



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

TESTIMONIO DE MENORES EN EL PROCESO PENAL

Presentado por:

Lucía Álvarez Gil-Albarellos

Tutelado por:

Yolanda Palomo Herrero

Valladolid, 22 de julio de 2022

RESUMEN

Este Trabajo de Fin de Grado tiene por finalidad conocer y profundizar sobre todo lo referido a los menores cuando se ven inmersos en un proceso penal, ya sea como víctima o en calidad de testigo. Concretamente, trata de mostrar la importancia que tiene adaptar los procesos a las condiciones y particularidades del menor que se encuentre involucrado, modificando o acomodando desde los aspectos más básicos como el lenguaje, hasta los extremos más determinantes como la forma en que su declaración puede llegar a constituirse como una prueba perfectamente válida para desvirtuar la presunción de inocencia. Para dicho fin acudiremos constantemente a la jurisprudencia, así como a Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En la segunda parte del trabajo se recogerán las medidas que deberán observarse para proteger a los menores y evitar de esta forma una victimización secundaria en el desarrollo del proceso penal en curso.

PALABRAS CLAVE

Credibilidad del testimonio, testimonio de referencia, prueba preconstituida, excepción procesal, interés superior del menor, victimización secundaria, careo, Síndrome de Acomodación del Abuso Sexual Infantil.

ABSTRACT

The aim of This Final Degree Project is to learn about and explore everything related to minors when they are involved in criminal proceedings, either as victims or as witnesses. More specifically, we show the importance of adapting the processes to the conditions and particularities of the minor involved; accommodating from the most basic aspect of language, to the most decisive like how to testify or give evidence. To this end, we refer to case law, as well as to the Criminal Procedure Act.

Secondly, we will cover the measures to be taken to protect minors and thus avoid secondary victimisation in the course of the ongoing criminal proceedings.

KEY WORDS

Credibility of testimony, reference testimony, pre-constituted evidence, procedural exception, best interests of the child, secondary victimisation, confrontation, Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	6
2.	LA DECLARACIÓN DEL MENOR.....	8
2.1	LA CAPACIDAD GENERAL DEL MENOR PARA DECLARAR	8
2.2	ESPECIAL ATENCIÓN A LA DECLARACIÓN DEL MENOR DE EDAD INFERIOR	12
2.2.1	La relevancia del lenguaje: adaptación de la entrevista al menor.....	15
2.2.2	¿Qué caracteriza a sus procesos de memoria?.....	16
2.3	LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA..	17
2.3.1	La credibilidad o fiabilidad de lo alegado por el menor.....	20
2.3.2	La posibilidad de recurrir a los testimonios de referencia	25
3.	EL ASPECTO TEMPORAL DE LA DECLARACIÓN DEL MENOR....	28
3.1	LA PRUEBA PRECONSTITUIDA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.....	29
3.1.1	El principio de inmediatez.....	31
3.1.2	La prueba preconstituida y la declaración del menor víctima.....	31
3.2	EL EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO DE DEFENSA Y LOS PRINCIPIOS DE SUPREMACÍA DEL INTERÉS DEL MENOR Y DE PREVENCIÓN DE SU DESARROLLO PERSONAL.....	36
4.	LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	39
5.	MEDIDAS TENDENTES A PROTEGER AL MENOR VÍCTIMA DE DELITOS DE NATURALEZA SEXUAL: LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA... 42	
5.1	LA PRÁCTICA DEL CAREO	46
5.2.1	La admisibilidad de los careos entre el testigo menor y el presunto autor... 47	
6.	CONCLUSIONES.....	49
7.	BIBLIOGRAFÍA	51
8.	JURISPRUDENCIA:.....	55

1. INTRODUCCIÓN

El testimonio es uno de los medios de prueba más antiguos. En el ámbito judicial se da una presunción *iuris tantum* de que cualquier persona es apta para poder otorgar testimonio en un proceso. Las excepciones a esta capacidad de declarar las encontramos expresamente recogidas en la ley, ubicando perfectamente a las personas que se encuentran exentas, es decir, no se sigue un criterio subjetivo establecido por el juzgador.

Para poder analizar este concepto, en el primer punto del trabajo se recogerá quién adquiere la condición de testigo. Se trata de aquella persona que ha presenciado o ha adquirido conocimiento sobre los hechos que se enjuician, ya sea de forma directa o indirecta. Es considerada una persona ajena al proceso y cuyo testimonio trata de asistir al esclarecimiento de los hechos delictivos, así como a poder identificar quién los cometió¹.

Asimismo, el testimonio solo podrá ser vertido por aquella persona física que haya sido citada con el objetivo de dar a conocer a la autoridad pertinente lo que percibió por medio de los sentidos y de forma directa². Concretado este punto, en nuestro trabajo profundizaremos en la posibilidad que tienen los menores para declarar y la forma en que se les tomará dicha declaración.

El segundo punto está dedicado al análisis del momento de tomar declaración al menor. Se prestará especial atención a la prueba preconstituida del art. 730 LECrim en consonancia con los arts. 448, 449 bis y 449 ter de esta misma ley. De la misma forma, nos detendremos en tratar de explicar como deben equilibrarse y garantizarse los derechos fundamentales tanto del menor como del acusado, pues el hecho de que esté involucrado un menor no puede suponer, en ningún caso, que se descuiden los derechos fundamentales que forman parte de las reglas del juego del proceso.

¹ En palabras de DE URBANO CASTRILLO, E., “El principio de contradicción en el proceso penal”. *Revista La Ley*, nº 2. 2002, p. 1714. “*La específica manifestación del derecho de defensa son las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla y, muy concretamente la de “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él”.*”

² MORENO CATENA, V., “La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español”, *Revista penal*, 1999, p. 61. “*La cualidad de testigo se adquiere con el llamamiento judicial, sea a propuesta de las partes, sea de oficio durante la instrucción, de tal modo que por mucho que sepa una persona acerca de los hechos que se enjuician si no es citada a comparecer por el juez o tribunal no adquirirá la cualidad de testigo*”.

Como veremos a lo largo del trabajo, la valoración del testimonio y su credibilidad será competencia del órgano encargado de enjuiciar la causa. Para ello, deberá observar las reglas de la razón, la lógica y las máximas de la experiencia.

En el siguiente punto del trabajo haré mención a la Convención de los Derechos del Niño, particularmente a su art. 12 donde se recoge todo lo relacionado con el derecho del niño a ser escuchado, especialmente en los procedimientos judiciales.

