación visual, como su propio nombre indica, significa estar cara a cara con el acusado durante el procedimiento. Estas medidas para evitar dicha confrontación se utilizan con el objetivo de neutralizar la llamada “victimización secundaria” que se produce en un menor cuando es objeto de un proceso penal.

La victimización secundaria es el impacto de carácter psicológico que sufre la víctima al entrar en contacto con las instancias policiales y judiciales debido a que se reviven los hechos delictivos sufridos, que pueden dar lugar a estados de impotencia, ansiedad, temor o desórdenes psicológicos²⁸.

Los efectos negativos del contacto de la víctima con las instancias judiciales pueden alcanzar su punto álgido cuando el menor es llamado a declarar, dado que se puede sentir todavía más intimidado por el hecho de encontrarse ante el juez o tribunal, frente a la parte acusada y su defensa, que puede intentar mediante preguntas desestabilizar a la víctima o hacer dudar al juez sobre la veracidad del testimonio.²⁹

Por lo tanto, podemos decir que en la búsqueda de la igualdad de derechos en un proceso para víctima y acusado, se debe proteger la integridad moral de los menores de edad buscando minimizar el impacto que para ellos supone el proceso.

Las medidas de confrontación se deben utilizar solamente cuando sea necesario, así lo establece el Consejo Fiscal en el informe al Anteproyecto de la ley de Protección de la infancia *“La reforma proyectada pretende en definitiva, que las medidas para evitar la confrontación visual no sean imperativas sino que se adopten sólo cuando sean necesarias, lo cual es absolutamente correcto”*.

²⁸ GARCIA -PABLOS DE MOLINA, A. El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada “victimización terciaria”, *La victimología*, Tirant lo Blanch, 1990, p. 292.

²⁹ VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores- víctimas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº16, 2005, p.277-278.

Hay que destacar las modificaciones que se introducen con las DF del EDV en los artículos 448.3 y 707 LECrim:³⁰

Art. 448.3: *“la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.”* En la antigua redacción se obligaba a que cuando declarase un menor se evitara la confrontación visual con el agresor. Sin embargo, en esta nueva redacción se utiliza el término “podrá”.

Art. 707.2: *“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.*

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”.

Por lo tanto, cuando la adopción de las medidas sea necesaria para impedir o reducir los perjuicios que supondría para la víctima menor en el desarrollo del proceso, serán obligatorias. En estos casos el órgano jurisdiccional deberá acordar dichas medidas.³¹

³⁰ ARROM LOSCOS, R. “La declaración del menor víctima en el proceso penal...”, cit., p. 61.

³¹ Encontramos la justificación en el art. 325 LECr: *“el juez, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como investigado o encausado, testigo, perito, o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”*

Y en el art. 229.3 LOPJ se establece que *“estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.”*

Estas medidas de protección comprenden el uso de videoconferencia (lo analizaremos posteriormente) u otros sistemas que permitan la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido entre las personas asegurando la posibilidad de contradicción entre ambas. El artículo 19.2 del EVD establece que se adoptarán las medidas necesarias para la protección de la víctima menor; *“en el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso”*.

De forma específica, se prevé el uso de la videoconferencia en el artículo 25.2 EVD para la fase de instrucción:

“2. Durante la fase de enjuiciamiento podrán ser adoptadas, las siguientes medidas para la protección de las víctimas: a) Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba, para lo cual podrá hacerse uso de tecnologías de la comunicación. b) Medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas”.

El objetivo de estas medidas es evitar que la víctima tenga que ver o enfrentarse directamente con el agresor, para así disminuir el impacto que el proceso supone a la víctima, la mencionada “victimización secundaria “y en función de las necesidades del caso adoptar una medida u otra:

- La creación de espacios reservados a las víctimas en edificios judiciales o dependencias policiales.
- La posible declaración a través de medios o técnicas³² de reproducción especiales, aunque la incorporación de estos medios al principio suscitó varios problemas porque se podía vulnerar los principios de oralidad, publicidad e inmediación³³. En concreto respecto a la videoconferencia, la jurisprudencia ha

³² La utilización de estos mecanismos ya había venido siendo avalada por la jurisprudencia del TS siempre que se respetaran los principios de oralidad, publicidad y contradicción procesal. Así, en STS de 8 de julio de 1994 se pronunció sobre la validez de un testimonio prestado en el juicio desde el umbral de la puerta de acceso a los estrados de la Sala de vistas, lugar desde donde podía ser visto por el Tribunal, el Fiscal y Los letrados de los acusados, así como ser oído por todos los presentes de la Sala.

señalado que no debilita la contradicción ya que con esta medida se garantiza la separación física de la víctima/ testigo con el agresor, pero no la posibilidad de interrogarle respetándose así la distinción entre contradicción con confrontación. Así establece la STS 291/2018 de 18 de junio de 2018 que “... es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio; y como potencial sustitutivo de la deposición de los menores en el acto del juicio oral si resultare justificado, por cuanto ese tipo de reconstitución facilita el enjuiciamiento pues impide la contaminación del material probatorio e introduce desde el primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción (vd. STS 925/2012, de 8 de noviembre)”.

