



Universidad de Valladolid



Facultad de Derecho

Máster en Abogacía

**Trabajo de Fin de Máster:
Declaración y tratamiento de la
víctima en el proceso penal.**

Presentado por:

Azucena Carrillo Cristin

Tutelado por:

Coral Arangüena Fanego

Valladolid, 2022

1. OBJETO DEL DICTAMEN	3
2. POSIBILIDAD/ CONVENIENCIA DE EJERCITAR LA ACCIÓN PENAL FRENTE A MANUEL	4
3. SUFICIENCIA DEL TESTIMONIO DE ESTHER, VÍCTIMA DE LOS HECHOS, COMO PRUEBA DE CARGO PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	9
4. FORMA EN QUE ESTHER HA DE PRESTAR TESTIMONIO Y EL TEMOR DE UNA POSIBLE VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA	15
5. CONCLUSIONES	27
6. LEGISLACIÓN	31
7. BIBLIOGRAFÍA	32
8. JURISPRUDENCIA	33

1. OBJETO DEL DICTAMEN.

Laura, mayor de edad, divorciada, residía con su hija Esther en la calle Hondonada 4 de Valladolid. Esther, nacida el 6 de enero de 2006, tiene reconocida una discapacidad del 65% por retraso mental ligero y enfermedad del sistema endocrino-metabólico por hipotiroidismo-talla baja de etiología metabólica. Dicha discapacidad mental merma significativamente su capacidad de decidir y de consentir actos sexuales y es perceptible por terceras personas en el trato con la misma. Realiza estudios de auxiliar de cocina en el programa especial de integración social y laboral de jóvenes con discapacidad psíquica.

Laura inició a principios de 2018, una relación de pareja con Manuel que, a los pocos meses, trasladó su residencia al domicilio de Laura y Esther. En agosto de 2020 Laura comienza a trabajar como camarera en un establecimiento de hostelería, con un horario de 18:00 a 24:00 horas, encargándose a partir de entonces Manuel de la atención a Esther, lo que exigía recogerla a las 20:00 horas del centro donde cursaba sus estudios de cocina para llevarla de vuelta a casa, ocuparse de la cena y controlar que Esther se retirara a dormir a una hora determinada.

Desde comienzos del mes de septiembre de 2021 Laura comienza a observar en Esther un comportamiento algo extraño. El 8 de octubre de 2021, al regresar Laura de su trabajo y entrar en la habitación de Esther para comprobar si estaba dormida, la encuentra despierta, muy nerviosa y sofocada. Y a preguntas de su madre, Esther le responde que Manuel se acaba de marchar de su dormitorio y le dice que todas las noches viene a su dormitorio a arroparla y también que muchas de esas noches se introduce en su cama y le realiza tocamientos en la zona genital, así como en sus pechos, so pretexto de tranquilizarla y ayudarla a conciliar el sueño.

Ante tales revelaciones Laura decide denunciar los hechos, pero teniendo en cuenta que como consecuencia de los mismos, Esther ha desarrollado sintomatología ansio-depresiva, se le plantean dudas sobre las siguientes cuestiones a resolver.

- 1.1. Posibilidad/conveniencia de ejercitar la acción penal frente a Manuel.**
- 1.2. Suficiencia del testimonio de Esther, víctima de los hechos, como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia.**
- 1.3. Forma en la que Esther ha de prestar testimonio y el temor de una posible victimización secundaria.**

2. POSIBILIDAD/CONVENIENCIA DE EJERCITAR LA ACCIÓN PENAL FRENTE A MANUEL.

Atendiendo al artículo 1 apartado 2 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, estamos ante un acto de violencia producido por Manuel hacia Esther, ésta, que además de ser menor, por tener 15 años en el momento que acuden a esta consulta legal, es una persona discapacitada necesitada de especial protección debido a sus patologías.

Como consecuencia de los hechos, Esther ha visto alterado su desarrollo psíquico, ya que ha sufrido sintomatología ansio depresiva, avalada por los informes médicos y psicológicos aportados por Laura, madre de la demandante.

Esther está sufriendo violencia sexual en el ámbito familiar, ya que Manuel es la pareja actual de su madre, Laura. La nueva legislación nos aporta una definición de lo que se entiende por acto violento, así, es *“toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.*

En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar.”

Según interpretaciones doctrinales sobre la libertad sexual de los menores, debemos recordar las palabras de Gloria González, que nos dice que *“los niños y jóvenes no gozan de libertad sexual por tanto, debe protegerse un bien jurídico intermedio, único, la indemnidad sexual”*.

Los hechos descritos por Esther son constitutivos de un delito contra la libertad sexual tipificado en el artículo 183 del Código Penal, donde el apartado primero nos relata que *“El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.”* Esta pena de prisión deberá imponerse en su mitad superior por concurrir las circunstancias agravantes previstas en las letras a) y d) del apartado 4 del citado artículo 183, así la letra a) recoge que *“a) Cuando la*

víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años” y la letra d) “d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.”.

En cuanto a la definición que nos ofrece el Código Penal sobre las personas discapacitadas necesitadas de especial protección, hay que atenerse a lo que nos dice el artículo 25, así *“aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.*

Por todo ello, estos hechos constitutivos de un delito, son denunciables, no solo por la propia Esther, como víctima, sino por su madre, Laura. En el caso de Laura, tiene el deber especial de comunicárselo a las autoridades competentes, no solo por ser la representante legal de su hija, sino, tal y como recoge el artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se impone un mandato a toda persona que conozca los hechos de denunciarlos ante las autoridades competentes, al igual que, tendría obligación de denunciar los tutores, directores y/o representantes del colegio al que acude Esther si son conocedores de los hechos. Para evitar el silencio del entorno, las personas que denuncian la situación de violencia, gozan de especial protección, seguridad y confidencialidad¹.

Conforme a los informes que obran en mi poder, aportados por las denunciantes, se dice expresamente que Esther no tiene capacidad suficiente para consentir actos sexuales, lo que excluyen desde luego, preguntas en tal sentido. De no constar esta información, los cuerpos y fuerzas de seguridad, ante la duda, deben presumir siempre que no existe esa capacidad de consentimiento y en base a la protección, sensibilización y actuación que deben mostrar éstos, deben evitar preguntar directamente si Esther ha consentido o no los actos².

Según la nueva redacción dada al artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 8/2021, Laura tiene obligación de denunciar, por ser un delito contra la

¹ Artículo 20 LO 8/2021, de 4 de junio.

