



Universidad de Valladolid



icava

Ilustre Colegio de
Abogados de Valladolid

Facultad de Derecho

MÁSTER de ACCESO a la ABOGACÍA.

**Testimonio de la víctima menor de edad en
delitos contra la libertad sexual.**

Presentado por:

Inés Bastida Rodríguez

Tutelado por:

M^a. del Coral Arangüena Fanego.

Valladolid, 19 de febrero de 2021.

SUPUESTO DE HECHO.	1
1. INTRODUCCIÓN.	2
2. FUNDAMENTOS DE DERECHO.	2
2.1. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR COMO PRUEBA DE CARGO SUFICIENTE PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	2
<i>2.1.1. El derecho a la presunción de inocencia.</i>	2
<i>2.1.2. La declaración de la víctima menor como prueba de cargo suficiente.</i>	4
<i>2.1.3. La importancia de la prueba pericial psicológica en los casos de abuso sexual a menores.</i>	10
2.2. PRÁCTICA DE LA PRUEBA CONSISTENTE EN LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD.	12
<i>2.2.1. La declaración de la víctima menor en la fase de investigación y en el acto del juicio oral.</i>	15
<i>2.2.3. La declaración de la víctima menor como prueba preconstituida.</i>	18
2.3. LICITUD DE LA GRABACIÓN SUBREPTICIA OBTENIDA POR LA MADRE DE LA CONVERSACIÓN MANTENIDA POR SU HIJA Y SU PAREJA SENTIMENTAL.	24
3. CONCLUSIONES.	26
4. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.	28
5. JURISPRUDENCIA.	28

SUPUESTO DE HECHO.

Lorena, mayor de edad, divorciada y madre de Estela, nacida el 6 de enero de 2011, y de Víctor, nacido el 7 de julio de 2018, inició a principios de 2020 una relación de pareja con Martín, y se trasladó junto con sus dos hijos al domicilio de éste fijando allí su residencia.

En octubre de 2020, Lorena comienza a trabajar como cocinera en un establecimiento de hostelería con un horario de 17 a 24 horas, encargándose a partir de entonces Martín del cuidado y vigilancia de Estela y Víctor durante esas horas de la tarde-noche.

El 8 de noviembre de 2020, al regresar Lorena de su trabajo y entrar en la habitación de Estela para comprobar si estaba dormida, la encuentra despierta y llorando. Y a preguntas de los motivos del llanto, Estela responde a su madre que Martín en varias ocasiones ha aprovechado los momentos en que Estela estaba acostada en el dormitorio para introducirse en su cama y realizarle tocamientos en la zona genital, así como en sus pechos. Que, aunque le ha dicho que la deje y que no continúe, Martín no le hace caso y le ha amenazado con hacer daño a su hermano pequeño si revela lo sucedido a su madre.

Ante tales revelaciones, Lorena decide denunciar los hechos, pero se plantea dudas sobre:

-La suficiencia del testimonio de Estela, víctima de los hechos, como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia

-La forma en que la menor ha de prestar el testimonio y el temor de que de ello se derive una posible victimización secundaria.

-La eficacia probatoria de la grabación realizada por Lorena mediante la colocación de un mecanismo de grabación en el pasillo de la casa de la conversación mantenida entre su pareja sentimental y la menor, durante el tiempo en que ésta está trabajando, con carácter previo a que la menor le contara los hechos y ante la sospecha de los abusos sexuales se estaban produciendo.

1. INTRODUCCIÓN.

Los delitos sexuales de los que son víctima los menores de edad se han revelado en las últimas décadas como una de las grandes preocupaciones de nuestra sociedad.

En el enjuiciamiento de estos delitos, surgen ciertas particularidades derivadas de la presencia de la víctima menor de edad en el proceso penal. Es por ello que, en este dictamen, se tratará de dar respuesta a dos cuestiones procesales afectadas por este hecho: por un lado, la valoración de la declaración de la víctima como testigo directo único de los hechos y la posibilidad de que la misma se constituya como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y, por el otro, la forma en que ha de practicarse la declaración de la víctima menor.

Asimismo, dada la reciente Sentencia del Tribunal Supremo dictada al respecto, analizaremos la licitud de la prueba consistente en la grabación realizada por un particular de una conversación relacionada con los hechos mantenida entre víctima y victimario.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

2.1. La declaración de la víctima menor como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

2.1.1. El derecho a la presunción de inocencia.

El derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, es una de las garantías constitucionales sobre las que se asienta nuestro proceso penal. En virtud del mismo, toda persona inmersa en un proceso penal como investigado o acusado ha de presumirse inocente hasta que no se demuestre lo contrario y, consecuentemente, así se declare en una sentencia condenatoria.

Siguiendo a CARBALLO ARMAS, podemos definir la presunción de inocencia como “principio básico de la estructura penal según el cual todo ciudadano debe gozar del derecho subjetivo a ser considerado inocente de cualquier delito o infracción, en tanto en cuanto no exista prueba bastante que desvirtúe dicha presunción”.

Jurisprudencialmente, el derecho a la presunción de inocencia se ha definido como “el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y

la participación del acusado en ellos” (entre otras, en la STC 123/2006, de 24 de abril, y la STS 495/2019, de 17 de octubre).

Se trata, en definitiva, de una presunción *iuris tantum* capaz de ser desvirtuada mediante una suficiente actividad probatoria.

Como señala ASECIO MELLADO, la presunción de inocencia despliega sus efectos en mayor medida en el ámbito de la actividad probatoria, pues determina la manera en que la prueba ha de proponerse, practicarse y valorarse. En consecuencia, y en virtud de la presunción de inocencia, la actividad probatoria ha de recaer sobre la acusación, sin posibilidad de que se invierta la carga de la prueba incumbiéndole al acusado probar su inocencia, lo cual constituiría lo que se denomina como “prueba diabólica”.

Para poder destruir la presunción de inocencia, no basta con la mera existencia de prueba, sino que se precisa que la misma sea de cargo, es decir, que la prueba ha de tener un contenido objetivamente incriminatorio (STC 31/1981, de 28 de julio), lo que significa que, de su interpretación debe resultar la culpabilidad del acusado, derivada de la comprobación de los elementos esenciales del delito (STS 282/2019, de 30 de mayo), así como la certeza de la participación del acusado en el hecho delictivo.

Asimismo, la presunción de inocencia exige que dicha prueba sea practicada, salvo excepciones –los supuestos de prueba preconstituida y prueba anticipada–, en el juicio oral y salvaguardando todas las garantías constitucionales, esto es, cumpliendo con los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción efectiva (STS 304/2019, de 11 de junio).

Por último, hay que señalar que dicha prueba de cargo ha de conducir al juzgador, tras una valoración libre de la misma, al convencimiento racional de que los hechos alegados por la parte acusadora son veraces. Dicho convencimiento racional requiere que los medios probatorios, no solo persuadan al juzgador, sino que sean aptos para convencer a cualquier persona dotada de racionalidad (SAP Barcelona 746/2013, de 2 de septiembre). En caso de que no se alcance tal convencimiento por el juzgador sobre la suficiencia de la prueba de cargo, el derecho a la presunción de inocencia y, más concretamente, el derecho *in dubio pro reo*, exigirá que se dicte una sentencia absolutoria.