Por último, hablaré de las medidas que tienen por finalidad evitar que el menor (especialmente cuando es víctima) tenga que recordar una y otra vez los hechos acontecidos o vividos, así como tener que situarse cara a cara con el agresor. Esto es lo que se conoce como victimización secundaria y se evitará por todos los medios posibles para preservar los derechos y el interés superior del menor.

2. LA DECLARACIÓN DEL MENOR

2.1 LA CAPACIDAD GENERAL DEL MENOR PARA DECLARAR

Nuestra Constitución establece, en su art. 12, la mayoría de edad en los dieciocho años. Este límite de edad se ha fijado en consonancia con otros países semejantes al nuestro como Francia o Italia y supone una clara rebaja si atendemos a la tradición española. Ciertamente es que, aunque esta edad se toma como punto de referencia en todos los ámbitos, no impide que el legislador pueda determinar, por razones debidamente justificadas, un límite de edad distinto para el ejercicio de determinados derechos u obligaciones³. En el ámbito que nos concierne, el testimonio de menores en el proceso penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal toma como referencia la edad fijada en la Constitución española.

Una vez que se ha aclarado a quienes nos vamos a referir con el término menores de edad (edades inferiores a dieciocho años), partimos de la premisa de que cualquier persona que sea capaz de advertir o percatarse de lo sucedido a su alrededor, así como de transmitir dicho acontecimiento, va a poder adoptar la posición de testigo en un proceso penal español y declarar ante un juez o tribunal, y ello con independencia de la edad que tenga⁴.

Así pues, un menor que ha padecido algún tipo de agresión o abuso va a tener la condición de víctima y, al mismo tiempo, de testigo, ocupe una posición activa o no en el proceso, siempre y cuando cuente con la capacidad necesaria mencionada⁵. En estos casos estaríamos hablando del testimonio de la víctima y la función del menor se limita a relatar los hechos, absteniéndose de valorarlos, pues esto, como sabemos, es función del Juez.

Ahora bien, la posición que ostente el menor variará según decida ser parte activa, ejerciendo tanto la acción penal como civil (esta última puede no darse, pues se trata de

³ Constitución española, Título I. De los derechos y deberes fundamentales, Sinopsis artículo 12.

⁴ ARROM LOSCOS, R., “La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 3, 2015, p. 15.

⁵ Fijándonos en el artículo 109 LECrim, para poder ser parte activa en el proceso penal hay que tener capacidad para constituirse en parte y, si no, tendrán que ser representados.

un objeto contingente o accesorio), o no. De adoptar la primera postura, su situación en lo referido a la prueba testifical ganará peso dado que no es un sujeto ajeno al proceso⁶.

Si atendemos al proceso civil, nos encontramos con el art. 361.2 LEC, que vislumbra un límite de edad para poder declarar en los procesos civiles, lo fija en los catorce años. Sin embargo, este precepto recoge que *“podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente”*.

En contraposición a esto, en el proceso penal no se limita la edad para poder testificar ante un Tribunal. Debido a la redacción del art. 410 LECrim, toda persona residente en España está obligada a comparecer y declarar, en principio, si un juez le llama a ello. Las excepciones aplicables a esto aparecen en los artículos siguientes (familia real, los agentes diplomáticos de ejercicio en España, etc), debiendo resaltar el art. 416 LECrim, que señala que están exentos de la obligación de declarar, pero no de la de comparecer, los parientes del procesado tanto en línea ascendiente como descendiente, su cónyuge o persona que se encuentre en una relación análoga y sus hermanos⁷. Como podemos ver, nada se dice de los menores de edad, pudiendo dar testimonio cuando cuenten con su representante legal.

Hay que destacar, eso sí, la reciente modificación del art. 433 LECrim en virtud de la DF 1.5 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia⁸, por la que se suprime el párrafo cuarto del citado artículo. Lo que hacía este párrafo era especificar las disposiciones sobre el interrogatorio del menor en fase de instrucción. Citando textualmente: *“En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte*

⁶ BUJOSA VADEL, L., “La prueba de referencia y garantías procesales”, *Diario La Ley*, núm. 6821, 2007, pp. 10 y 11.

⁷ El juez deberá advertir al testigo que se encuentra en uno de esos casos y, por ello, puede acogerse a la dispensa.

⁸ «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2021, páginas 68657 a 68730. Referencia: BOE-A-2021-9347. <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con>>.

necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible”. Lo aquí contenido ha supuesto la puerta de entrada a una regulación más detallada y protectora de los interrogatorios con menores, supliéndose dicho párrafo con la introducción del art. 449 ter LECrim del que hablaremos más adelante. Cabe indicar, también, que los Sres/Sras Fiscales intentarán, en la medida de lo posible, que los juicios en los que algún testigo sea menor de edad se lleven a cabo los primeros en el orden de señalamientos⁹.

Cuando el menor es víctima de un delito que, además, ha sido perpetrado por sus progenitores (cuando ha sido objeto de malos tratos, por ejemplo), al encontrarse en una situación de desprotección, la actuación conjunta y cooperada de la Justicia penal y de las Entidades Públicas de Protección de Menores, así como la diligencia de los Fiscales, es crucial para evitar disfunciones y contradicciones¹⁰.

Los testigos mayores de edad, una vez son llamados a declarar, deberán prestar juramento o promesa de decir la verdad sobre lo que saben acerca de lo formulado, estando debidamente informados por el Juez de que, en caso de falso testimonio, incurrirán en causa criminal¹¹. En lo que respecta a esta obligación de prestar juramento o promesa, la Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica el art. 706 a mencionar a los menores situados entre los catorce y dieciocho años, incurriendo en la mismas consecuencias penales de contestar tergiversando la realidad¹². Tanto para los mayores

⁹ Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. Pautas generales sobre interrogatorios a menores, p. 22. Se dice “*en la medida de lo posible*” porque no es competencia de ellos hacer los señalamientos, si bien pueden, mediante sus escritos de calificación y de Otrosí, interesar que se señale la causa en primer lugar (exponiendo las razones y el interés superior del menor). <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2009-00003>>.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Art. 433.2 LECrim.

¹² Atendiendo a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su art. 1 señala que “*Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal*”.

de edad como para los menores mayores de catorce años, la forma de prestar juramento viene recogida en el art. 434 LECrim que indica que *“el juramento se prestará en nombre de Dios. Los testigos prestarán el juramento con arreglo a su religión”*. Por su parte, haciendo una interpretación a *contrario sensu*, los menores de catorce años no tendrán ninguna consecuencia punitiva de faltar a la verdad.