- La prohibición general de practicar careos con menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para la el interés del menor (art 455.2 LECr).³⁴
- En algunos supuestos mediante un panel, biombo, mampara u otro utensilio que impida el contacto visual. Sin embargo, este recurso es un sistema que reduce muy poco la intimidación que el testigo pueda tener cuando sabe que detrás está la persona que atentó contra él. Sería más útil el interrogatorio del testigo en una sala diferente a la del acusado, con la utilización de circuitos cerrados de televisión que permitan la presencia virtual del testigo en la Sala.³⁵
- La práctica del interrogatorio con el menor cuando se evite la confrontación visual, en el caso de que declaren menores. Aunque se utilicen en la declaración medios audiovisuales, el juez en el interrogatorio debe evitar preguntas que haría a una persona mayor de edad debido al diverso grado de madurez de una y otra. La fundamentación se encuentra en no hacer revivir de nuevo acontecimientos que impacten sobre su equilibrio psicológico y emocional, por lo que las preguntas deben ser planteadas con delicadeza.³⁶

³⁴ARMENTA DEU, T., OROMI VALLS-LLOVERA, S., *La víctima menor en el proceso penal: Un estudio comparado Europa-América*, cit; p.123.

³⁵ MAGRO SERVET, V., “La victimización secundaria de los menores en el proceso penal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº3, 2005, p. 1948.

³⁶ MAGRO SERVET, V., “La victimización secundaria...”, cit; p.1952.

4.1. El empleo de la videoconferencia.³⁷

Como hemos dicho antes, la videoconferencia es un sistema bastante útil para evitar la confrontación visual y ha pasado a obtener una gran importancia en el proceso penal.

Su incorporación depende en gran medida del desarrollo de las nuevas tecnologías de telecomunicación en las relaciones humanas: familiares, de amistad, de trabajo, de negocios, de formación. La video-reunión o videoconferencia, es un sistema comunicativo “cara a cara” que permite en tiempo real transmitir y recibir imágenes y sonido entre dos lugares diferentes, evitando así el problema que puede suponer el coste o la dificultad del traslado físico de las personas, todo ello con una nitidez visual y una limpieza sonora cada vez de mayor calidad. Este avance de las comunicaciones ofrece un abanico de nuevas posibilidades a la Administración de justicia de cara a la práctica de actuaciones procesales que de otra forma no serían posibles. La finalidad del sistema es preservar la intimidad en la declaración de la víctima para evitar la victimización secundaria.

Podemos decir que la videoconferencia judicial *“es aquel medio de comunicación bidireccional, simultáneo y a distancia, de imágenes, y sonidos que permite intervenir en el proceso simultáneo a quien no se encuentra físicamente en el lugar en que una actuación procesal se celebra, pero bajo sometimiento a los mismos principios constitucionales y procesales que se han de aplicar a las declaraciones vertidas en la sede del Juzgado o Tribunal, en función de la fase del procedimiento en que nos hallemos y particularmente al principio de inmediación y contradicción si se trata de practicar pruebas”*³⁸

El uso de la videoconferencia permite una serie de ventajas en el proceso penal, sobre todo en la declaración de testigos menores de edad, de testigos protegidos, de agentes encubiertos o de víctimas de delitos de agresión sexual en los que la víctima testigo se muestra indispueta a testificar delante del acusado.

En todos estos supuestos, sobre todo si la víctima es menor de edad, existe una plena cobertura legal y jurisdiccional para su utilización y puede ser muy útil para la aplicación del “ius puniendi” del Estado. Se asienta sobre los preceptos legales del art

³⁷CHOZAS ALONSO, JM., “El empleo de la videoconferencia en la declaración...”, cit., p.167-175.

³⁸VELASCO NUÑEZ, E., Aspectos procesales de la videoconferencia, *La Ley Penal* nº 46, febrero, 2008 p.82.

299.3 LOPJ: *“Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes...”*, 731.1 bis LECr *“...podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido...”* y 325 LECr que viene a decir lo mismo que el art. 299.3 LOPJ.

El uso de las nuevas tecnologías de telecomunicación como herramienta de trabajo obligatoria figuraba con carácter previo en el punto decimotercero del “Pacto de Estado de Reforma de la Justicia”³⁹. A su vez la “Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la justicia” en su punto vigésimo establece el derecho del ciudadano a comunicarse con la Administración de Justicia *“a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos (serían por ejemplo el uso de la webcam y de circuitos cerrados de TV) con arreglo a lo dispuesto en las leyes procesales.”*

Finalmente fue mediante la LO 13/2003 de 24 de Octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, cuando la videoconferencia se introdujo en nuestro sistema legislativo. Aunque, anteriormente ya se había utilizado por los órganos jurisdiccionales españoles. El primer juicio que se celebró con la utilización de esta técnica tuvo lugar en Alicante en el año 2001⁴⁰.