2.1.2. La declaración de la víctima menor como prueba de cargo suficiente.

Introduciéndonos ya en el supuesto de hecho que requiere este dictamen, debemos preguntarnos si la declaración de la menor víctima de abuso sexual puede llegar a ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Hemos de tener presente que, en estos casos, principalmente cuando se trata de supuestos de abuso sexual sin acceso carnal, dado el ambiente de clandestinidad en que se produce la comisión del delito, lo normal es que sea la declaración de la víctima la única prueba directa disponible sobre los hechos.

Sobre este extremo se ha pronunciado reiteradamente tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, señalando que no existe óbice alguno para que la declaración de la víctima, aunque sea la única prueba disponible, pueda ser considerada como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Sin embargo, dicha afirmación ha de tomarse con precauciones, pues la condición doble de víctima y testigo directo único de los hechos que recaen en el menor de edad, así como el hecho de que en numerosas ocasiones la víctima, normalmente representada por los progenitores, se constituya en acusación particular, puede poner en peligro el derecho a la presunción de inocencia si se le otorga a la declaración de la víctima un plus de veracidad, rebajando las exigencias para sustentar en ella una sentencia condenatoria.

Por ello, hemos de precisar que no toda declaración de la víctima del delito puede llegar a desvirtuar la presunción de inocencia, pues dicha prueba corresponde valorarla al órgano de enjuiciamiento quien, en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia deberá llegar a un convencimiento suficiente sobre la credibilidad del testimonio de la víctima. De este modo, aunque la declaración de la víctima sea considerada como prueba de cargo ello no significa, tal y como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia 282/2019, de 30 de mayo, que quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de invertirse la carga de la prueba, dándose por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar la presunción de certeza de la acusación formulada, sino que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más.

A tal fin, el Tribunal Supremo ha establecido unos parámetros para coadyuvar a la valoración de la declaración testifical de la víctima, consistiendo los mismos en el análisis del

testimonio desde tres perspectivas: la de su credibilidad subjetiva, la de su credibilidad objetiva y la de la persistencia en la incriminación.

Tales parámetros no han de tomarse como requisitos de obligado cumplimiento, pues la deficiencia en alguno de ellos puede verse compensada con un reforzamiento en otro, si bien una deficiente ausencia de los tres parámetros conllevará de forma lógica a la insuficiencia probatoria del testimonio, privando al mismo de la aptitud necesaria para generar en el órgano de enjuiciamiento certeza sobre la existencia de los hechos y de la culpabilidad del acusado y, por tanto, llevándole a dictar una sentencia absolutoria. En sentido contrario, de la concurrencia de los tres parámetros tampoco ha de derivarse necesariamente una sentencia condenatoria.

Pasemos a analizar cada uno de los parámetros:

a) Credibilidad subjetiva. El análisis de este parámetro requiere que se tengan en cuenta dos aspectos: por un lado, las características físicas o psíquicas del testigo-víctima, como, por ejemplo, la presencia de minusvalías sensoriales o psíquicas en el mismo que pudieran llevar a debilitar la credibilidad del testimonio prestado; y, por otro, la posible existencia de móviles espurios (odio, resentimiento, enemistad, venganza, interés económico o de cualquier otra índole, etc.) derivados de la relación anterior existente entre víctima y victimario.

En cuanto al primer aspecto, ha de tener en cuenta el órgano de enjuiciamiento el grado de desarrollo y madurez de la víctima. En estos casos, la víctima que declara es un testigo menor de edad y, si bien es cierto que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se ha señalado que los menores son sujetos totalmente capaces de prestar declaración e, incluso, con mayor veracidad que los adultos, no ha de olvidarse que los menores son sujetos fácilmente sugestionables, más aún cuando se trata de casos mediáticos o, siguiendo a RAMÍREZ ORTIZ, en aquellos casos en que el testimonio de la víctima menor se ve fuertemente condicionado por el vínculo familiar, debido a que con frecuencia los abusos se producen en el entorno familiar.

En lo que se refiere al segundo de los aspectos, relacionado con la existencia de móviles espurios, al tratarse de menores de edad que pueden verse influidos por sus progenitores o personas con las que convivan, deberán asimismo tenerse en cuenta aquellos móviles espurios que pudieran interesar a éstos. En concreto, habrá de ser cuidadosamente evaluado este aspecto en aquellos casos en que los progenitores se hallen incurso en procedimientos en que se discuta la guardia y custodia de la víctima menor.

Por otra parte, se ha señalado por la jurisprudencia que el hecho de que se constate la existencia en la víctima de móviles de resentimiento o venganza derivados de la agresión sufrida, no hará menos creíble el relato ofrecido por la víctima, pues será lógico y racional que existan tales sentimientos hacia su agresor.

De igual modo, señala el Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia 404/2005, de 25 de marzo, que el hecho de que la víctima renuncie o no solicite a la indemnización civil que pudiera corresponderle, no puede conducir, sin más, a dotar de credibilidad a la declaración de la víctima, pues la presentación de la denuncia puede estar motivada por otros motivos que no sean económicos.

b) Credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio. En relación a este parámetro habrá de valorarse tanto la coherencia interna del relato como la coherencia externa.

La coherencia interna exige que la sucesión de hechos relatada por la víctima menor sea coherente en sí misma y sea lógica.

En cuanto a la coherencia externa, plasma la necesidad de que tales hechos narrados por la víctima sean apoyados por datos objetivos de carácter periférico que los corroboren. Como se ha señalado, son numerosas las ocasiones, como la del presente supuesto, en que el abuso sexual se comete sin acceso carnal, por lo que será difícil que exista un informe médico que corrobore dichas manifestaciones. También es frecuente que, habiendo existido acceso carnal o lesiones de cualquier otra índole, el tiempo transcurrido desde que suceden los hechos hasta que el menor cuenta los mismos, normalmente como consecuencia de la intimidación a la que le somete el victimario o al hecho de que el menor no entiende qué está sucediendo, hace que los vestigios físicos ya no sean visibles.

Sin embargo, también se admite jurisprudencialmente como corroboración externa el testimonio de los progenitores o personas a las que les contó la víctima menor los hechos, así como la deposición en el juicio oral de un perito psicólogo que haya elaborado un informe pericial sobre la credibilidad del testimonio de la víctima.