Durante el proceso de tomar declaración al menor que ha sido víctima, la regla general es que el Ministerio Fiscal y sus padres o aquellos que ejerzan la patria potestad, guarda o tutela estén presentes en el acto. Sin embargo, como he dicho, esto es la regla general por lo que conlleva excepciones, es decir, si el Juez determina que hay indicios de que los padres pueden presionar o influir en los hijos, puede acordar por resolución judicial que éstos no estén presentes¹³.

En esta línea, en el art. 24 apartado b) de la 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 Consejo¹⁴, se recoge la posibilidad de designar a un representante legal para la víctima menor de edad en sustitución de sus padres en aquellos casos en los que haya *“un conflicto de intereses entre ellos y la víctima menor de edad, o cuando se trate de una víctima menor de edad no acompañada o que esté separada de la familia”*.

Retomando lo referente a las exenciones y dispensas del deber de declarar, el art. 416 LECrim hace alusión expresa a los menores víctimas. Concretamente, el artículo tras recoger quienes se encuentran dispensados de la obligación de declarar¹⁵, recoge una serie de casos en los que no se aplicará tal dispensa, siendo el primero de ellos cuando el testigo

o las leyes penales especiales”. De este artículo podemos extraer la conclusión de que, en caso de falso testimonio, las consecuencias serán las mismas que para los mayores de edad.

¹³ Art. 433.3 LECrim: *“Los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma”*.

¹⁴ «DOUE» núm. 315, de 14 de noviembre de 2012, páginas 57 a 73. Referencia:DOUE-L-2012-82192. <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2012-82192>>.

¹⁵ Véase página 9.

en cuestión posea la representación legal o guarda de hecho del menor que ha sido víctima. De igual forma, no se aplicará la dispensa cuando estemos ante un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea un menor. Por último, el artículo en el punto tercero señala que no operará la dispensa cuando el testigo, por razón de su edad, no logre comprender lo que significa y supone la dispensa.

Ahora bien, ¿pueden acogerse a la dispensa los menores de edad que deban intervenir en el procedimiento?. El Tribunal Supremo deja claro que *“el acceso a la dispensa de declarar que incorpora el artículo 416.1 LECrim no está supeditado a la mayoría de edad”*¹⁶.

Las reglas a observar en el interrogatorio son: a) las preguntas que se formulen deberán versar sobre los hechos concretos; b) el Juez no admitirá preguntas sugestivas, capciosas o confusas, así como aquellas que tiendan a ofender al testigo; c) podrá el Juez autorizar la consulta de documentos con el objetivo de ayudar al testigo a recordar; y d) el Juez descartará aquellas preguntas impertinentes¹⁷.

2.2 ESPECIAL ATENCIÓN A LA DECLARACIÓN DEL MENOR DE EDAD INFERIOR

Cuando hablamos de menores estamos haciendo alusión a un sector muy amplio y con características heterogéneas, pues la madurez y el desarrollo personal no es igual en todas las etapas o fases de crecimiento. En este apartado nos centraremos en los menores de edad de rango de entre tres y seis años.

A lo largo de los años se ha considerado que los niños de tan pronta edad son “testigos cognitivamente incompetentes”. Con esta calificación lo que pretendían decir es que los niños cuando son muy pequeños no tienen un nivel cognitivo adecuado, lo que, casi automáticamente, les incapacita para testificar. Sumado a ello, no son pocos los psicólogos y críticos que coinciden en que los niños son malos testigos debido a su

¹⁶ STS 209/2017, de 28 de marzo, FJ4.

¹⁷ BUSTOS-BENÍTEZ, P. R. y VALENCIA CASALLAS, L. V., “Interrogatorios y contrainterrogatorios en niños(as) testigos víctimas de delitos sexuales”, *Revista Suma Psicología*, Vol. 26, 2019, p. 10.

imaginación, egocentrismo y, especialmente, su falta de autocrítica en orden a separar lo que realmente han percibido y lo que simplemente han imaginado¹⁸.

Sin embargo, hay muchas investigaciones que demuestran lo equivocada que es esa concepción, pues se ha comprobado en niños de tres y cuatro años que son capaces de describir un recuerdo bastante acertado y exacto, aunque quizá algo más incompleto que cuando lo detallan niños de mayor de edad (ocho años)¹⁹.

Tanto si son víctimas como si son meros testigos, los niños de estas edades presentan unas características a las que hay que atender. Se trata de personas especialmente vulnerables y frágiles, cualidades que se realzan cuando son objeto del delito y cuando se les hace revivir los sucesos al tener que declarar. Además, el propio proceso penal puede influir de forma negativa en el testimonio de estos.

En este ámbito nos encontramos con la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre protección de los menores víctimas y testigos, que sostiene que los interrogatorios de estos niños de edad inferior serán practicados por un psicólogo infantil, una vez que se ha llevado a cabo la entrevista ante Juez, Fiscal y demás personas necesarias para determinar el objeto. Sumado a esto señala que, ante supuestos en los que hay involucrados niños muy pequeños con los que la comunicación es difícil, las “*técnicas de abordaje*” exclusivamente se llevarán a cabo por un experto en la materia²⁰.

En el proceso de elaboración del Proyecto de Ley de la LO 8/2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores²¹, se presentó una enmienda que contenía lo siguiente: “*en las declaraciones de menores en los procesos penales se les tomará declaración a través de un experto, al que*

¹⁸ GIMENO JUBERO, M.A., *La prueba en el proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 152.

¹⁹ ALONSO-QUECUTY, M.L., “Menores víctimas de abusos: evaluación de la credibilidad de sus declaraciones”, *Apuntes de Psicología*, Vol. 30, 2012, pp. 139 y 140.

²⁰ Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos, p 10. <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2009-00003>>

²¹ «BOE» núm. 290, de 5 de diciembre de 2006, páginas 42700 a 42712. Referencia: BOE-A-2006-21236. <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2006/12/04/8>>

el Juez, el Ministerio Fiscal y las partes previamente habrán facilitado las preguntas y esta exploración será seguida por el Juez y las partes a través de un espejo unidireccional o de un circuito cerrado de vídeo y podrán sugerir nuevas preguntas a través del experto, grabándose en soporte audiovisual para su valoración”. Sin embargo, la redacción final no asumió esto aunque sí medios para alcanzar resultados similares²².