² Guía de Intervención Policial con personas con discapacidad intelectual del Ministerio del Interior. Fecha 2017. Capítulo 3. Aspectos legales a considerar en el trabajo policial con personas con discapacidad intelectual. Punto 3.3. Las personas con discapacidad intelectual ante la denuncia. La capacidad de denunciar.

libertad e indemnidad sexual, dado que la víctima es una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección. Laura, si no se atreve a denunciar ante los cuerpos y fuerzas de seguridad, que según indica esta nueva normativa, deberán contar con unidades especializadas en la investigación, prevención, detección y actuación ante este tipo de situaciones, puede acudir ante los servicios sociales que le correspondan, donde, a través de los equipos de intervención, deberán establecer vías de apoyo a Esther, y aunque se les dota de condición de autoridad, estos servicios sociales, podrán pedir la colaboración de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para su intervención³, *“El personal funcionario que desarrolle su actividad profesional en los servicios sociales, en el ejercicio de sus funciones relativas a la protección de los niños, niñas y adolescentes, tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá solicitar en su ámbito geográfico correspondiente la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de los servicios sanitarios y de cualquier servicio público que fuera necesario para su intervención.”*. Para ello deberán establecer un plan de intervención para proteger al menor, con profesionales especializados en la materia, sobre todo cuando se trata de delitos de violencia sexual.

Debemos recordar que, aunque Esther no se persone como parte en la causa, esto no quiere decir que renuncie a su derecho de restitución, reparación o indemnización. Tema aparte es que Esther, dada su discapacidad entienda el significado de denunciar a Manuel y pueda tomar esa decisión libre y conscientemente; con esta nueva regulación se dota a toda persona con discapacidad, tanto a las que la han adquirido a cierta edad como a las que nacieron con ella, representadas, tradicionalmente, estas últimas, por sus tutores o progenitores, de capacidad suficiente a partir de que se les haya informado con los medios necesarios, adecuados y suficientes del alcance que tiene interponer esta denuncia.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, en su articulado da indicaciones a las personas intervinientes durante todo el procedimiento, incluso a partir de la denuncia, sobre cómo utilizar un lenguaje accesible en las comunicaciones, atendiendo a las circunstancias personas que pueda tener la persona discapacitada (sordera, ceguera, etc...), asistencia y apoyos para que se puedan entender con las autoridades, al igual que acompañamiento por la persona que la víctima elija⁴. Las autoridades deben proporcionar a Esther el apoyo que sea preciso, ya sea médico, psicológico y cuantos medios materiales sean necesarios, informándola del procedimiento para denunciar de una manera clara y adecuada para cerciorarse de que entiende el procedimiento y el alcance de la denuncia.

³ Artículos 41 y siguientes LO 8/2021, de 4 de junio.

⁴ Artículo 4 y siguientes de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Aunque Esther o su madre decidieran no denunciar los hechos constitutivos de delito a los que puede enfrentarse Manuel, por ahora, con la nueva Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, deben saber que cuentan con un periodo amplio de prescripción, ya que el artículo 132.1 del Código Penal, en su párrafo tercero, amplía el plazo de prescripción, empezando a contar desde que la víctima cumple los 35 años, cuando ésta sea menor de 18 años, así expresamente dice que *“en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento”*⁵.

Además de ello, Esther tiene derecho a la defensa y representación gratuita de abogado y procurador, tal y como recalca la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita. Tal y como indica la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita cuyo artículo 2. g), según redacción dada por la Ley Orgánica 8/2021, expresamente recoge que la asistencia gratuita con independencia de los recursos para litigar cuando la persona es discapacitada necesitada de especial protección, expresamente recoge que *“Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a las personas menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos”*⁶.

Para mayor precisión y entendimiento de la redacción de este artículo, ha de hacerse hincapié en el momento que se adquiere la condición de víctima, así, en el propio apartado g), tercer párrafo, indica que *“A los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere esta letra, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justicia gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o*

⁵ Modificado por la Disposición final sexta. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Punto Diez.

⁶ Modificado por la Disposición Final siete de la LO 8/2021, de 4 de junio.

provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento". Al igual que recoge la pérdida del beneficio de justicia gratuita, aunque no tendrá que abonar los gastos ocasionados hasta la pérdida del beneficio.

3. SUFICIENCIA DEL TESTIMONIO DE ESTHER, VÍCTIMA DE LOS HECHOS, COMO PRUEBA DE CARGO PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Presenta cierta complejidad desvirtuar la presunción de inocencia cuando contamos con una única prueba, el testimonio de la víctima.

Debemos recordar que la presunción de inocencia está expresamente recogida en el artículo 24 de la Constitución, es decir, es un derecho fundamental. Por ello, el Tribunal Supremo destaca una serie de requisitos que han de concurrir para desvirtuar este derecho con el testimonio de la víctima en su sentencia 952/2013, de 5 de Diciembre ⁷, a saber; en primer lugar, y de forma expresa, que debe de haber *“ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre”*, es decir, que no exista una cause que ataque la credibilidad del testimonio, como por ejemplo, enemistad o venganza contra el acusado. En segundo lugar *“2º) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio, - declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (art. 109 y 110 L.E.Criminal); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho”*. En tercer lugar, *“persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad. (Cfr. STS 1029/1997, de 29 de diciembre)”*, es decir, no deben existir contradicciones en la declaración de la víctima, debiendo ser igual a lo largo del tiempo, sin ambigüedades.

Un ejemplo reciente de aplicación de estos criterios es la Sentencia del Tribunal Supremo 4320/2021 de 25 de noviembre de 2021⁸, que considera el testimonio de la víctima como prueba directa, siendo prueba de cargo y sometida al criterio de valoración

⁷ STS 952/2013, 5 de Diciembre de 2013. Roj: STS 5863/2013. ECLI:ES:TS:2013:5863. Id Cendoj: 28079120012013100946.

⁸ STS 4320/2021, de 25 de noviembre de 2021. Roj: STS 4320/2021. ECLI:ES:TS:2021:4320. Id Cendoj: 28079120012021100907.

del Tribunal⁹. Además de que el Tribunal aplica los criterios de la mencionada sentencia y de ellos dilucida, por las pruebas, incluso de los análisis psicológicos realizados a la víctima, que el relato cumple los tres requisitos mencionados, desestimando el recurso de casación del acusado.

Al igual que en la Sentencia del Tribunal Supremo 4326/2021 de 24 de noviembre de 2021¹⁰, que recoge expresamente que *“La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera “creencia” en la palabra del testigo, a modo de un acto de fe ciego, de una intuición, o de un “pálpito” bendecido irracionalmente con la invocación a una etérea intermediación, como coartada de la orfandad motivadora. En los casos de “declaración contra declaración” (aunque normalmente no aparecen supuestos en ese estado puro y desnudo, sin otros elementos concomitantes), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda respecto de la credibilidad. Cuando una condena se basa, en lo esencial, en una testifical ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica. Sus exigencias se acrecientan.”*¹¹ Recalcando la necesidad del análisis triple que ya hemos mencionado. En esta sentencia también se nos dice, en cuanto al relato coherente y lineal que debe seguir la víctima para desvirtuar la presunción de inocencia, que no es necesario que sea idéntico, ya que, en nuestra mente, no se almacenan los recuerdos de manera precisa, por lo que puede haber errores e inconsistencias, hecho que no hace que el relato fáctico no sea cierto¹².