No hemos de olvidar que cuando se trata, principalmente, de supuestos como el presente en que el presunto culpable es una persona del entorno de la víctima menor, el miedo a las consecuencias de la denuncia ante posibles represalias del atacante sexual les hace aceptar la victimización, ocultando los hechos a las personas de su entorno más próximas. En estos supuestos, cobran especial relevancia los centros escolares, que cuentan con protocolos de detección de ataques sexuales a menores y sus trabajadores son capaces de

detectar con más facilidad estos hechos mediante signos externos que presente el menor víctima o por denuncias de sus amigos o compañeros ante los profesores. Por tanto, también tendrá el carácter de corroboración objetiva periférica el testimonio prestado por los trabajadores del centro de estudios de la menor, como pudieran ser los profesores, el orientador del centro o su director.

En relación a este punto, discrepa RAMÍREZ ORTIZ sobre el calificativo de corroboración periférica que se le otorga a la prueba pericial psicológica, pues no se ajusta a la definición de corroboración periférica, entendida como “el dato que refuerza el valor probatorio del aserto de un testigo relativo al hecho principal de una causa, proveniente de una fuente distinta al testigo, referido no directamente a ese hecho, sino a alguna circunstancia que guarda relación con él, cuya constatación confirmaría la veracidad de lo por él declarado”.

También señala el citado autor que la prueba testifical de referencia de los progenitores y personas allegadas no ha de tomarse solo como tal, sino también como prueba directa indiciaria, pues los mimos son testigos directos de los cambios de actitud del menor, sus estados de ánimo, etc.

c) Persistencia en la incriminación. La declaración incriminatoria ha de ser prolongada en el tiempo, expresada reiteradamente y debe ser expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Esto significa, de acuerdo con lo dispuesto en las SSTS 335/2015, de 28 de mayo, 289/2017, de 29 de mayo, y 1397/2009, de 29 de diciembre) que la declaración prestada por la víctima ha de ser:

- Concreta y precisa, exigiéndose que el relato de los hechos expuesto por el menor se narren con las particularidades y detalles que podría narrar cualquier persona en sus mismas circunstancias, atendiendo en especial a su corta edad y a la volatilidad de sus recuerdos. Por tanto, la declaración habrá de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades.

- Coherente y sin contradicciones, debiendo cada una de las partes del relato estar unidas por una conexión lógica. Dicha conexión también deberá existir entre las diversas versiones narradas por la víctima ante personas y momentos diferentes.

- Persistente en un sentido material y no meramente formal, esto es, que las declaraciones prestadas en las diferentes fases del proceso sean constantes en lo sustancial.

Sobre este punto se ha pronunciado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo, pues no es infrecuente que el acusado recurra alegando la existencia de contradicciones en el relato del menor a lo largo de las sucesivas declaraciones depuestas en las distintas fases del

proceso. Señala el Tribunal Supremo en este sentido que no puede admitirse el motivo del recurso basado en contradicciones sobre hechos periféricos del relato, sino que, para que no se cumpla con este parámetro, las contradicciones deben referirse al núcleo esencial de los hechos.

Aduce así nuestro Alto Tribunal que no es infrecuente que, dado el tiempo que suele transcurrir desde la toma de declaración de la víctima en sede judicial, cuando se presenta la denuncia (siendo ésta normalmente la primera vez que la víctima narra los hechos, si bien, como veremos con posterioridad, ha de intentar prescindirse de esta toma de declaración en sede policial), y la menor edad de las víctimas, cuyos procesos evolutivos y, principalmente, el proceso de olvido de los acontecimientos traumáticos, hacen que, en no pocas ocasiones, la víctima olvide algunos de los hechos insustanciales narrados con anterioridad. También puede darse al contrario, que, transcurrido el paso del tiempo, y tras revivir los hechos con cada declaración, la víctima recuerde nuevos detalles que no recordaba o no podía apreciar por su corta edad en el momento de su primera declaración (STS 61/2014, de 3 febrero).

Asimismo, este hecho puede deberse, como señala la STS 495/2019, de 17 de octubre, a “que las víctimas de agresiones y abusos sexuales suelen albergar sentimientos de culpa y vergüenza y dudas sobre su propia conducta que pudiera haber propiciado lo acontecido, más si pierde la confianza en las personas a las que había contado los hechos, por lo que solo narraba parte de lo ocurrido, y encuentra amparo tras el tiempo transcurrido en otras que la asesoran y aconsejan” y, de este modo, se abre y cuenta con más detalles lo ocurrido.

Por tanto, este parámetro no exige que la víctima narre los hechos como un disco o lección aprendido, sin fisuras, sino todo lo contrario, como una vivencia que ha de rememorar con cada declaración.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha dejado señalado en su STS 495/2019, de 17 de octubre, una serie de factores a tener en cuenta por el órgano de enjuiciamiento para valorar la credibilidad y verosimilitud de la declaración de la víctima, siendo éstos los siguientes:

- 1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
- 2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
- 3.- Claridad expositiva ante el Tribunal.

4.- "Lenguaje gestual" de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.

5.- Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.

6.- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.

7.- Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.

8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.

9.- La declaración no debe ser fragmentada.

10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.

11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica.

Por otra parte, y dado el temor y reticencias de la víctima por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo ante el Tribunal, tras haberlo hecho normalmente en sucesivas ocasiones tanto en dependencias policiales como en sede sumarial, señala la sentencia anteriormente citada que podrán ser tenidos en cuenta determinados factores, como son los siguientes:

1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.

2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.

3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.

4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración.

5.- Deseo al olvido de los hechos.

6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración".

Recordar una vez más que los factores aquí expuestos son máximas de experiencia, avaladas por la lógica y la ciencia, que pueden servir de guía para valorar la declaración de la

víctima por parte del juzgador, pero no han de ser considerados como requisitos de necesario cumplimiento, pues ello atentaría contra el principio de libre valoración de la prueba que rige en nuestro proceso penal.

2.1.3. La importancia de la prueba pericial psicológica en los casos de abuso sexual a menores.

Pese a la multitud de criterios establecidos por el Tribunal Supremo para valorar la credibilidad y verosimilitud del testimonio de la víctima, no hemos de olvidar que se trata ésta de una materia ajena al ámbito del Derecho y, por tanto, que puede llegar a exigir la intervención de un profesional de la rama de la Psicología del Testimonio.

De igual manera, no está de más que el juzgador cuente con apoyo científico en aquellos casos en que la declaración de la víctima menor de edad es la única prueba existente sobre los hechos.

Así, se ha resaltado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia la importancia de la prueba pericial psicológica en el ámbito de los abusos sexuales a menores. Señala BAYARRI MARTÍ en este sentido la especial relevancia que ha cobrado el informe pericial psicológico en este ámbito, lo cual se justifica en la escasez de medios de prueba que suelen acompañar a los procesos penales en que se juzgan estos delitos por cometerse sin presencia de testigos, sin dejar lesiones o vestigios físicos y encontrándose el juzgador con versiones contradictorias de la víctima y el victimario, debiendo ponderar cuál de ambos testimonios se le ofrece con un plus de credibilidad y veracidad. Es en este ámbito, por tanto, donde resulta de gran utilidad la prueba pericial psicológica, coadyuvando al órgano de enjuiciamiento.