En esta Circular, además, se establece una edad mínima para poder testificar, situándola en los tres años, fase en la que aparece un mínimo de capacidad cognitiva-léxica²³. Cuando se lleve a cabo un interrogatorio a un niño de tres años va a ser muy influyente y determinante el desarrollo del lenguaje, pues el nivel de palabras que puede reproducir y el sentido e interpretación que pueda hacer de ellas es muy limitado, así como el tema seleccionado para la discusión²⁴.

Las principales dificultades que van a surgir en la exploración²⁵ del menor víctima o testigo, con edad de entre los tres y seis años, van a ser dos: por un lado, habrá de examinarse si tiene capacidad para poder testificar y, si la respuesta es afirmativa, si hay que tener en cuenta alguna característica en particular para la realización de la entrevista, tanto para llevarla a cabo como para analizarla posteriormente²⁶; la segunda es si lo relatado por el menor es un recuerdo neutro o si está influenciado, pues tras las muchas declaraciones y repeticiones de lo sucedido pueden darse errores que pudieran ladear la información de lo ocurrido²⁷.

²² Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Circular 3/2009, de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos, p. 10. <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2009-00003>>

²³ SILVA, E.A., MANZANERO, A.L., CONTRERAS, M.J., “La memoria y el lenguaje en pruebas testificales con menores de 3 a 6 años” *Papeles del Psicólogo/ Psychologist Papers*, Vol. 37(3), 2016, p. 224.

²⁴ CANTÓN DURANTE, J., *Guía para la Evaluación del abuso sexual Infantil*, Pirámide, Barcelona, 2000, p. 72.

²⁵ Por exploración hay que entender que se refiere a la entrevista que se realiza a menores víctimas o testigos en los procesos policiales o judiciales.

²⁶ KÖHNKEN, G., MANZANERO, A. L., Y SCOTT, M. T., “Análisis de la Validez de las Declaraciones (SVA): mitos y limitaciones”. *Anuario de Psicología Jurídica*, núm. 25, 2015, p. 13.

²⁷ MANZANERO, A. L., *Memoria de Testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*. Pirámide, Madrid, 2010, p. 45.

2.2.1 La relevancia del lenguaje: adaptación de la entrevista al menor

Las entrevistas a los menores deben ser minuciosamente preparadas, con conocimiento de lo instruido y contando con distintas entrevistas hechas a testigos de referencia, entre las que es prudente que estén las de sus personas más allegadas (padres, familiares) así como la de los expertos y profesionales que han tratado con ellos.

A continuación voy a abordar las características básicas que debe tener toda entrevista, centrándome especialmente en estos menores de escasa edad. Sumado a esto, es interesante mencionar también las cualidades y características que debe tener el entrevistador que la realice.

Las garantías que se deben apreciar en la entrevista para considerarla de calidad, como pone de manifiesto MÁRQUEZ SÁNCHEZ²⁸, son la fiabilidad, validez y precisión. En cuanto a la fiabilidad, se refiere a que lo manifestado en la declaración se corresponde con lo que se esperaba obtener; por precisión se entiende que lo relatado detalla minuciosamente lo ocurrido; y por validez que la información dada es, efectivamente, lo sucedido. Toda entrevista forense debe contener estas características. Dicho esto, cabe esperar que la preparación de los entrevistadores es primordial para poder tratar la información obtenida durante la interacción de éstos con los entrevistados, debiendo dejar a un lado todo prejuicio y aprensión. Además, debe intentar motivar al menor pero hasta cierto límite pues, de excederse, éste podría dar respuestas exacerbadas y de alta deseabilidad social. Por el contrario, de no tratar de incentivar al menor podría derivar en respuestas escasas y sin precisiones²⁹.

Como ya he mencionado, las preguntas nunca podrán ser sugestivas ni mucho menos revelar la opinión propia del entrevistador. Es preferible aceptar una respuesta sucinta que presionar al menor a que elabore más en profundidad la respuesta, pues puede sentirse acorralado y contestar aspectos irreales. Es determinante también en la entrevista el tono y la autoridad del entrevistador, pues es peligroso, sobre todo en edades tempranas, lo que se ha venido llamando “sugestión por coacción implícita” creando confusión en el

²⁸ MÁRQUEZ SÁNCHEZ, M. O., *Qué es la entrevista*. Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, p. 90.

²⁹ SILVA, E.A, MANZANERO, A.L, CONTRERAS, M.J., “La memoria y el lenguaje en pruebas testificales con menores de 3 a 6 años” *Papeles del Psicólogo/ Psychologist Papers*, op.cit., p. 225.

niño entre lo que se quiere que conteste y lo que realmente el menor quiere contestar. No hay que olvidar que la presencia de un adulto es probable que le genere cierta inseguridad y respeto (más aún si es desconocido).

La parte de la psicología que se ha ocupado de los testimonios³⁰, ha mostrado evidencias de que los testigos cometen más fallos cuando las preguntas son cerradas que cuando son más generales. Haciendo preguntas más abiertas se consigue que el menor pueda acceder a un abanico más amplio de recuerdos y detalles que quizá de otra manera no mencionase. Es interesante recalcar que en los interrogatorios a menores las preguntas deben ir en orden a investigar los hechos y no sobre las razones de su comportamiento.

En este sentido, cabe mencionar la STS 673/2007, de 19 de julio. En ella se nos dice que los menores víctimas de un delito de agresión sexual no se preocupan de dar unas respuestas con un lenguaje muy elaborado, ni hacen por esforzarse en realizar un proceso mental en sus contestaciones. Simplemente tratan de transmitir lo ocurrido, los hechos que pueden llegar a desvirtuar la presunción de inocencia del acusado³¹.

2.2.2 ¿Qué caracteriza a sus procesos de memoria?

Hay un amplio abanico de tipos de memoria, pero la que nos interesa en particular es la memoria autobiográfica. Este tipo de memoria es episódica, ya que lo que se busca en las declaraciones de estos menores es contar, con todos los detalles posibles, los eventos que ellos mismos han vivido. Sin embargo, este recuerdo puede verse alterado, pues la memoria es algo vulnerable, tanto por un factor interno como externo. Si tenemos en cuenta que estamos hablando de menores de entre tres y seis años, la fragilidad de esa información almacenada se multiplica, y no sólo debido a la edad (obviamente), también debido a otros factores: el plazo de tiempo que media entre lo vivido y el momento de

³⁰ MIRA, J.J y DIGES, M., “Psicología del testimonio: concepto, áreas de investigación y aplicabilidad de sus resultados”, *Papeles del Psicólogo*, 1991. Vol. 48. La Psicología del testimonio hace referencia al grupo de conocimientos que son consecuencia de los resultados obtenidos de las investigaciones realizadas de los ámbitos de la Psicología Experimental y la Psicología Social. El objetivo es evaluar y determinar la calidad (entendida como exactitud y credibilidad) de los testimonios realizados sobre determinados delitos, sucesos o hechos.