Siguiendo estas indicaciones, si Esther las cumple, su testimonio será suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de Manuel y conseguir una sentencia condenatoria, aunque para ello deba de someterse a las periciales y los test psicológicos correspondientes.

Según el relato a analizar, nada indica que Esther tenga ningún problema con la pareja de su madre para acusarlo de los hechos que supuestamente ha realizado. También hay que tener en cuenta que Esther no relata los hechos de forma casual y espontánea, sino que es Laura, su madre la que se percata de que algo está pasando y que Esther tiene un comportamiento extraño. Para poder corroborar ante el Tribunal este comportamiento, sería recomendable que Laura y Esther se pudieran apoyar en el testimonio de sus

⁹ Fundamento de Derecho Segundo. Punto 2.4.

¹⁰ STS 4326/2021, de 24 de noviembre de 2021. Roj: STS 4326/2021. ECLI:ES:TS:2021:4326. Id Cendoj: 28079120012021100910.

¹¹ Fundamento de Derecho Segundo. Punto 1. Recogiendo lo establecido en la Sentencia del mismo Tribunal 597/2021, de 6 de julio de 2021.

¹² Fundamento de Derecho Tercero. Punto 2.

profesores de la escuela de cocina. También, dato importante es la sintomatología ansio depresiva que ha desarrollado Esther por los hechos que se han producido, informe médico y/o psicológico que servirá de fundamento para dar validez a su testimonio, como se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo 4320/2021 de 25 de noviembre de 2021¹³.

Debemos recordar, que según doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional¹⁴, la declaración de la víctima es prueba directa, no indiciaria, pero que, como todas las pruebas en nuestra legislación, está supeditada a la valoración del tribunal.

Como ejemplo del debate jurisprudencial al respecto es de reseñar la Sentencia del Tribunal Supremo 68/2020, de 4 de febrero de 2020¹⁵, en su Fundamento de Derecho Primero, el Tribunal nos dice que es *“imposible fundar una condena sobre la base de la mera “creencia” en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe”*, debiéndose exigir una valoración profunda respecto a la credibilidad del acusador, hay que *“redoblarse el esfuerzo de motivación fáctica de forma que se muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio”*. Considerando los tres requisitos antes mencionados, orientativos, ya que no se incluye ningún presupuesto de validez o de utilización, incluso se pueden tener en cuenta otros criterios de valoración. En esta sentencia, el Tribunal, entiende que puede que no se cumpla alguno de los tres requisitos, y aún así entender que el testimonio único de la víctima es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, o viceversa, o, por el contrario, se cumplen todos y no es suficiente.

Debemos recordar el deber de motivación de las resoluciones judiciales recogido en el artículo 120.3 de la Constitución, relacionándolo con la tutela judicial efectiva del artículo 24.1, también de nuestro texto constitucional. Principio general de nuestro ordenamiento jurídico y necesario para sustentar una sentencia condenatoria sin que se vulnere la presunción de inocencia del acusado. En base a este argumento gira la Sentencia del

¹³ Fundamento de Derecho Segundo. Punto 2.6. *“En el caso examinado la facultativa afirmó que cuando Delfina evocaba lo vivido aparecían signos ansiosos y postraumáticos de forma espontánea, y su relato estaba ausente de elementos objetivos que denotaran simulación o fabulación”*.

¹⁴ STS 1317/2004, de 16 de noviembre de 2004. Roj: STS 7401/2004. ECLI:ES:TS:2004:7401

Id Cendoj: 28079120012004101187 y STC 173/1990, de 12 de noviembre de 1990. (BOE núm. 289, de 03 de diciembre de 1990). ECLI:ES:TC:1990:173 y STC 229/1991, de 28 de noviembre de 1991. (BOE núm. 3, de 03 de enero de 1992). ECLI:ES:TC:1991:229.

¹⁵ STS 68/2020, de 24 de febrero de 2020. Roj: STS 681/2020. ECLI:ES:TS:2020:681. Id Cendoj: 28079120012020100115.

Tribunal Supremo 692/2021 de 15 de septiembre de 2021¹⁶, recogiendo la argumentación de la sentencia inmediatamente anterior mencionada. Recalcando la suficiencia de la motivación de la resolución judicial para tomar como válida la única prueba testifical de la víctima. En este sentido, también, nos encontramos con la Sentencia del Tribunal Supremo 684/2021, de 15 de septiembre¹⁷, ahondando en la valoración que el juez debe hacer de la declaración de la víctima cuando es la única prueba, después de entender que los tribunales anteriores han valorado suficientemente el testimonio de la víctima como prueba contra la presunción de inocencia del acusado, nos dice expresamente que *“pero no como una convicción subjetiva acerca de ello, sino, objetiva, en base al conjunto del material probatorio”*. El tribunal, al valorar la declaración de la víctima como prueba, no se considera que es lo que *“el tribunal cree que ocurrió”*, sino que es lo que realmente ocurrió después de la valoración de todo el conjunto de material probatorio. Entiende, el Tribunal Supremo, que cuando no hay nada que respalde el testimonio de la víctima, no se tiene por qué entender como una invención, ya que es normal que después de lo sucedido, la víctima sienta animadversión, odio y otros tantos sentimientos en contra del acusado, entendiendo que existen, además de los tres requisitos mencionados con anterioridad, unos parámetros orientativos, como *“referentes sucesivos de orientación práctica de “observación” por quien tiene el privilegio de la inmediatez del escuchar a la víctimas o víctimas que deponen en el plenario”*, parámetros orientativos que podemos encontrar en la Sentencia del mismo tribunal 119/2019, de 6 de marzo de 2019¹⁸, sentencia muy interesante, donde en su Fundamento de Derecho Tercero, nos relata los factores a tener en cuenta durante el proceso valorativo que hace el Tribunal, tales como el lenguaje gestual o la seriedad expositiva; también nos enumera las dificultades que puede sufrir la víctima, como temor o el deseo de olvidar los hechos; también incluye unos factores adicionales, como la distinción de situaciones o el detalle de los hechos; también cuestiones a valorar, como por ejemplo, si hay prueba material, si es incriminatoria o si ha sido obtenida de manera lícita.

Llegados a este punto previo de la denuncia, tenemos que plantearnos la dispensa del deber de declarar que recoge el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

¹⁶ STS 692/2021, de 15 de septiembre de 2021. Roj: STS 3363/2021.ECLI:ES:TS:2021:3363. Id Cendoj:28079120012021100676.

¹⁷ STS 684/2021, de 14 de septiembre de 2021. Roj: STS 3374/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3374. Id Cendoj: 28079120012021100683.

¹⁸ STS 119/2019, de 6 de marzo de 2019. Roj: STS 678/2019 - ECLI:ES:TS:2019:678. Id Cendoj: 28079120012019100162

reformado por la Ley 8/2021, que la elimina con base a un interés “*que se considera más digno de protección*”.