Por su parte, el Tribunal Supremo también ha admitido su importancia, entre otras, en la STS 727/2018, de 30 de enero, donde señala que “la prueba pericial psicológica se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio de un menor, víctima de un delito de naturaleza sexual”. En similares términos se pronuncia en su STS 705/2003, de 16 de mayo, donde establece que, cuando se trate de declaraciones de menores de edad, “con desarrollo aún inmaduro de su personalidad, son resortes mentales todavía en formación, que pueden incidir en su manera de narrar aquello que han presenciado, de manera que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes, la prueba pericial psicológica practicada con todas las garantías [...] se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor”. Es más, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 713/2015, de 16 de noviembre, ha llegado a afirmar que el informe elaborado por un perito forense especializado en esta rama,

más que conveniente, puede resultar incluso necesario cuando no existan corroboraciones objetivas y solo distintos testimonios de referencia interesados.

El objeto de la pericia habrá de ser, por tanto, el análisis de la credibilidad del testimonio de la víctima. El perito psicólogo deberá pronunciarse sobre si existen o no elementos que permitan dudar de la fiabilidad del testimonio prestado por la víctima, no, como pudiera pensarse, en términos de concordancia o no del relato a la realidad. Señala RAMÍREZ ORTIZ que el fin de esta pericia habrá de ser determinar si la declaración de la víctima prestada por el menor es producto de un hecho realmente vivido por él o es producto de la fantasía o la sugestión.

El perito que elabore el informe deberá actuar con imparcialidad y con profesionalidad, de ahí la posibilidad de recusar a los peritos cuando se encuentren inmersos en alguno de los supuestos previstos en el artículo 468 LECrim y la obligación de no prestar informe pericial cuando el perito no esté obligado a declarar como testigo de conformidad con el artículo 416 LECrim. Ello requiere que el perito que elabore el informe no haya sido ni sea terapeuta del menor, pues dicha relación podría contaminar la que debiera establecerse entre perito forense y víctima.

En el proceso penal ordinario, la prueba pericial deberá llevarse a cabo por dos peritos, según establece el artículo 459 de la LECrim. Sin embargo, bastará con un solo perito si se trata del proceso abreviado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 778.1 y 788.2 de la LECrim. Además, incluso en el caso del proceso ordinario por delito grave, jurisprudencialmente se ha admitido la pericial practicada por un solo perito en aquellos casos en que se desaconsejara por la mayor intimidación que podría suponer sobre el menor de edad la presencia de dos personas en la práctica de la exploración.

Asimismo, dicha prueba deberá llevarse a cabo con las garantías propias del proceso penal, por tanto, deberá el perito rendir informe ante el Tribunal, en el acto del juicio oral, respetándose los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación.

Por último, dicho medio probatorio habrá de ser valorado libremente por el órgano de enjuiciamiento, quien podrá apartarse de él cuando así lo considere oportuno. El informe pericial psicológico no puede ser el único motivo en que el juzgador justifique la credibilidad de la víctima, sino que su función es la 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”. Su criterio no puede ser impuesto al juzgador, pues es a este último exclusivamente a quien compete la función de “juzgar y hacer ejecutar lo

juzgado” y, por tanto, de dictar sentencia conforme a las pruebas por él libremente valoradas de acuerdo con los parámetros de la lógica, la experiencia y la ciencia.

2.2. Práctica de la prueba consistente en la declaración de la víctima menor de edad.

Como se ha señalado en el apartado anterior, para que la prueba consistente en la declaración de la víctima pueda llegar a ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar de inocencia, ésta ha de ser practicada en el juicio oral, bajo los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción.

Por tanto, la regla general, tal y como ha recordado nuestro Tribunal Supremo recientemente, en su Sentencia 44/2020, de 11 de febrero, ha de ser la declaración de la víctima ante el órgano de enjuiciamiento en el acto del juicio oral, salvaguardando de este modo el derecho de defensa.

El derecho de defensa, que es una concreción más del derecho de todo acusado a un juicio público con todas las garantías, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, se garantiza mediante un procedimiento contradictorio (STC 128/1996, de 9 de julio), convirtiéndose la posibilidad de contradicción en una regla esencial del desarrollo de todo proceso (SSTC 93/2005, de 18 de abril, y 12/2006, de 16 de enero).

Entre los medios de defensa con que cuenta el acusado, se encuentra el derecho “a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él”, consagrado en el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Sin embargo, en aquellos procesos en los que los menores sean víctimas del delito o actúen como testigos, habrán de tenerse en cuenta también sus derechos y necesidades. Desde la ciencia de la psicología se ha puesto de relieve las consecuencias negativas que supone en los menores de edad la participación en un proceso penal. En la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre (en adelante CFGE 3/2009), se señala que, con carácter general, los menores viven la intervención en juicio como una experiencia estresante, capaz de provocar efectos negativos, principalmente en su desarrollo evolutivo, a largo plazo. Asimismo, no es infrecuente que los menores padezcan gran ansiedad tanto antes de la celebración del acto procesal en que deban intervenir, como durante y después del mismo. Por último, se indica que determinadas situaciones que se dan durante la comparecencia del menor ante el Tribunal, como puede ser la confrontación visual

con los inculpados o implicados y las preguntas agresivas de las partes, pueden dejar secuelas traumáticas en los mismos.

Es numerosa la legislación, tanto nacional como internacional, que se refiere a los principios de protección del menor víctima. En el marco internacional, señala el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño la necesidad de que todas las medidas concernientes a los niños tomadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deberán serlo teniendo en consideración el interés supremo del niño.

Por su parte, la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 16 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, establecía en su artículo 2.2 que “Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación”. En el artículo 3 del mismo texto, se especificaba la obligación de los Estados miembros de tomar las medidas necesarias para que sus autoridades “sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal”. Por último, su artículo 8.4 disponía la necesidad de que los Estados miembros, siempre que ello sea necesario para proteger a las víctimas, especialmente a las más vulnerables –como son los menores–, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, diseñen mecanismos para que éstas puedan, mediante resolución judicial, prestar declaración en condiciones que permitan protegerlas de estas consecuencias, mediante cualquier medio compatible con los principios fundamentales del Derecho interno de cada Estado.

En concordancia con la normativa internacional mencionada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras en Sentencia de 16 de junio de 2005 (caso Pupino), señaló 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”, siendo ello aplicable también a los delitos de abuso sexual.

La posterior Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo anteriormente citada, ha mejorado y concretado estas normas relativas al tratamiento que ha de dispensarse a las víctimas del delito, exigiendo de los

Estados miembro una adecuada transposición, lo que en España se ha llevado a cabo con la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVD).

En efecto, en nuestra legislación nacional, con carácter general, en el artículo 19 de la LEVD se impone a las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos la obligación de adoptar las medidas necesarias, siempre en concordancia con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada”. En el segundo párrafo de dicho precepto, se encomienda a la Fiscalía la función de velar porque este derecho de protección se cumpla especialmente en el caso de las víctimas menores de edad, debiendo adoptar las medidas que resulten adecuadas en atención al interés superior del menor con el fin de impedir o reducir los perjuicios que puedan derivarse para ellos del desarrollo del proceso.