³¹ STS 673/2007, de 19 de julio. FJ 6: “*pues el menor, objeto de una agresión sexual, no da cuenta o informa con un lenguaje elaborado ni depende de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite literalmente hechos que pueden ser base para la fijación histórica de lo ocurrido (SSTS. 31.10.92, 23.3.97), siendo facultad exclusiva del Tribunal de instancia, en base a la inmediación, la valoración de aquel testimonio*”.

hacer las preguntas sobre ello³²; el tipo de preguntas que se formulan; y las características del menor vistas tanto desde el punto de vista cognitivo como sociocultural. Tanto es así, que en los exámenes psicológicos que se les hace, sobre todo en aras a determinar su credibilidad, adopta un papel fundamental la selección de los criterios de validez y su justificación en cuanto a su uso (STSS 379/2005, de 14 de marzo, 604/2005, de 12 de abril y 1579/2003, de 21 de noviembre).

En definitiva, lo que está demostrado es que los recuerdos que tienen estos niños son, en gran parte, consecuencia de elaboraciones externas de la información por medio de fotografías, anécdotas contadas por familiares y otras vías que hacen que la vivencia real del niño se desvirtúe pasando a ser una memoria construida.

2.3 LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Tradicionalmente se ha considerado la presunción de inocencia como una de las reglas de carga de la prueba³³, es decir, que en caso de persistir dudas acerca de la culpabilidad del acusado, hay que absolver.

Sin embargo, considero que no es del todo cierto (o por lo menos no de forma automática) que, por el hecho de que quepa alguna duda -incluso aunque sea razonable- se deba absolver inexcusablemente. En la cabeza del juez siempre albergará alguna duda sobre las decisiones que toma, pero suelen dejarse a un lado a favor de argumentos y razonamientos que se presuponen mejores. Podría resumirlo como si de una balanza se tratara y el platillo que más argumentos a favor tenga será el que determine el fallo.

En cuanto a la carga de la prueba, cabe decir que se trata de una institución especialmente propia del proceso civil y no tanto del proceso penal. El término “carga”

³² CANTÓN DURANTE, J., *Guía para la Evaluación del abuso sexual Infantil*, op.cit., p. 72. La cantidad de información recordada cuando lo menores son muy pequeños se ve notablemente modificada con el paso del tiempo. “Esta cantidad disminuye entre una y tres semanas después por un niño de tres años, mientras que durante este mismo período en los niños de seis años se mantiene”.

³³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2012, p. 214.

está estrechamente relacionado con la idea de obligación y ello hace que tenga más sentido en un proceso civil donde rige el principio dispositivo y de aportación de parte³⁴.

En el proceso penal, el reo no tiene que aportar prueba alguna (puede hacerlo, pero no es su principal cometido), es más, puede guardar silencio a lo largo de todo el proceso, permaneciendo inactivo, sin que ello suponga que se le vaya a declarar culpable.

Sumado a todo lo dicho, hay que precisar que la carga de la prueba es una institución que opera en situaciones extremas en las que se da ausencia de prueba. Se puede considerar que es una *ultima ratio* del sistema probatorio, aparece al final del proceso en situaciones en las que hay una imposibilidad absoluta para poder valorar la prueba³⁵. Sin embargo, en el proceso penal estas situaciones son prácticamente imposibles, pues los casos en los que hay ausencia de prueba no suelen llegar a juicio³⁶.

Dicho esto, se tiende a aproximar la presunción de inocencia a algo distinto a la carga de la prueba. Suele relacionarse con la libre valoración de la prueba que opera en el proceso penal. La libre valoración del juez está, en cierto modo, condicionada por los estándares de prueba³⁷, que le conducen a buenas ideas o buenos métodos que deberá emplear el juez en los distintos casos a los que se enfrente.

La presunción de inocencia juega un papel fundamental durante la práctica de la prueba. No hay que olvidar que la actuación del Ministerio Fiscal suele ser acusatoria y, además, hay que tener presente que es un sujeto con una formación similar a la del juez, lo que genera el peligro de que éste último se decante por su tesis³⁸.

³⁴ NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, Barcelona, 2016, p. 10.

³⁵ Ídem

³⁶ Bien porque no dan lugar a diligencias policiales, bien porque el Ministerio Fiscal no los considera tales como para presentar una acusación.

³⁷ GASCÓN ABELLÁN, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 28, Madrid, 2005, p. 129. El estándar de prueba puede definirse como “aquella herramienta legal que contiene los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho”.

³⁸ NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, op.cit., p. 15.

Si acudimos a la jurisprudencia, vemos como tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han admitido la posibilidad de que la declaración de un menor (siempre que tenga la capacidad suficiente para percatarse de lo ocurrido) pueda desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

En esta línea nos encontramos con múltiples sentencias en las que se recoge esta idea, como, por ejemplo, en la STS 4215/2020, de 16 de diciembre, en cuyo Fundamento Jurídico segundo se recoge lo siguiente: *“Además, en la mayoría de ocasiones, la única prueba con entidad suficiente para sustentar la condena del acusado será precisamente el testimonio del menor víctima, por lo que no puede prescindirse del mismo, bajo pretexto de alegato de la duda de que la declaración del menor no puede operar como única prueba para sustentar una condena”*.

Pese a esto, el hecho de que el testimonio de un menor pueda considerarse como plenamente válido no significa que, en los casos más extremos y más execrables como son los procesos por abusos sexuales, se invierta el principio de presunción de inocencia. A pesar de que sean casos más delicados y en los que suele haber una mayor presión mediática, no es posible invertir la carga de la prueba, quedando en libertad el procesado de no acreditarse y probarse lo contrario³⁹. Es más, precisamente en estos casos la actuación del Tribunal debe ser más cuidadosa en relación a proteger y asegurar la efectividad los derechos constitucionales del acusado, dejado a un lado la entidad y naturaleza del delito.