El art 230.1 menciona de forma implícita la obligación del uso de la videoconferencia *“Los Juzgados y Tribunales y las Fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones...”*

Los supuestos en los que puede ser más útil o conveniente el uso de la videoconferencia, son:

En primer lugar, la declaración de los menores de edad por el hecho de tener un tratamiento especial y diferenciado, como hemos remarcado en varias ocasiones porque la ley exige que no exista confrontación visual entre el menor de edad y el acusado,

³⁹ “se implantará de manera generalizada el uso de las nuevas tecnologías y se mejorarán los medios materiales dispuestos a tal fin. se modificará el art 230. LOPJ pasando de la “posibilidad” de uso de los medios informáticos y telemáticos a la “obligatoriedad” de la implantación y uso de estos sistemas en todos los órganos jurisdiccionales y entre quienes profesionalmente se relacionan con la Administración de Justicia”

⁴⁰ MAGRO SERVET, V., “La victimización secundaria...” cit., p.1951.

preservando la dignidad e intimidad de éstos. Por lo tanto la videoconferencia (con distorsión u ocultamiento de rostro) es la forma más recomendable para evitar tal confrontación, sobre todo cuando el menor ha sido víctima de abusos sexuales.

En segundo lugar, la utilización de la videoconferencia se utilizará en el proceso en el que el testigo se declare “protegido” conforme a la LO 19/1994 de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales. En estos casos la mayor ventaja que ofrece la videoconferencia es que garantiza que el acusado o su entorno desconozca dónde se realiza la declaración.⁴¹

⁴¹ CHOZAS ALONSO, JM., “El empleo de la videoconferencia en la declaración...” cit., p.171.

5. CONCLUSIONES.

- 1) El menor víctima puede ser parte en el proceso, como acusación particular y privada, mediante representante legal, ya que por sí solo no tiene la capacidad necesaria. No puede ser acusación popular, ya que al tener que ser representado, este mismo representante podría ejercer por sí mismo la acción popular, por lo que carecería de sentido representar a un menor en este caso.
- 2) El menor puede ser testigo siempre que tenga la capacidad natural suficiente para distinguir los hechos, no se trata una edad mínima, sino que el tribunal considere que tiene el discernimiento necesario para conocer y declarar.
- 3) La declaración de un menor puede actuar como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, siempre que el Tribunal considere válida la declaración hecha en juicio conforme a los requisitos de contradicción, oralidad, publicidad e inmediación.
- 4) La declaración de un menor realizada en fase de instrucción con el carácter de prueba anticipada puede ser utilizada también como prueba de cargo, siempre que cumpla los requisitos previstos.
- 5) La declaración de los testigos menores de edad 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, evitando la confrontación visual con el inculgado.
- 6) Se introduce a partir de 2003 el uso de la videoconferencia en el proceso penal, medida de gran importancia en la declaración de los menores como forma de evitar la confrontación visual víctima-acusado y reducir la victimización secundaria.

BIBLIOGRAFIA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

ARMENTA DEU, T., “Las partes en el proceso penal (I): Ministerio Fiscal, partes acusadoras y víctima”, *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, 10º edición, 2017.

ARMANTA DEU, T., “El menor víctima como parte en el proceso”, *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa/América*. Armenta Deu T., Oromí Vall-Lloverá, S., Colex, Madrid, 2010.

CUBILLO LOPEZ, I.J., *La protección a testigos en el proceso penal*, Thomson Reuters, Navarra, 2009.

CHOZAS ALONSO, JM., “El empleo de la videoconferencia en la declaración de los testigos-víctimas en el proceso penal español”, Armenta Deu, T., Oromí Vall-Lloverá, S., (Coord.), *La víctima menor en el proceso penal: Un estudio comparado Europa-América*, Colex, 2010, Madrid.

DEL MORAL GARCIA, A., *Delitos de injuria y calumnias: régimen Procesal*, Colex, 1990, Madrid.

FÁBREGA RUIZ, C.F., “Problemática de la declaración testifical en los menores en los procesos penales”, *La Ley*, año XXVI. Número 6289, 2005.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada “victimización terciaria”, *La victimología*, Tirant lo Blanch, 1990.

LIBANO BERISTAIN, A., “La incoación del proceso penal por infracciones perseguibles a instancia de parte con víctima especialmente vulnerable: la intervención del Ministerio Fiscal”, *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa/América*, Armenta Deu T., Oromí Vall-Lloverá, S., Colex, Madrid, 2010.

MAGRO SERVET, V., “La victimización secundaria de los menores en el proceso penal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº3, 2005.

MONTERO AROCA, J., “Las partes acusadoras”, *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, 25 edición, Valencia, 2017.

MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, JM., El proceso penal por delito privado, Bosch, Barcelona.

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

RIFA SOLER, JM., “La prueba”, *Derecho procesal penal*, Pro Libertate, Gobierno Navarra, 2006.

VALCARCE LOPEZ, M., “La protección del testigo especial referencia a la jurisdicción de menores”.

VELASCO NUÑEZ, E., Aspectos procesales de la videoconferencia en Rev. La Ley Penal nº 46, febrero, 2008.

VIADA LOPEZ- PUIGCERVER, C., ”La legitimación activa en los procesos semipúblicos “, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 15, nº3, 1962.

VILLACAMPA ESTRIARTE, C., “Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores- víctimas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ºepoca, nº16, 2005.