Por su parte, el principio de protección de la víctima menor de edad encuentra acomodo en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, consagrando dicho precepto el principio de interés superior del menor. Dispone este precepto que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”. Continúa el mencionado precepto estableciendo que “las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

En concordancia con lo dispuesto, y en lo que aquí nos interesa, el artículo 11.2 de la misma ley, en sus apartados a) y d), impone la necesidad de que la actuación de los poderes públicos se rija por el principio de supremacía del interés del menor y tienda a la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.

Siguiendo a GARCÍA INGELMO, de lo expuesto deducimos que, en aquellos procesos penales en que un menor de edad hubiera de declarar como víctima o testigo, especialmente cuando se trata del enjuiciamiento de delitos contra la libertad sexual, habrá de buscarse el equilibrio entre los intereses contrapuestos que aquí manejamos. Por un lado,

el interés de protección de los menores que han de prestar declaración, que exige limitar en lo posible todo aquello que afecte negativamente a su desarrollo e indemnidad moral y psíquica –en definitiva, procurando contrarrestar las consecuencias derivadas de la victimización secundaria–; y, por otro lado, el derecho del presunto agresor a un proceso con todas las garantías, asegurando principalmente el principio de contradicción.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 174/2011, de 7 de noviembre, en la que califica de legítimo el hecho de adoptar medidas de protección a favor de los menores de edad en aquellos supuestos en que éstos sean la víctima del delito, siempre y cuando tales medidas sean compatibles con el ejercicio adecuado del derecho de defensa del acusado.

En los siguientes subapartados se analizará la conjugación de los intereses contrapuestos mencionados en las distintas fases del proceso penal, así como la posibilidad de que en determinados supuestos pueda otorgarse el valor de prueba de cargo a la declaración de la víctima prestada en un momento anterior a la apertura del juicio oral, en atención al principio de protección de los menores víctima y con estricta observancia de los derechos que conciernen al acusado del delito.

2.2.1. La declaración de la víctima menor en la fase de investigación y en el acto del juicio oral.

Con carácter general, tanto en la fase de investigación como en el acto del juicio oral, cuando haya de prestarse declaración a testigos menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección y con el fin de evitar o reducir los perjuicios que les pueda ocasionar su presencia en el proceso, su declaración podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el acusado. A tal fin, podrá ser utilizado cualquier medio técnico que lo haga posible, como la separación por pantallas o biombos, pudiendo incluso llevarse a cabo sin que el testigo menor o necesitado de especial protección se encuentre presente en la sala, usando para ello tecnologías de la comunicación, como pueda ser la videoconferencia (artículos 448 y 707 de la LECrim y 25.2.a) LEVD). Hemos de señalar no obstante que, si bien durante la fase de investigación esta posibilidad se establece con carácter potestativo, en el artículo 707 de la LECrim, referido al desarrollo del acto del juicio oral, esta medida deberá ser tomada imperativamente a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre y cuyos términos se mantienen tras la posterior reforma del precepto operada por la disposición final 1.19 de la LEVD.

En relación a la declaración de la víctima del delito durante la fase de investigación, se establece en el artículo 21 de la LEVD una serie de medidas tendentes a proteger a la víctima durante esta fase. Así, y siempre que la adopción de las mismas no perjudique la eficacia del proceso, deberá recibirse declaración a la víctima el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal. Asimismo, cuando resulte necesario tomar declaración a la víctima, ello deberá hacerse sin dilaciones indebidas.

Por su parte, el apartado c) de este precepto prevé la posibilidad de que las víctimas puedan estar acompañadas, mientras se les toma declaración en esta fase, además de por su representante procesal y, en su caso, el representante legal, por una persona de su elección, salvo que motivadamente se resuelva lo contrario. No es infrecuente, por tanto, que durante la toma de declaración de la víctima menor se encuentre presente alguno de sus progenitores o alguna de las personas que le hayan atendido en las asociaciones de protección de víctimas.

Esta posibilidad tiene como finalidad aportar mayor seguridad y confianza al menor durante la toma de la declaración. Por este motivo, esta recomendación se ve exceptuada cuando los presuntos culpables sean los propios representantes o guardadores, pues aportarían al menor todo lo contrario. Asimismo, con carácter general, se entiende que podrá negarse al menor estar acompañado de sus progenitores en los supuestos en que existan intereses contrapuestos entre ambos y en los casos en que existan indicios que lleven al Juez a creer que la intención de los progenitores es que el menor no colabore con la Administración de Justicia, tal y como se señala en la CFGE 3/2009.

También se establecen medidas de protección durante la fase de investigación en el artículo 25.1 de la misma ley, contemplando las siguientes:

a) Que se reciba declaración a la víctima en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin. En el caso de los menores de edad, se aconseja que dicha declaración sea tomada en las denominadas “salas amigables”, siendo éste un espacio más adecuado para prestar declaración al menor que la sala de vistas, la cual infunde más respeto al menor.

b) Que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda.

c) Que todas las tomas de declaración a una misma víctima se realicen por la misma persona, salvo que este hecho pueda perjudicar el desarrollo del proceso de forma relevante o proceda que la declaración sea tomada directamente por un Juez o un Fiscal.

d) Que la toma de declaración de la víctima se efectúe por una persona del mismo sexo, si la víctima así lo solicitare y salvo que ello pueda perjudicar el desarrollo del proceso de forma relevante o deba ser tomada la declaración directamente por un Juez o un Fiscal, cuando se trate:

- De delitos cometidos sobre el cónyuge o sobre persona que éste o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente;
- De delitos contra la libertad o indemnidad sexual; y
- De delitos de trata con fines de explotación sexual.

Por otro lado, el artículo 26 de la LEVD, establece una serie de medidas de protección específicas para aquellos supuestos en que las sean víctimas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección las que deban prestar declaración, con el fin de evitar o limitar, en la medida de lo posible, la victimización secundaria derivada del desarrollo de la investigación o la celebración del juicio oral. En concreto, en relación con esta fase establece que las declaraciones prestadas durante la misma serán grabadas por medios audiovisuales, pudiendo ser reproducidas en el juicio oral en los casos y condiciones que se determinen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por último, el artículo 433 de la LECrim, en su párrafo 3º, establece la posibilidad de que la declaración de los testigos menores de edad o de personas con la capacidad modificada judicialmente, pueda llevarse a cabo con intervención de expertos. Asimismo, podrá el Juez de Instrucción acordar que sea el experto quien tome declaración directamente a la víctima e, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar en que se realice la exploración de la víctima menor. En concreto, y puesto que se trata de menores de edad, es recomendable que las personas que tomen declaración a la víctima sean profesionales del ámbito de la psicología infantil, la pedagogía o la psiquiatría.