Acudiendo de nuevo a la jurisprudencia, en la reciente sentencia STS 445/2021, de 3 de febrero de 2021, se analizan las circunstancias por las que, una vez más, no da lugar el motivo de casación del recurrente en lo referente a la vulneración de su presunción de inocencia. En este caso, la prueba esencial en la que se asienta el juicio para decretar la culpabilidad viene constituida por diferentes exploraciones practicadas a las menores, pruebas preconstituidas que se efectuaron en la fase de instrucción, reproducidas en el acto del juicio oral en ausencia de la presencia de las menores. El

³⁹ MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 417. Por tanto, la carga de la prueba recae inexcusablemente sobre el acusador. En caso de falta de prueba será a ella quien perjudique, concluyendo el juicio con una sentencia desfavorable para su pretensión. Es más, en muchos casos el acusado se limita a esperar el fracaso del acusador, por no conseguir probar los hechos o por no despejar las dudas que suscitate.

Tribunal deja claro que no cabe entender la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por la única razón de que la valoración de la prueba de cargo efectuada por el órgano competente no satisfaga las expectativas del que recurre, especialmente por entender que, como sostiene el Tribunal Constitucional, esta valoración es competencia exclusiva del encargado de enjuiciar, que ejerce de forma libre y con la sola obligación de razonar el resultado obtenido de la misma. Dicho Tribunal señaló que *“sólo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado”*⁴⁰.

Estas declaraciones juegan un papel muy importante cuando se trata de delitos “clandestinos”, es decir, aquellos que se caracterizan porque se perpetran lejos de la posible presencia de testigos. Tales son los delitos de abusos y agresiones sexuales en los que, en muchas ocasiones, la declaración de la víctima es la única prueba de cargo posible para poder desvirtuar la presunción de inocencia⁴¹. Si, además de esto, nos encontramos con que la víctima es un menor de edad, el proceso se complica a la hora de poder descubrir la verdad de los hechos.

En estos casos revisten de especial trascendencia los testigos de referencia, así como la constitución de la prueba preconstituida, las pericias sobre la credibilidad y fiabilidad de la declaración del menor, etc., a las que aludiré y analizaré a continuación.

2.3.1 La credibilidad o fiabilidad de lo alegado por el menor

Siempre se ha cuestionado la credibilidad del testimonio de los menores, principalmente por factores como su especial fragilidad a la hora de ser manipulados, su posible dificultad para distinguir lo real de lo ficticio, su memoria, etc. Esto ha sido

⁴⁰ STS 445/2021, de 3 de febrero de 2021, FJ4.

⁴¹ CASTILLO ALVA, J.L., “La declaración de la víctima como medio probatorio en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm. 18, 2002, p. 8.

denominado por los profesionales como "prejuicio carente de fundamento empírico"⁴².

Estos factores son muy recurridos por las defensas para tratar de invalidar los hechos que alegan los menores intentando que, lo que muchas veces constituye la prueba principal, no sea admitida y así verse en una posición favorable de cara a su presunción de inocencia. Ello hace que se causen graves perjuicios y un daño emocional añadido al menor.

En nuestro proceso penal, como ya he indicado, no hay un límite de edad ni ningún otro a parte de su capacidad de percibir y transmitir. En lo referente a la credibilidad de las declaraciones de los menores, los profesionales del Derecho han llegado a la conclusión de que, por lo general, se les acepta como sujetos perfectamente competentes.

El procedimiento que se ha de llevar a cabo para valorar la credibilidad del testimonio de los menores está sustentado en dos tipos de datos de suma importancia. Los primeros serían los obtenidos de la declaración del menor realizada por el experto encargado de evaluar la credibilidad de su testimonio. Esta declaración deberá ser todo lo extensa posible en orden a poder permitir el análisis, sin embargo, la forma de llevarla a cabo es mediante la narración libre del menor, sin preguntas ni interrupciones. El segundo grupo de datos son los obtenidos a través de las declaraciones realizadas con anterioridad por el menor ante las distintas instancias legales⁴³.

Cabe mencionar en este apartado que, en la generalidad de los delitos, su credibilidad está condicionada por una serie de aspectos como la edad, naturaleza del suceso o número de contradicciones (muy similar cuando los testigos son adultos). Sin embargo, cuando se trata de abusos sexuales la tendencia es otorgarles credibilidad por el hecho de pensar que no tienen experiencia ni conocimientos sobre comportamientos o conductas sexuales por lo que va a resultar muy difícil el inventárselas⁴⁴. Así se evidencia

⁴² 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". op.cit. p. 22.

⁴³ Las declaraciones del menor son analizadas a través del CBA y del SRA que son sistemas de análisis de la credibilidad del testimonio basados en parámetros de realidad y que son aplicados por los profesionales de la Psicología del Testimonio.

⁴⁴ Recientes estudios que se han encargado de evaluar la credibilidad que los tribunales y jueces otorgan a los testimonios de menores nos señalan que dependen de múltiples circunstancias como la edad, el tipo de suceso, número de contradicciones, etc. Sin perjuicio de esto, cuando se trata de testimonios referentes a

en la STS 1783/2019, de 30 de mayo, en la que se recoge que, tras escuchar los relatos de las menores en donde describían con gran cantidad de detalles lo acontecido y ante la persistencia en el tiempo de dichas declaraciones, el Tribunal concluyó afirmando que era prácticamente imposible que se lo hubiesen podido inventar y que lo declarado no era más que una reproducción verbal de lo realmente sucedido.

La fiabilidad de la declaración será sometida a peritaje, contrastando sus declaraciones con los datos empíricos conformados por esa ciencia, ayudando así al Tribunal a determinar si se dan o no elementos que hagan dudar sobre su credibilidad⁴⁵. En esta línea, practicar la prueba pericial psicológica con todas las garantías, entregando el informe al Tribunal encargado del enjuiciamiento⁴⁶, asegurándose la contradicción procesal y aplicando los conocimientos científicos a corroborar el nivel de fiabilidad de las manifestaciones de un menor, se constituye como un instrumento de enorme valor para apreciar el testimonio de víctimas menores de edad en delitos sexuales.