Como ya sabemos, el legislador, tras la última modificación, cambia esta dispensa para el caso de los testigos, estableciendo que si han declarado al inicio del procedimiento, aún siendo informados de esta dispensa, tienen la obligación de declarar cada vez que sean requeridos. Mayor problema plantea en el momento de la denuncia, no se nos dice nada en la nueva regulación, pero atendiendo al “espíritu de la ley”, se pierde la dispensa al relatar los hechos¹⁹. En este sentido nos encontramos la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 625/2007, de 12 de julio (LA LEY 79561/2007), en la que se afirmaba que «*el art. 416.1º establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantees espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección*». Más recientemente, la mencionada STS (Sala de lo Penal, Pleno) 389/2020, de 10 de julio, vuelve a manifestar esta idea: «*tal derecho es incompatible con la posición del denunciante como víctima de los hechos, máxime en los casos de violencia de género en donde la mujer denuncia a su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, debiendo naturalmente atribuirle la comisión de unos hechos que revisten los caracteres de delito. Y en algunos delitos, es imprescindible su contribución procesal para que pueda activarse el proceso. Pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial*».

Según la modificación del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, la dispensa de declarar ya no es de aplicación en tres supuestos; en primer lugar, cuando el testigo sea el representante legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o persona discapacitada necesitada de especial protección, dando respuesta a casos como el que nos atañe. En segundo lugar, cuando sea un delito grave²⁰, cuando el testigo esté personado como acusación particular, cuando haya aceptado, el testigo, declarar en el procedimiento habiendo sido informado de este derecho y cuando el testigo no puede comprender el sentido de este derecho, el juez, después de oírlo, puede solicitar el auxilio de peritos. Esta excepción última lo que implica es que ni los progenitores ni representantes legales tomen tal decisión de acogerse o no a la dispensa,

¹⁹ En contra, Rodríguez Álvarez, Ana (2021) quien considera que aunque se declare durante la investigación policial no se pierde este derecho (dispensa de la obligación de declarar) en un momento posterior. También, por considerar que la declaración ante los agentes policiales “no forma parte del procedimiento” Rodríguez Rebolledo, M. (2022) apartado 2.

²⁰ Lo que entiende el Código Penal como tal, excluyendo los leves y menos graves (Ana Rodríguez Álvarez, 2021).

por ellos, pero siempre y cuando se tengan las aptitudes necesarias para tomar una decisión por ellos mismos al respecto, esta valoración de aptitudes se deja al libre juicio del Tribunal. Aun así, la modificación que la Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge, entiende que si no existen estas aptitudes, el menor o discapacitados necesitado de especial protección, debe declarar, con las garantías que la propia ley recoge.

Esta nueva regulación no es la seguida hasta ahora por los Tribunales, tal y como recogen la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 663/2018, de 17 de diciembre: *«La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que tal advertencia es necesaria cuando los menores tengan la suficiente madurez. Aspecto éste que puede depender de numerosas circunstancias que deben ser valoradas expresamente por el Tribunal. Cuando carecen de la necesaria madurez, la decisión corresponde al progenitor no privado de la patria potestad y que sea ajeno a los hechos objeto del proceso».*

4. FORMA EN LA QUE ESTHER HA DE PRESTAR TESTIMONIO Y EL TEMOR DE QUE DE ELLO SE DERIVE UNA POSIBLE VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA.

Uno de los problemas que se plantea la madre de Esther, Laura, es que ésta pase por un proceso judicial y sea sometida a sucesivos interrogatorios y que éstos, puedan causarle severos perjuicios, derivando en una victimización secundaria.

En primer lugar, hay que delimitar terminológicamente lo que se considera victimización y victimización secundaria, pudiendo entender que²¹:

“Victimización Primaria: es el proceso por el que una persona sufre de manera, directa o indirecta, los efectos de un hecho delictivo o traumático.

Y victimización Secundaria: surge como consecuencia de la intervención de las distintas instituciones en el hecho, las cuales, en muchas ocasiones incrementan el padecimiento de la víctima. Por ejemplo: al tener que declarar varias veces los hechos y revivirlos, miedo a que no la crean, que se la culpabilice, tener que enfrentarse al delincuente, la larga duración de los procesos legales, la forma en la que los medios tratan el caso, etc.”

En este sentido, como indica el Manual de Abuso Sexual Infantil: manual de formación para profesionales de Save The Children²², está más que acreditado que cuando una persona víctima de abuso sexual se enfrenta a un proceso judicial, sufre una victimización secundaria, suponiendo un perjuicio adicional a la experiencia previa que ha tenido que sufrir. Este manual también nos apunta que no siempre es así, sino que todo va a depender, primero de la persona, y segundo, de una serie de factores de protección, así como; contar o no con apoyo psicosocial, la actitud de este apoyo cuando se relatan los hechos, contar con apoyo psicológico, incluso la identidad del abusador, sobre todo la posibilidad de seguir conviviendo con él o no. También son factores que afectan a esta victimización secundaria, la actitud del entorno y las medidas tomadas, incluidas las tomadas judicialmente.

A esto hay que añadir el proceso judicial en sí, en el que también puede sufrir una victimización secundaria. Antes de la publicación de esta nueva ley, el proceso judicial carecía de suficientes mecanismos para proteger a los menores o personas con discapacidad

²¹ Según definición de Córdoba, Cristina R. (2022) p.180

²² https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/manual_abuso_sexual.pdf

necesitadas de especial protección, ya que el fin último era obtener una resolución condenatoria contra el autor de los hechos.

Para ello en la nueva legislación, se regula la prueba preconstituida, así, según los nuevos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el 449 bis y 449 ter de la ley de Enjuiciamiento Criminal²³, donde se regula este tipo de prueba, quedando eliminada la limitación *“existente en la legislación anterior que circunscribía la posibilidad de preconstitución probatoria a las personas con la discapacidad judicialmente modificada”*²⁴, ampliándose a toda persona discapacitada necesitada de especial protección. Aunque solo para los casos que la ley lo prevea, por lo que es algo excepcional y debe cumplir los requisitos que se recogen.

Según estos nuevos artículos incluidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Esther, debe prestar testimonio acompañada de los medios, no solo materiales, sino también humanos, que sean necesarios. Por lo que, si es necesario, deberá estar acompañada de un equipo psicosocial (Facilitadores²⁵), atendiendo, siempre, a sus condiciones personales y particulares. Debe evitarse siempre el encuentro con el agresor²⁶, además de que sus declaraciones podrán ser grabadas con los medios informáticos que sean necesarios para no tener que estar prestando declaración cada vez que sea llamada a ello, el Juez deberá comprobar que la grabación es de calidad suficiente y el Letrado de la Administración de Justicia levantará acta sucinta con la identificación y firma de todas las personas intervinientes. Todo ello en relación con el artículo 730.2 de dicha ley, para la reproducción de las grabaciones cuando alguna de las partes lo solicite. La finalidad de esta comprobación es que *“en su día pueda desplegar la virtualidad probatoria perseguida evitando que el declarante deba volver a hacerlo en el juicio oral”*²⁷.