En relación con ello, la CFGE 3/2009 se establece que la necesidad o conveniencia de la asistencia de expertos será mayor cuando el menor que haya de prestar declaración tenga la doble condición de testigo y víctima. Deberá atenderse para valorar esta necesidad especialmente a la menor edad del menor, así como la índole del delito, siendo en aquellos de índole sexual en los que más conveniente se presenta esta intervención.

En los casos en que la declaración sea tomada por un experto, habrá de salvaguardarse el principio de contradicción. Por ello, el Juez deberá facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima.

En cuanto a la fase de enjuiciamiento, el artículo 25.2 de la LEVD establece la posibilidad de que se tomen una serie de medidas tendentes a la protección de las víctimas en esta fase, cuales son:

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.

c) Medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima. Así se establece también en el artículo 709 de la LECrim, donde se prevé además que, si este tipo de preguntas fueran formuladas a la víctima, el juzgador no permitirá que sean contestadas.

d) Celebración de la vista oral sin presencia de público. En estos casos, el Juez o el Presidente del Tribunal podrán autorizar, sin embargo, la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa. Este extremo es especialmente relevante en los procesos en que intervenga un menor de edad, en aras de proteger su intimidad.

2.2.3. La declaración de la víctima menor como prueba preconstituida.

En relación a la preconstitución de la prueba testifical, señala el artículo 448 de la LECrim que “[...] en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte [la del testigo] 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”.

De igual manera, el artículo 777.2 de la LECrim señala que “cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes”.

Esta imposibilidad de práctica de la prueba en el juicio oral ha sido interpretada ampliamente por nuestra jurisprudencia al amparo de la normativa internacional relativa a la protección de los menores víctima, entendiendo que, en los casos de víctimas menores de edad, “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” (véase al respecto la STS 470/2013, de 5 de junio) .

Pese a establecerse esta posibilidad, recuerda nuestro Tribunal Supremo, entre otras en sus Sentencias 632/2014, de 14 de octubre, y 178/2018, de 12 de abril, que la presencia del menor en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria, si bien ello no es incompatible con la necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico.

En concordancia con ello, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 3/2009, establece que cualquier restricción en los derechos de defensa y contradicción del acusado habrá de acordarse “con arreglo a un protocolo de precauciones, caracterizado por la excepcionalidad, la judicialidad, la proporcionalidad y, generalmente, la fundamentación o deber de motivación de la decisión”.

Por ello, en la medida en que puedan alcanzarse los mecanismos de protección suficientes para que el menor declare en el acto del juicio oral, será ésta la regla general. No obstante, en aquellos supuestos en que las circunstancias lo aconsejen, en aras a la protección del menor víctima, podrá la declaración de la víctima prestada en un momento anterior al acto del juicio oral pueda traerse a dicho acto a través de otros medios y ser valorada por el órgano de enjuiciamiento como prueba de cargo.

La STS 222/2019, de 29 de abril señala a este respecto que, en el caso de los menores, es conveniente realizar una sola declaración, si ello es posible, y las normas procesales permiten que las declaraciones se puedan practicar como prueba preconstituída, con participación del juez y de las partes en una cámara apropiada y con la intervención directa de un especialista.

A tal fin, el Tribunal supremo ha establecido, entre otras en la Sentencia 598/2015, de 14 de octubre, una serie de presupuestos y requisitos de necesario cumplimiento para la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial:

a) Materiales: debe existir una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral.

En los supuestos en que la víctima del delito sea menor de edad, son dos las causas legítimas que pudieran justificar la preconstitución probatoria: por un lado, la necesidad de protección del menor y de evitar su victimización secundaria, salvaguardando el superior interés de éste y, por otro, razones de tipo epistémico tendentes a proteger el elemento probatorio (véase SOTOCA et al.).

En cuanto a la primera de las causas, hemos de definir la victimización secundaria como las consecuencias perjudiciales que sufre la víctima como consecuencia de su intervención en el proceso penal. Estos efectos que derivan del desarrollo del proceso penal son, si cabe, aún más gravosas cuando la víctima es menor de edad.

Por tanto, se entenderá que existe causa legítima cuando se prevea que, por razón de la corta edad de la víctima o de su especial vulnerabilidad, de comparecer nuevamente el menor a declarar en el acto del juicio oral, existirá riesgo de que el mismo sufra un grave daño psicológico.

No obstante, como señala la STS 925/2012, de 8 de noviembre, podrán existir, a parte de las consideraciones victimológicas, razones epistémicas que aconsejen la preconstitución de la prueba conducentes a eludir “el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad”.

En efecto, no hemos de olvidar que se trata de un menor de edad, en pleno desarrollo evolutivo, lo cual conlleva cambios muy notables en sus capacidades cognitivas y aptitudes de memoria en cortos lapsos de tiempo, tal y como se reseña en la CFGE 3/2009. Por ello, el menor, en el tiempo transcurrido desde la toma de la primera declaración hasta la apertura del juicio oral, puede haber olvidado los hechos o su recuerdo puede haber cambiado debido a las influencias de personas cercanas al menor o a los medios de comunicación.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia 222/2019, de 29 de abril, donde establece que el menor, debido a su corta edad, “puede olvidar los hechos,

modificar su recuerdo a medida que progresa su desarrollo madurativo o, incluso, alterar su relato por influencias externas”.

Desde el ámbito de la Psicología Jurídica, señalan SOTOCA y sus colaboradores que los recuerdos son susceptibles de deterioro debido al transcurso del tiempo y, la víctima, reconstruye estos hechos cada vez que recuerda los hechos (como, por ejemplo, en aquellos casos en que declara en el proceso penal o es explorado por un psicólogo), existiendo la posibilidad de que dichos recuerdos se contaminen con la información del entorno, las preguntas formuladas, los medios de comunicación o los comentarios de otros.

Además, no hemos de olvidar que los menores de edad son sujetos fácilmente sugestionables, existiendo aún si cabe mayor riesgo de contaminación del recuerdo.

En relación con este motivo que justifica la preconstitución de la prueba, también se ha señalado que mediante la misma puede introducirse desde un primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de contradicción.

La concurrencia de una causa legítima que justifique la preconstitución de la prueba deberá ponderarse en atención a las circunstancias del caso concreto, debiendo estar la decisión judicial que excluya la declaración de la víctima del acto del juicio oral debidamente razonada y fundada. Así, en función de lo expuesto, entre las cuestiones que habrá de ponderar el juez se encuentran la menor edad de la víctima menor de edad, su madurez y demás condiciones de su personalidad, así como la naturaleza del delito investigado (STS 178/2018, de 12 de abril).

Es conveniente, además, que las razones que lleven al juez a excluir la presencia del menor en el acto del juicio oral se vean respaldadas por un informe psicológico que acredite los posibles riesgos que pudiera traer consigo para el menor este hecho.

b) Subjetivos: necesaria intervención del Juez de Instrucción.

c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, requiriéndose para ello que se haya convocado al Abogado del imputado, con el fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo. Así, el acusado deberá tener oportunidad de interrogar o hacer interrogar al testigo menor de edad.