Vamos a detenernos aquí para acudir a la jurisprudencia, en concreto a la STS 175/2008, de 14 de mayo. El primer motivo de casación que alega el recurrente es, precisamente, la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, concretamente se limita a negar la credibilidad de las declaraciones inculpativas de los menores (debido a contradicciones). La particularidad que tenían las víctimas, a parte de ser menores, es que presentaban unas minusvalías debidas a retraso mental moderativo y retraso mental moderado del 53% y 39%, respectivamente. Hay que partir de la premisa de que, en lo referido a la credibilidad de la víctima-testigo (sobre todo en los delitos de naturaleza sexual), la declaración inculpativa de un menor, aun padeciendo un retraso

abusos sexuales, la tendencia es a creerlos básicamente porque se presupone que los menores de escasa edad no tienen la capacidad ni los conocimientos sobre el tema suficientes para poder elaborar un suceso de esa entidad. Lo vemos reflejado en varios escritos de autores como MANZANERO, A.L., *Anuario de Psicología jurídica*. Volumen 6, 1996, pp. 13-34, o GARCÍA JIMÉNEZ, M., BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.S. y MORALES GARCÍA, M.L., “Abuso sexual infantil. Credibilidad del testimonio”, *Eúphoros*, núm.5 2002, p. 53.

⁴⁵ ARCE, R. y FARIÑA, F., “Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el Sistema de Evaluación Global (SEG)”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 26, 2005, p. 66.

⁴⁶ SUÁREZ SANTOS, R., “El valor de la pericial psicológica en los procesos penales donde un menor es víctima de un hecho delictivo”, *A.A.V.V.*, Madrid, 2011, p. 129. El contenido de este informe puede ser de diversa naturaleza, quedando determinado en función de los fines que persiga el juez. Así, la realización de esta prueba puede orientarse a múltiples fines como el estudio y descripción de la personalidad del menor, evaluar la capacidad que posee el menor para la invención, si cabe algún tipo de influencia en su testimonio, etc.

mental, es perfectamente válida para desvirtuar la presunción de inocencia⁴⁷. Se recoge en esta sentencia que en todas las diligencias judiciales de exploración y declaración de dichos menores, expusieron de forma clara, determinante y reiterada las depravaciones sexuales a que fueron forzados por el acusado. Las contradicciones que alega éste no se consideran significativas, en tal caso accesorias e irrelevantes que no afectan al núcleo de las agresiones sexuales sufridas. Además, los testimonios de los menores se llevaron a cabo cumpliendo todas las garantías (oralidad, intermediación y contradicción) por lo que han de ser tenidas como totalmente aptas para ser valoradas por el Tribunal⁴⁸.

Prosiguiendo con la explicación hay que dejar claro, eso sí, que las conclusiones que se extraigan de los informes psicológicos de valoración técnica del testimonio de un menor y de análisis de la realidad de la declaración no pueden lograr alcanzar una precisión absoluta. Es decir, el llegar a la conclusión de que lo relatado por el menor es “muy probablemente creíble” supone llegar a la categoría más alta de los resultados posibles. Esto no puede derivar en un resultado exacto como en las matemáticas⁴⁹.

Sumado a esto, también es importante recalcar que las pericias que se realicen no deciden (ni pueden decidir) si las alegaciones de los testigos se ajustan a la realidad o no. Esto es función exclusiva del Tribunal que, junto con su propia percepción, contará con el juicio del psicólogo sobre si hay fabulación, invención o manipulación.

Para poder valorar esta credibilidad del testimonio, hay que acudir no solo al menor, sino también al entorno familiar donde este se desenvuelve para ver si hay algún móvil de resentimiento o interés anterior a los hechos⁵⁰. Un ejemplo muy claro y muy generalizado en la experiencia judicial son los casos de separación matrimonial conflictiva, en los que se discute sobre la custodia y el derecho de visita. Los antecedentes

⁴⁷ STS 175/2008, de 14 de mayo, FJ2.

⁴⁸ STS 175/2008, de 14 de mayo, FJ2: “*En este sentido, deben considerarse el amplio y pormenorizado informe pericial psicológico que descarta cualquier tipo de fabulación en los menores al relatar las degradantes experiencias vividas. También operan en este sentido corroborador el testimonio de la Directora del Centro Altair a quien los niños ya habían relatado los hechos que después repitieron en sede judicial*”.

⁴⁹ STS 1769/2001, de 5 de octubre.

⁵⁰ 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”. op.cit. p. 26

nos muestran que no son excepcionales las denuncias por supuestos abusos o malos tratos ficticios para influir sobre la decisión de custodia. En estos casos el Tribunal debe tener sumo cuidado y prestar mucha atención para evitar condenar injustificadamente a alguien que se ve enfrentado a una única prueba acusatoria, la manifestación del niño en cuestión, pudiendo estar influenciada ésta por uno de los progenitores.

Ante supuestos de testigo único menor en los que la presunción de inocencia es llevada a una situación límite, es primordial la valoración expresa del testimonio en consonancia con los tres parámetros de contraste: posibilidad de factores relevantes de incredibilidad subjetiva, concurrencia o inexistencia de algún tipo de corroboración objetiva y posibles contradicciones⁵¹. Aunque se trata de criterios de valoración, no son exigencias.

Atendiendo al segundo de los parámetros, en ocasiones puede suceder que no podamos contrastar el dato corroborante y que esto no provoque que se deseche el testimonio. Habría que justificar y demostrar la imposibilidad de la comprobación como consecuencia de determinadas circunstancias. Esto lo vemos en varias sentencias recientes como, por ejemplo, la STS 2673/2019, de 24 de julio. Uno de los motivos que alega el recurrente es la ausencia de corroboración alguna de la agresión, así como la falta de evidencia de las lesiones denunciadas. La sentencia de instancia señaló algunas corroboraciones periféricas que podrían calificarse como débiles, pues la menor ya recibía tratamiento psiquiátrico con anterioridad a la agresión denunciada, por lo que no puede afirmarse que haya una relación causal entre el trastorno y la agresión (aunque pueden ser perfectamente compatibles). Sin embargo, el resto de los criterios mencionados en el párrafo anterior auxilian y, en cierto modo, suplen la ausencia de datos objetivos de corroboración, además, no debemos olvidar que son criterios orientativos, no exigencias.

Otros ejemplos serían la STS 8274/2022, de 30 de mayo, en la que se recoge lo siguiente: “*igualmente hemos dicho que el delito de agresión sexual exige violencia (o intimidación), pero en modo alguno que se ocasione lesiones y que la ausencia de señales físicas en el cuerpo de la ofendida o de otros signos externos no empece para la existencia del delito*”, y la STS 754/2012, de 11 de octubre, que indica: “*la agresión sexual ofrece*

⁵¹ Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. Valoración de la declaración del testigo menor de edad, p. 26.
<<https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2009-00003>>

muchas facetas, muchas posibilidades y muchas variedades, dentro de las cuales algunas veces no es imprescindible que la violencia o intimidación lleven consigo lesiones".