El artículo 449 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos indica las condiciones en las que debe realizarse la prueba preconstituida, debiendo estar presente la representación legal de la persona investigada, sino, se nombrará un abogado de oficio para practicar la prueba preconstituida. Con ello se garantiza el principio de contradicción, *“La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada, en todo caso, deberá estar presente. En caso de incomparecencia injustificada del defensor de*

²³ Introducidos por la Disposición final primera de la ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

²⁴ Arangüena Fanego, C. (2022) p.596.

²⁵ Coral Arangüena (2022) p.597 nos habla de esta figura como *“aquel profesional experto que realiza tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender u ser entendida”*.

²⁶ Artículo 20 del Estatuto de la Víctima.

²⁷ Coral Arangüena (2022) p.598.

*la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto*²⁸.

El 449 ter, con una referencia concreta a los menores de catorce años, indica que, cuando una persona con discapacidad necesitada de especial protección tenga que intervenir de testigo en delitos de *“homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo”*, deberá hacerse con todas las garantías y apoyos necesario, pudiendo acordar que intervenga un equipo psicosocial, teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del menor o con discapacidad, el Tribunal recogerá las preguntas de las partes, previo filtro del Tribunal, que se habrá pronunciado sobre su pertinencia y utilidad.

En la nueva redacción del artículo 703 bis y en la modificación del artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se nos indica que se utilizarán las grabaciones de las declaraciones durante la vista o el juicio, sin necesidad de que estén presentes, siempre y cuando no produzca indefensión a alguna de las partes²⁹. Se reproducirá en la vista la grabación sin que sea necesaria la presencia del testigo en dicha vista. Además, para el caso de personas menores o de especial protección³⁰, deberá motivarse su comparecencia y siempre debe de ser con carácter excepcional, además *“asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad”*. A todo ello hay que añadir que se debe evitar la confrontación del menor o persona con discapacidad con la persona investigada. Estas indicaciones se hacen extensibles a los delitos leves y en la instrucción de los delitos indicados. Debiendo practicarse prueba preconstituida siempre³¹, tanto en fase de instrucción como en el juicio.

Si el tribunal entiende que el menor o la persona discapacitada necesitada de especial protección, a pesar de contar con la prueba preconstituida, debe comparecer por los motivos antes mencionados, deberá motivar suficientemente esta decisión. Un ejemplo de

²⁸ Se incluye por la Disposición final primera, Punto 7 de la LO 8/2021, de 4 de junio.

²⁹ Modificados por la LO 8/2021, de 4 de junio.

³⁰ En relación en el artículo 449 ter de la LECr.

³¹ Artículo 777.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal *“Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 449 ter, debiendo la autoridad judicial practicar prueba preconstituida, siempre que el objeto del procedimiento sea la instrucción de alguno de los delitos relacionados en tal artículo.”*

ello es la Sentencia del Tribunal Supremo 987/2021 de 12 de diciembre de 2021³², donde se acepta la declaración de la víctima por haberse añadido nuevos informes periciales que la defensa no conocía, expresamente *“se unió a la causa el resultado de determinados elementos de cargo (en particular, las grabaciones audio visuales), respecto de las cuales, por desconocerlas, ninguna pregunta pudieron formular las defensas a Bárbara. Observan, además, que los informes periciales que sirvieron de base al Tribunal Provincial para rechazar la declaración testifical en el acto del juicio de la menor, resultaron elaborados sin que los peritos que los emitieron se hubieran entrevistado previamente con ella.”*. Señala este Tribunal, que hay que preservar la estabilidad emocional y el normal desarrollo personal del menor. Haciendo referencia a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, § 56, el Tribunal Supremo en esta sentencia, enumera unos requisitos que se deben cumplir como garantía de la integridad del menor, así:

- a) *“ ... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor;*
- b) *debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual;*
- c) *debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta a través del experto, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados.*

Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Liidi, § 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta, § 68, y de 20 de abril de 2006, caso Carta, § 49 y 19 de julio de 2012, caso Hümmel c. Alemania, § 38).

- d) *Para la incorporación del resultado probatorio preconstituido al juicio oral la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo en el que se haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias.*
- e) *Exige también que en el mismo se acredite el presupuesto de la causa legítima que impida que allí sean oídos los menores. En el caso Bocos-Cuesta contra Holanda (STEDH de 10 de noviembre de 2005) ya se dejó establecido que aunque la razón dada por los tribunales para no*

³² STS 987/2021, de 12 de diciembre. Roj: STS 4621/2021. ECLI:ES:TS:2021:4621. Id Cendoj: 28079120012021100976

escuchar a las víctimas -antes oída solamente en sede policial- consistió en no obligarles a revivir una experiencia posiblemente muy traumática, ello es insuficiente si no existe indicación en el expediente de que este motivo se fundamente en prueba concreta, como, por ejemplo lo sería un dictamen pericial, aun cuando el Tribunal es consciente de que la organización de los procesos penales, de tal manera que se protejan los intereses de los testigos de muy corta edad, en particular en los procedimientos judiciales que implica delitos sexuales, es una consideración pertinente, para ser tenido en cuenta a los efectos del artículo 6, en este concreto caso, la razón dada por los tribunales de primera instancia para rechazar la petición del demandante para oír a las cuatro víctimas, no resulta suficientemente justificado y, por tanto, deriva de meras especulaciones.”.

En esta Sentencia del Tribunal Supremo, (987/2021, de 12 de diciembre), la exploración del menor se hará ante la presencia de expertos y del Ministerio Fiscal, evitándose, como ya he mencionado, la confrontación visual con el acusado, para ello se debe prever el uso de videoconferencia para realizar el interrogatorio.

Como se trata de garantizar, también, el derecho a la defensa del acusado, deberá ser informado de que se va a oír al menor, pudiendo observar la declaración y preguntar, ya sea directa o indirectamente. Expresamente el Tribunal nos indica la forma de realizar el interrogatorio *“se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso.”.*

A pesar de la obligación de practicarse la prueba preconstituida y las indicaciones que el Tribunal de Derechos Humanos ha hecho al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la sentencia 632/2014 de 14 de octubre, recuerda que *“no se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria*

cuando se trate de menores. Por ello la regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa.”. Pero las garantías que ofrece la nueva legislación, con la grabación de la declaración del menor o de la persona discapacitada necesitada de especial protección, y cumpliendo los requisitos que hemos visto, se puede afirmar que cumple con las garantías suficientes, tanto con la contradicción como el respeto del derecho de defensa del acusado.