Se ha de precisar que, si bien esto es así, en aras de la protección del menor podrá evitarse la confrontación del menor con el acusado e, incluso, llevarse a cabo la exploración del menor a puerta cerrada o mediante expertos. Por tanto, en estos casos deberá facilitar el letrado de la defensa las preguntas que a su interés debieran formularse al menor y darle la

posibilidad de formular las aclaraciones que considere oportunas durante el desarrollo de la exploración.

Dicha garantía se entiende cumplida aun cuando ni el letrado de la defensa ni el acusado se encuentren presentes en su práctica, siempre y cuando se les hubiera notificado fehacientemente el lugar, fecha y hora en que se había citado al testigo menor para su realización, pues se entiende que, en estos casos, “la ausencia de éste debe reputarse voluntaria y de ninguna manera achacable al órgano jurisdiccional que había informado cumplidamente del objeto de tal exploración” (STS 666/2008, de 21 de octubre).

d) Formales: de acuerdo con lo establecido en el artículo 730 de la LECrim, el contenido de la declaración sumarial al acto del juicio oral deberá realizarse mediante la lectura del acta en que se documente o, si la disponibilidad de medios tecnológicos lo permite, mediante la reproducción de la grabación de la diligencia, con el fin de que su contenido pueda ser sometido a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral.

Dado el desarrollo exponencial de las tecnologías de la comunicación que se está viviendo en el último siglo, no estará justificado, salvo casos excepcionales, que la exploración de la víctima menor realizada en sede sumarial no haya sido grabada mediante medios audiovisuales. Así, en el artículo 433 *in fine* de la LECrim, no se establece como posibilidad dicha grabación, sino que se impone la misma. Así mismo, es importante que dicha exploración se registre en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, en aras de salvaguardar el principio de inmediación, pues solo mediante este medio podrá el juzgador apreciar el lenguaje no verbal del menor.

Por otra parte, tal y como se ha señalado en el apartado anterior, la declaración de la víctima en sede sumarial, siempre y cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, podrá tomarse por medio de un experto y en una sala adecuada para tal fin. En este ámbito ha cobrado especial relevancia en los últimos años la utilización de la denominada Cámara Gesell, revelándose como un medio adecuado para la toma de la declaración de la víctima menor de edad en la fase sumarial del proceso penal.

La Cámara Gesell consiste en dos habitaciones contiguas, separadas por un espejo unidireccional. Una de las salas estará acondicionada para la toma de declaración del menor, debiendo ser un espacio agradable para el mismo, en el que no se sienta intimidado, como podría ocurrir en la sala de vistas. Además, dicha sala contará con los dispositivos electrónicos necesarios para grabar la exploración del menor, a los efectos del artículo 730

de la LECrim. Desde la otra sala podrá contemplarse físicamente, sin necesidad de medios telemáticos, el desarrollo dicha exploración, debiendo esta sala con medios de comunicación aptos para poder trasladar al experto que esté explorando al menor las preguntas que tanto las partes como el Ministerio Fiscal y el Juez de Instrucción, quienes deberán estar presentes, consideren oportunas.

Los beneficios reputados por la utilización de la Cámara Gesell son innegables, principalmente referidos a la reducción de los riesgos de victimización secundaria. Ello es así por las siguientes razones:

- Como se ha dicho, la sala en que deba explorarse al menor habrá de estar acondicionada, creándose así un ambiente de privacidad menos agresivo para el menor que la sala de vistas.
- Se evitan las formalidades como las togas, que pueden generar en el menor sentimientos de intranquilidad.
- En los casos en que proceda preconstituir la prueba, se evitará que el menor participe en numerosas intervenciones que afecten a su desarrollo y le supongan graves consecuencias a nivel psíquico y, a su vez, se realizará la exploración del menor garantizando más que con otros medios los principios de intermediación, contradicción y publicidad.
- Gracias al cristal unidireccional, se permite la observación no invasiva de la declaración por las partes, el Ministerio Fiscal y el Juez de Instrucción, creándose así un sentimiento de intimidad en el menor.

Con carácter general, mediante la utilización de Cámara Gesell, puesto que lo normal es que intervengan expertos en la materia, se aprovechará para realizar la exploración del menor y la realización del informe pericial sobre la credibilidad del testimonio, reduciéndose más aún si cabe las veces que el menor deberá intervenir.

Por último, señalar que la utilización de la Cámara Gesell se ha revelado como útil por la jurisprudencia (véase la STSJ de la Comunidad Valenciana 57/2020, de 5 de marzo), “ya que por la tranquilidad y el tiempo que se puede dedicar a obtenerla se obtienen unos mejores resultados por la espontaneidad con que se manifiesta la menor, sin la presión o intimidación que le puede suponer el acto del juicio”.

2.3. Licitud de la grabación subrepticia obtenida por la madre de la conversación mantenida por su hija y su pareja sentimental.

Como sabemos, con carácter general han de excluirse las pruebas que se hayan obtenido con quebranto de los derechos fundamentales como consecuencia del derecho a la presunción de inocencia.

Así se establece en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone en su apartado 1 que: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”

En este supuesto, son dos los derechos fundamentales vulnerados:

a) El derecho a la intimidad personal, pues, aunque la conversación tuvo lugar en un espacio común de la vivienda que compartía la pareja con los dos hijos de la mujer, la misma se mantuvo aprovechando el momento en que la madre de la menor estaba fuera de casa trabajando y, por ello, contando los participantes en la conversación con una expectativa razonable de confidencialidad o intimidad.

b) El derecho al secreto de las comunicaciones, pues la grabación ha sido obtenida por un tercero ajeno a la comunicación.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 457/2020, de 17 de septiembre, tratando un supuesto de hecho similar al enunciado, ha admitido la validez probatoria de dicha grabación y su valoración como prueba de cargo.

Parte de la base de que, conforme a la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, entre otras en su STC 114/1984, de 29 de noviembre, la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no puede considerarse como un derecho fundamental autónomo y, por tanto, no existe un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita. Establece esta sentencia que, por tanto, habrán de ponderarse en cada caso concreto los intereses en tensión: de un lado, el interés público en la obtención de la verdad procesal y, de otro, el interés en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta la finalidad de este principio, cual es servir como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito (STS 116/2017, de 23 de febrero). Por tanto, será de inescrutable observancia este principio

cuando sea la actuación de los agentes de la autoridad quienes obtengan pruebas mediando la vulneración de derechos fundamentales.

En el caso de que haya sido un particular quien haya obtenido dicha prueba, se establece en la STS 116/2017, de 23 de febrero, que no será equiparable su acción vulneradora con la del agente de la autoridad, pues el particular no tiene vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*. Sin embargo, se entiende que la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida operará cuando el particular busque precisamente hacer acopio de pruebas para introducirlas en el proceso penal y, para ello, haya actuado vulnerando derechos fundamentales.