Además, la Guía de Intervención Policial con personas con discapacidad intelectual del Ministerio del Interior³³, indica a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que deben evitar declaraciones innecesarias, para ello podrán utilizar testimonios de terceras personas que conozcan los hechos o incluso grabaciones de la víctima donde relate los hechos (con el consentimiento expreso de la víctima o su tutor)³⁴. Debiendo contar con ayuda especializada cuando sea necesario en función del grado y tipo de discapacidad intelectual de la víctima, adaptando un lenguaje sencillo y adaptado a la discapacidad de la víctima si fuera necesario. El artículo 21 del Estatuto de la Víctima dice expresamente que durante la investigación penal “Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal velarán por que, en la medida que ello no perjudique la eficacia del proceso:

a) Se reciba declaración a las víctimas, cuando resulte necesario, sin dilaciones injustificadas.

b) Se reciba declaración a las víctimas el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal.

c) Las víctimas puedan estar acompañadas, además de por su representante procesal y en su caso el representante legal, por una persona de su elección, durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir, salvo que motivadamente se resuelva lo contrario por el funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia para garantizar el correcto desarrollo de la misma.

d) Los reconocimientos médicos de las víctimas solamente se lleven a cabo cuando resulten imprescindibles para los fines del proceso penal, y se reduzca al mínimo el número de los mismos.”.

No hay que perder de vista el artículo 3 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que brinda una serie de garantías a la víctima, incluso después de la

³³ Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual.

³⁴ Capítulo 4. Las primeras actuaciones policiales previas a la entrevista con la persona con discapacidad intelectual. Punto 4.1. Valoración de los criterios para realizar la toma de declaración a la persona con discapacidad intelectual.

finalización del procedimiento, en su apartado 1 dice expresamente *“Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.”*. Para minimizar la victimización primaria y evitar la secundaria se pedirá a la Oficina de Asistencia a las Víctimas, derecho al que tienen Esther y Laura³⁵, para que las incluyan dentro de su plan de asistencia individualizado en diferentes áreas³⁶, donde se evaluará a Esther para que se respete su voluntad y se respete su integridad física, mental y moral, también trabajarán para que se evite la victimización y la victimización secundaria. Esta oficina emitirá un informe con recomendaciones para que se proteja a Esther durante el procedimiento judicial, incluida la investigación del delito.

En base a ello, el artículo 25 del Real Decreto 1109/2015 de 11 de diciembre, nos habla de cuatro fases:

Primera Fase: FASE DE ACOGIDA Y ORIENTACIÓN; informar de las actuaciones, problemas y consecuencias. Se harán a través de entrevistas (por el medio que sea necesario, presencial o no) con un lenguaje claro y sencillo. *“La entrevista tiene como fin que la víctima plantee sus problemas y necesidades, para así poder orientarla, analizar posibles intervenciones de otros recursos y, si procede, la derivación a los mismos.”*

Segunda fase: FASE DE INFORMACIÓN; desde un primer momento, incluso antes de interponer la denuncia, Ester tiene derecho a recibir la información necesaria y de forma que ella la entienda, por ejemplo; cómo interponer la denuncia, los servicios especializados a los que pueda acceder aunque no haya interpuesto la denuncia y la forma de solicitarlos, las medidas que puede solicitar de asistencia y apoyo, información sobre el acceso a la asistencia jurídica gratuita o a la devolución de los gastos judiciales, acompañamiento si es necesario durante el proceso judicial, la posibilidad de solicitar medidas de protección y cómo hacerlo, ayudas e indemnizaciones a las que puede acceder y cómo hacerlo, recursos contra las resoluciones judiciales cuando considere contrarias a sus intereses o derechos, datos para el contacto con las autoridades que tramitan su procedimiento por si es

³⁵ Artículo 10 Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

³⁶ Artículo 20 del Real Decreto 1109/2015 de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

necesario ponerse en contactos con ellos, servicios de justicia restaurativa³⁷ si fuera posible legalmente, información sobre fecha, hora y lugar de celebración del juicio sin retrasos innecesarios, de la acusación contra Manuel y cualesquiera otras cuestiones (artículos 5 del Estatuto de la víctima del delito y artículos 7 y 19 del Real Decreto 1109/2015).

Tercera fase: FASE DE INTERVENCIÓN;

- En el ámbito jurídico, información sobre el tipo de asistencia que puede recibir durante las actuaciones judiciales, los derechos que puede ejercitar, acceso al asesoramiento jurídico³⁸.
- En el ámbito médico-psicológico; evaluación y tratamiento para hacer frente a las consecuencias del delito, el procedimiento judicial y ayuda al entorno de la víctima. Se concretarán medidas de protección para disminuir los trastornos ocasionados por el delito y la victimización. *“Las Oficinas de Apoyo a las Víctimas deberán realizar un plan de apoyo psicológico para las víctimas especialmente vulnerables o necesitadas de especial protección. Este plan tendrá como fin general que la víctima pueda seguir el proceso penal sin volver a vivir angustia, fortalecer su autoestima, fortalecer la toma de decisiones y, en particular, aquellas que tienen relación con medidas judiciales.”*

Entre otras intervenciones, como la económica o socio- asistenciales.

Cuarta fase: FASE DE SEGUIMIENTO; durante todo el procedimiento y durante un tiempo después de la conclusión³⁹. *“En la fase de seguimiento las Oficinas analizan la situación jurídica, médico-psicológica, socio-asistencial y económica de la víctima tras el delito en distintos periodos de tiempo. En función de la situación de la víctima, se deberá establecer cuál es el momento adecuado del seguimiento.”*

Para cumplir con estos objetivos, el Estatuto de la víctima en sus artículos 24, 25 y 26 nos dicen quién o quiénes deben encargarse de que se valoren las necesidades y determinan las medidas de protección de Esther, así:

- *“... Fase de investigación del delito, al Juez de Instrucción, sin perjuicio de la evaluación y resolución provisionales que deberán realizar y adoptar el Fiscal, en sus diligencias de investigación o en los procedimientos sometidos a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, o los funcionarios de policía que actúen en la fase inicial de las investigaciones.*

³⁷ Artículo 15 Estatuto de la Víctima.

³⁸ Artículo 21 Real Decreto 1109/2015 de 11 de diciembre.

³⁹ Artículo 29 del Real Decreto 1109/2015 de 11 de diciembre.

- *Durante la fase de enjuiciamiento, al Juez o Tribunal a los que correspondiera el conocimiento de la causa.*

La resolución que se adopte deberá ser motivada y reflejará cuáles son las circunstancias que han sido valoradas para su adopción.”

“La víctima podrá renunciar a las medidas de protección que hubieran sido acordadas de conformidad con los artículos 25 y 26.”.

“3. En el caso de las víctimas que sean menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, su evaluación tomará en consideración sus opiniones e intereses.

4. Los servicios de asistencia a la víctima solamente podrán facilitar a terceros la información que hubieran recibido de la víctima con el consentimiento previo e informado de la misma. Fuera de esos casos, la información solamente podrá ser trasladada, en su caso, y con carácter reservado, a la autoridad que adopta la medida de protección.

5. Cualquier modificación relevante de las circunstancias en que se hubiera basado la evaluación individual de las necesidades de protección de la víctima, determinará una actualización de la misma y, en su caso, la modificación de las medidas de protección que hubieran sido acordadas.”.