En este caso concreto, tal y como ocurre en el supuesto enjuiciado en la STS 457/2020, de 17 de septiembre, la madre de la menor no realizó la grabación con el fin de obtener pruebas para aportarlas al proceso penal, sino con la finalidad de satisfacer un interés privado, actuando con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en el momento en que se realizó a la voluntad de prefabricar pruebas.

Concluye el Tribunal Supremo en dicha sentencia señalando que la vulneración de los derechos del acusado en este caso, “no comporta la nulidad de la evidencia obtenida, pues no consta que la grabación se realizara con la finalidad de obtener irregularmente pruebas orientadas a impulsar o servir en un eventual proceso penal”.

3. CONCLUSIONES.

1.- La declaración de Estela, menor de edad, presunta víctima de abuso sexual, incluso aunque sea la única prueba directa sobre los hechos, será apta para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, siempre que el juzgador, previa valoración de la misma en relación con el resto de pruebas y bajo los parámetros de la lógica, la experiencia y la ciencia, llegue a un convencimiento bastante sobre su credibilidad.

Puesto que el único testigo directo es la menor, el órgano de enjuiciamiento deberá ser especialmente cauto en la valoración de su declaración pues, debido a la corta edad de la víctima, sus declaraciones pueden verse influidas por diversos factores que hagan que éstas se aparten de la realidad. Destacar entre ellos el carácter fácilmente sugestionable de los menores de edad y su aún en desarrollo capacidad cognitiva, pudiendo incurrir la menor en fabulaciones.

2.-En aras a la protección de la menor en su intervención en el proceso penal, principalmente con el fin de evitar en la medida de lo posible su victimización secundaria, resulta conveniente que se adopten determinadas medidas de protección, las cuales están previstas legalmente tanto en el Estatuto de la Víctima del Delito como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La adopción de tales medidas ha de ser graduada caso a caso, desde un nivel mayor de protección a uno menor, en función de la edad de la víctima menor, su madurez y demás características de su personalidad, así como la gravedad del delito del que presuntamente ha sido víctima.

En el presente caso, la presunta víctima cuenta con tan solo 9 años de edad cuando ocurren los hechos, siendo el delito cometido especialmente grave, por atentar contra su indemnidad sexual y, además, haberse cometido por una persona que convive con ella y con la que seguramente mantenía, con carácter previo a la comisión de los hechos, una relación basada en la confianza. Por ello, las medidas de protección que habrán de adoptarse deberán otorgar a Estela un alto nivel de protección.

Entre tales medidas, se releva como especialmente conveniente la de evitar la confrontación visual entre víctima y victimario tanto en las declaraciones prestadas por Estela en fase sumarial como en el acto del juicio oral, usándose para ello los medios técnicos necesarios, y la posible intervención de expertos en la toma de declaración de la misma, principalmente profesionales expertos en el ámbito de la psicología infantil, así como en la psicología del testimonio.

3.- Es permitiente y muy aconsejable la preconstitución de la prueba, permitiéndose que la declaración o exploración de la víctima llevada a cabo en el sumario pueda acceder al juicio oral mediante su grabación como prueba de cargo. Esta solución es de especial importancia teniendo en cuenta que llamar a la menor nuevamente a declarar pueda suponer graves peligros para su integridad psíquica, su estabilidad emocional y su normal desarrollo personal.

Aunque esta no sea la regla general, atendida la exigencia de contradicción que rige en nuestro proceso penal, en el supuesto práctico que nos ocupa habremos de concluir que, si bien por su corta edad será aconsejable que se preconstituya la prueba, más aún cuando el supuesto victimario es una persona de su entorno y los hechos cometidos atentan contra su indemnidad sexual, siendo éstos especialmente graves, no hemos de olvidar que ha de acreditarse que la existencia de un riesgo evidente para la integridad psíquica del menor si se obligase a ésta a declarar nuevamente en el juicio oral.

4.- Respecto de la validez como prueba de la grabación efectuada por Lorena, hay que tener en cuenta que la ponderación entre el interés de perseguir los delitos que incumbe al Estado y el interés en que durante el proceso penal se garanticen los derechos que incumben al acusado, puede llevar al órgano de enjuiciamiento a valorar como prueba de cargo válida las pruebas obtenidas por particulares con vulneración de derechos fundamentales siempre y cuando las mismas se hayan obtenido en absoluta desconexión con el proceso penal y sin intención de ser vertidas en el mismo. Por tanto, la grabación realizada por la madre de la menor podrá valorarse por el órgano de enjuiciamiento como prueba de cargo válida sobre la que sustentar su sentencia condenatoria, dado que la intención de Lorena cuando se realizó la misma no era la de crear un elenco probatorio que aportar a un posterior proceso, sino la de confirmar sus sospechas.

4. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.

- 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”, *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 3, 2015.
- ASECIO MELLADO, J.M. (dir.): *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- BAYARRÍ MARTÍ, L.: “Prueba pericial sobre credibilidad de víctimas y/o testigos. Especial referencia a la efectuada a niños y niñas en los casos de abusos sexuales”, visto en: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Bayarri-Mart%C3%AD-Mar%C3%ADa-Luisa.-Comunicaci%C3%B3n..pdf>
- CARBALLO ARMAS, P.: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2004.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores, víctimas y testigos.
- GARCÍA INGELMO: “Protección procesal de los menores víctimas y testigos” publicado en MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREZA, C. (coord.) *El fiscal y la protección jurídica de los menores de edad. Guía práctica*. Asturias: Fundación Aranzadi Lex Nova/Fundación Eaquitas, 2013.
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L.: “La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual” publicado en *Diario La Ley*, nº 9199, 2018, rescatado de <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMzMxMTQ7WY1KLiZPw8WYMDQwsDUwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqANW5k7s1AAAAWKE>
- SOTOCA, A., MUÑOZ, J. M., GONZÁLEZ, J.L., y MANZANERO, A.M.: “La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la Psicología Jurídica”, publicado en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 102, 2013.

5. JURISPRUDENCIA.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2005, asunto C-105/2003 (“Caso Pupino”).

Tribunal Constitucional.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1996, de 9 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2005, de 18 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2006, de 16 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2006, de 24 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2011, de 7 de noviembre.

Tribunal Supremo, Sala 2ª.

- Sentencia del Tribunal Supremo 404/2005, de 25 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 666/2008, de 1 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 925/2012, de 8 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 470/2013, de 5 de junio.
- Sentencia del Tribunal Supremo 61/2014, de 3 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 632/2014, de 14 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 713/2015, de 16 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 116/2017, de 23 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 289/2017, de 29 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 727/2018, de 30 de enero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 178/2018, de 12 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo 222/2019, de 29 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo 282/2019, de 30 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 304/2019, de 11 de junio.
- Sentencia del Tribunal Supremo 495/2019, de 17 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 44/2020, de 11 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 457/2020, de 17 de septiembre.

Tribunales Superiores de Justicia.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 57/2020, de 5 de marzo.

Audiencias Provinciales.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 746/2013, de 2 de septiembre.