Las medidas de protección concretas se recogen en el artículo 25, que nos dice expresamente que *“1. Durante la fase de investigación podrán ser adoptadas las siguientes medidas para la protección de las víctimas:*

- a) Que se les reciba declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin.*
- 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 le sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal.*
- d) Que la toma de declaración, cuando se trate de alguna de las víctimas a las que se refieren los números 3.º y 4.º de la letra b) del apartado 2 del artículo 23 y las víctimas de trata con fines de explotación sexual, se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando ésta así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal.*

2. Durante la fase de enjuiciamiento podrán ser adoptadas, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 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.

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.

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.

Las medidas a las que se refieren las letras a) y c) también podrán ser adoptadas durante la fase de investigación.

3. Asimismo, también podrá acordarse, para la protección de las víctimas, la adopción de alguna o algunas de las medidas de protección a que se refiere el artículo 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.”.

El artículo 26 recoge medidas específicas para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, siendo las que resulten necesarias para evitar la victimización, recogidas en su mayoría en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, como la grabación de las declaraciones, presencia de expertos, la asignación de un defensor judicial por el Fiscal, Juez o Tribunal, cuando no pueda hacerlo los representantes legales o progenitores de la víctima, o no disponga de ellos; o cuando no se puede determinar la edad de la víctima⁴⁰.

El artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴¹, se nos dice que en los procesos judiciales donde participen las personas con discapacidad, deben darse las condiciones

⁴⁰ Capítulo V, artículos 295 a 298 de la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁴¹ Añadido por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

necesarias para que se haga en igualdad de condiciones, expresamente, “2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.”.

Es frecuente que la víctima al tener que declarar varias veces en sede judicial, no solo durante la instrucción, sino que también durante la celebración del juicio, puede aflorar en ella un sentimiento de culpa, así como haciendo que varíe el relato por el estrés al que está sometido Esther hecho, este último, que puede hacer que su declaración no sea lo suficiente coherente y congruente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

La victimización y la victimización secundaria es algo que ya venía preocupando a los Tribunales, por ello, a pesar de la novedad de la ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, el Tribunal Supremo, en sentencia⁴² anterior a la entrada en vigor de ésta ya se había pronunciado, indicando que para evitar la victimización secundaria de los menores, “previa ponderación acerca de su capacidad de comprensión sobre el alcance de la dispensa”, si declaraban en contra de uno de sus progenitores en fase de instrucción, se impedía que volviera a declarar en el juicio oral por mandato del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, evitando así la victimización secundaria de los menores o personas discapacitadas

⁴² STS 202/2021 de 4 marzo de 2021. Roj: STS 1032/2021. ECLI:ES:TS:2021:1032. Id Cendoj: 28079120012021100235

necesitadas de especial protección. En la Sentencia del Tribunal Supremo 962/2011⁴³ de 29 de septiembre, se recogen los fines fundamentales de la prueba preconstituída⁴⁴:

- Salvaguardar el interés superior de las víctimas especialmente vulnerables, evitando así la victimización secundaria, y
- Proteger la declaración de la víctima con el fin de obtener la verdad material.

Con todas estas medidas, las nuevas recogidas en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, como las que ya se aplicaban por los Tribunales y Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, se trata de evitar que la víctima se exponga en exceso al procedimiento judicial, impidiendo que se someta a vivencias traumáticas, descrédito por los argumentos de la defensa del acusado que pueden llevar a un sentimiento de culpa.

⁴³ STS 962/2011, de 29 de septiembre de 2011. Roj: STS 6248/2011. ECLI:ES:TS:2011:6248. Id Cendoj: 28079120012011100988.

⁴⁴ Guía de Intervención Policial con personas con discapacidad intelectual del Ministerio del Interior. Fecha 2017. Capítulo 6. La prueba preconstituída. Aparatado 6.1. Introducción.

5. CONCLUSIONES.

PRIMERA. Posibilidad/ conveniencia de ejercitar la acción penal frente a Manuel.

En primer lugar hay que señalar que Esther no solo es menor de edad, sino que es una persona discapacitada necesitada de especial protección, por lo que habrá que tener en cuenta las modificaciones que la nueva Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio incorpora al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otras.

Los hechos que relata Laura, madre de la menor, y ella misma, son constitutivos de un delito de abuso sexual, recogido en el artículo 183 del Código Penal, con las agravantes de las letras a) y d) de su apartado 4, al ser la víctima menor de 16 años y haberse prevalido Manuel de la posición privilegiada de convivir con ellas y pasar largas horas a solas con Esther, dadas las condiciones laborales de su madre Laura.

No debemos olvidar que los abusos sexuales en el ámbito familiar son muy complicados de aceptar y de denunciar, pudiendo hacer dudar a Laura de denunciarlos, para tratar de evitar esto, la nueva redacción del artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impone la obligación del deber de denunciar en estos supuestos tan especiales, no solo a los progenitores, a Laura en este caso, sino también a cualquier persona conocedora de los hechos; para ello ofrece protección, seguridad y confidencialidad, protegiendo así a todo el que conozca los hechos y tratando de evitar que se oculten en el seno familiar por vergüenza o miedo.

Al ser una persona discapacitada necesitada de especial protección, Esther no tiene capacidad suficiente para consentir actos sexuales, por lo que los cuerpos y fuerzas de seguridad, al recoger la denuncia, deben evitar preguntas relativas al consentimiento. Por ello es necesario que se formen equipos especializados, dentro de los cuerpos y fuerzas de seguridad, para poder atender este tipo de supuestos con personas especialmente vulnerables. Al ser tratarse de una persona discapacitada, tienen la obligación de informar a Esther de una manera sencilla y clara para que ésta entienda el procedimiento que se va a seguir, además del alcance y las consecuencias que la denuncia va a tener. Si es necesario deberán adoptarse medidas especiales en función de la necesidad especial que pueda tener por su deficiencia. A partir de la entrada en vigor de esta ley, las personas con discapacidad cuentan con capacidad suficiente para entender el alcance de la denuncia y el procedimiento, siempre y cuando se las informe de manera suficiente, sencilla y clara.

Esther no tendrá que estar sola durante la denuncia el procedimiento, puede solicitar que, Laura, su madre, la acompañe, además, si es necesario, pueden acompañarla tanto un médico como o un psicólogo.

Además, según la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, Esther cuenta con asistencia jurídica gratuita, independientemente de los ingresos económicos, y aunque Manuel no sea condenado, no deberá abonar los gastos ocasionados hasta la sentencia de absolución. Una manera de proteger e incentivar que estos hechos no queden en el ámbito familiar.

SEGUNDA. Suficiencia del testimonio de Esther, víctima de los hechos, como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia.

Nos ofrece especial dificultad desvirtuar este derecho constitucional, por ello el Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia, ha mencionado una serie de requisitos que debe cumplir el testimonio de Esther. El primero de ellos es que no exista una animadversión o venganza por parte de Esther contra Manuel. Queda claro que no es así, ya que a Esther le cuesta relatar los hechos, y nunca ha mostrado mala relación con Manuel. Este extremo queda superado. En segundo y tercer lugar, que no exista ambigüedad en el testimonio de la víctima, manteniéndola a lo largo del tiempo. Esther mantiene su versión invariable siempre que se la solicita que relate los hechos.

Para poder desvirtuar la presunción de inocencia, Esther deberá aportar los informes que acreditan que, como consecuencia de los hechos, ha desarrollado un cuadro de ansiedad, al igual que sería conveniente contar con el testimonio de los representantes de la escuela a la que acude, tutores o profesores para poder corroborar el comportamiento extraño al que alude Laura. Todo esto necesario para evitar que el acusado invoque la violación del derecho a la defensa y de la presunción de inocencia, consiguiendo una resolución absolutoria en segunda instancia.

En cuanto a la dispensa de declarar el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula tres supuestos en los que un testigo no se puede acoger a ella; Laura no está dispensada de la obligación de declarar.

TERCERA. Forma en la que Esther debe prestar testimonio y el temor de que de ello se derive una posible victimización secundaria.

Hay que remarcar que siempre tiene que primar la integridad física, mental y el bienestar emocional de Esther. Para ello debe contarse con todos los medios que sean necesarios, tanto humanos como materiales. Es muy complicado para una persona enfrentarse a un procedimiento judicial, más si cabe cuando los hechos tienen que ver con la libertad sexual, si además unimos que estamos ante un menor o una persona discapacitada de especial protección, se deben tomar todas las precauciones necesarias para evitar la victimización secundaria y proteger su integridad.

El principal mecanismo que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal modificada por la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio es la prueba preconstituida, tratando de evitar, con ello, la victimización y la victimización secundaria de Esther.

La nueva regulación de los artículos 449 bis y 449 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, recogen la prueba preconstituida, indicando que se tome declaración a Esther las menores veces posibles, estando presentes el Ministerio Fiscal, la defensa y la acusación, además de los psicólogos y médicos que se estimen oportunos para que Esther no se vea abrumada, al igual que la compañía de su madre. Deberá informarse al acusado de la realización de esta prueba, no siendo obligatoria su presencia, pero sí la de su representante o abogado de oficio llamado a tal efecto.

Una vez preconstituida, se reproducirá tantas veces sea necesario durante el proceso, como nos indican los nuevos artículos 703 bis y 707 de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Además, Esther no tendrá que declarar excepto si el Tribunal, motivando suficientemente su decisión, valora que se vulnera el derecho a la defensa de alguna de las dos partes. Si Esther llega a declarar en persona, tendrán que ponerse todos los medios necesarios para evitar una confrontación visual con el acusado y dar preferencia a las declaraciones por videoconferencia.

Para evitar una victimización secundaria, se solicitará a la Oficina de Asistencia a las Víctimas apoyo para que hagan un seguimiento de Esther, aún después del procedimiento y le brinden todo lo necesario para proteger su integridad física y moral.

6. Legislación.

Constitución Española de 1978.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

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

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

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

Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

7. Bibliografía.

- ALAPAR, *Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual*, Madrid, 2017.
- ARANGÜENA FANEGO, CORAL. “Personas con discapacidad y proceso penal. Última reforma de la LECrim (LO 8/2021) y perspectivas de futuro”. *Justicia poliédrica en periodo de mudanza. Nuevos Conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad*. (Barona Vilar, S. coordinadora). Ed. Tirant lo Blanch, páginas 585-604, Valencia, 2022.
- CÓRDOBA, CRISTINA R., “La victimización secundaria en la violencia sexual: Análisis de la victimización secundaria en casos de abusos y agresiones sexuales, y sexting”, *Revista Eñquidad*, n.º 17, páginas 179–210, Córdoba, enero 2022.
- GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, *Estatuto jurídico de la víctima del delito (La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, Ed. Aranzadi, 2015.
- GONZÁLEZ AGUDELO, GLORIA. “La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (Artículo 183 quater del Código Penal)”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- MARTÍNEZ CARRASCOSA, JOSÉ. “Una reforma histórica”. *Escritura Pública*, N° 129. Mayo-junio 2021, páginas 6-10, Madrid, 2021.
- PEREDA, N., M. BARTOLOMÉ, Y E. RIVAS. “Revisión del Modelo Barnahus: ¿Es posible evitar la victimización Secundaria en el testimonio infantil?”. *Boletín Criminológico*, vol. 28, Málaga. Abril de 2021.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, ANA. “Claves de la reforma de la dispensa del deber de declarar ex Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio”. *Diario La Ley*, N° 9916, Sección Tribuna, de 20 de Septiembre de 2021.
- RODRÍGUEZ REBOLLEDO, M., “La dispensa de declarar por razón de parentesco: luces y sombras”, *Diario La Ley*, N° 10000, 1 de febrero de 2022
- SAVE THE CHILDREN, *Manual de Abuso Sexual Infantil: manual de formación para profesionales*. Noviembre 2001.

8. JURISPRUDENCIA.

8.1. Tribunal Constitucional.

STC 229/1991, de 28 de noviembre de 1991. (BOE núm. 3, de 03 de enero de 1992). ECLI:ES:TC:1991:229.

STC 173/1990, de 12 de noviembre de 1990. (BOE núm. 289, de 03 de diciembre de 1990). ECLI:ES:TC:1990:173.

8.2. Tribunal Supremo.

STS 987/2021, de 12 de diciembre. Roj: STS 4621/2021. ECLI:ES:TS:2021:4621. Id Cendoj: 28079120012021100976.

STS 4320/2021, 25 de noviembre de 2021. Roj: STS 4320/2021. ECLI:ES:TS:2021:4320. Id Cendoj: 28079120012021100907.

STS 692/2021, de 15 de septiembre de 2021. Roj: STS 3363/2021. ECLI:ES:TS:2021:3363. Id Cendoj:28079120012021100676.

STS 684/2021, de 15 de septiembre de 2021. Roj: STS 3374/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3374. Id Cendoj: 28079120012021100683.

STS 202/2021 de 4 marzo de 2021. Roj: STS 1032/2021. ECLI:ES:TS:2021:1032. Id Cendoj: 28079120012021100235.

STS 68/2020, de 24 de febrero de 2020. Roj: STS 681/2020. ECLI:ES:TS:2020:681. Id Cendoj: 28079120012020100115.

STS 119/2019, de 6 de marzo de 2019. Roj: STS 678/2019 - ECLI:ES:TS:2019:678. Id Cendoj: 28079120012019100162.

STS 952/2013, 5 de Diciembre de 2013. Roj: STS 5863/2013. ECLI:ES:TS:2013:5863. Id Cendoj: 28079120012013100946.

STS 962/2011, de 29 de septiembre de 2011. Roj: STS 6248/2011. ECLI:ES:TS:2011:6248. Id Cendoj: 28079120012011100988.

STS 1317/2004, de 16 de noviembre de 2004. Roj: STS 7401/2004. ECLI:ES:TS:2004:7401. Id Cendoj: 28079120012004101187.