Los datos objetivos de corroboración pueden ser de distinta naturaleza: lesiones que en ciertos delitos aparecen normalmente; huellas o vestigios que delaten su perpetración; declaraciones de otras personas que tengan constancia de otros hechos que, aunque no son el objeto del delito, contribuyen a poder verificar la fiabilidad del testimonio de la víctima; pericias; etc⁵².

2.3.2 La posibilidad de recurrir a los testimonios de referencia

Para poder abordar todo lo relacionado con los testigos de referencia debemos partir primero del concepto. En palabras de MUÑOZ CUESTA es aquel *“que no aporta al proceso datos derivados de una percepción sensorial inmediata de los acontecimientos, sino lo que informa al Tribunal es una versión que de los mismos ha obtenido de manifestaciones o confidencias de terceros”*⁵³.

La posibilidad de acudir al testimonio de referencia está expresamente recogido en el art. 710 LECrim aunque, eso sí, con ciertas exigencias a mayores como precisar el origen de la noticia⁵⁴. Este tipo de pruebas no deben rechazarse de plano (salvo en los casos de injuria o calumnia⁵⁵) pues, en muchas ocasiones, se puede dar la imposibilidad de practicar el testimonio original y directo.

⁵² Una definición más exhaustiva nos ofrece la STS 944/2003, de 23 de junio, en la que se sostiene que *“corroborar es dar fuerza a una imputación con otros datos que no figuran incluidos en la misma. (...) es un dato empírico, que no coincide con el hecho imputado, ni en su alcance ni en la fuente, pero que interfiere con él por formar parte del mismo contexto, de tal manera que puede servir para fundar razonadamente la convicción de que el segundo se habría producido realmente”*.

⁵³ MUÑOZ CUESTA, J., “Testigos de referencia: necesidad de un uso restrictivo por los Tribunales y posibilidad de su rechazo antes del juicio oral”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 17, 2008, p. 15.

⁵⁴ VELAYOS MARTÍNEZ, M. I., *El testigo de referencia en el proceso penal: aproximación a las soluciones angloamericanas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 31. El tratamiento legal que se da a los testigos de referencia en el proceso penal es bastante escaso. Las únicas referencias que nos encontramos son en los artículos 710 y 813 LECrim, y lo hacen con una notoria influencia de las normativas procesales penales francesas.

⁵⁵ Art. 813 LECrim.

Acudiendo a la jurisprudencia, la STS 124/2002, de 6 de febrero, resume este tipo de prueba alegando que su aplicación es posible al diferenciar el art. 710 LECrim entre testigos directos y de referencia. Además recoge los requisitos de estos últimos, no siendo suficiente relatar los hechos y conocimientos que tienen, sino que es preciso que revelen el origen de la noticia, *“designando con su nombre y apellido o con las señas con que fuera conocida a la persona que se la hubiere comunicado”*. Estas pruebas pueden llegar a ser un elemento fundamental en los casos, más aún si los sumamos a otros factores indiciarios de importante consideración, para poder desvirtuar la presunción de inocencia⁵⁶.

Estos factores son a menudo alegados por la defensa para tratar de cuestionar la declaración vertida del menor en el proceso, lo que ocasiona graves perjuicios para ellos.

¿En qué casos estas pruebas están más justificadas? Los casos más característicos y que la jurisprudencia entiende como mejor justificados son aquellos en los que el testigo directo ha fallecido⁵⁷. En otros casos, la práctica de los testigos de referencia también podría considerarse que están justificadas como cuando la víctima es un menor de escasa edad, siempre y cuando se den los requisitos y determinadas circunstancias, siendo generalmente los padres los que adoptan esta posición⁵⁸.

Es importante destacar que el uso de este medio de prueba debe ser valorado por los Sres/Sras Fiscales como un instrumento de carácter excepcional y subsidiario, observando las pautas procedentes de la jurisprudencia sobre sus requisitos de validez y su eficacia limitada. Lo más importante que deberán constatar es la concurrencia, junto con el testimonio, de ratificaciones de otras fuentes (ya sean directas o indirectas) de prueba (STS 226/2018 de 16 de mayo).

⁵⁶ STS 124/2002, de 6 de febrero. En esta sentencia podemos ver un claro ejemplo de testigo de referencia en el FJ2: *“Esta declaración la ratifica otro testigo, Eugenio, que aunque no tiene conocimiento directo de estos hechos si recibió en un momento anterior, más inmediato a los hechos, la confidencia de parte de María Consuelo de que el suministro de la droga que ingirió el fallecido Baltasar procedía de “Claudia”*”.

⁵⁷ STS 129/2009, de 10 de febrero.

⁵⁸ Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. Posibilidad de utilizar testimonios de referencia como prueba de cargo, p. 15. <https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2009-00003.pdf>.

En esta línea cabe destacar un caso, la STS 429/2002, de 8 de marzo, cuya víctima se trata de una niña de tres años. El Tribunal admitió el testimonio de referencia de los padres de la menor debido a la forma en que estos actuaron. En sus declaraciones se limitaron a relatar los hechos, sin querer exacerbar lo ocurrido y haciendo prevalecer en todo momento los intereses de la menor, además, sólo decidieron denunciar una vez que los expertos que habían tratado a su hija se lo recomendaron. Al haber actuado prudentemente, sumado a la espontaneidad, gesticulación y las evidentes coincidencias de sus declaraciones, el Tribunal tomó como válidos sus testimonios.

Una sentencia que generó dudas acerca de este medio de prueba fue la STS 697/2006, de 26 de junio. Se trata de una sentencia en casación mediante la cual el recurrente, en el primer motivo y en el cuarto, denuncia que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia por entender que la prueba referencial es insuficiente por poder disponer del testigo directo y que *“la menor no declaró en el juicio ni tampoco lo hizo en ningún momento en que la defensa hubiera podido intervenir y fuera posible la contradicción”*.

Aquí se plantean dos cuestiones, por un lado, si es lícito acudir a una prueba testifical de referencia cuando la niña estuvo presente en el juicio oral, y por otro si esos testimonios son suficientes para poder incriminarle. El Tribunal Penal competente debe valorar si la prueba se debe tener en consideración a la hora de fundamentar su condena pues, aunque la ley no excluye la práctica de esta y su eficacia, no puede o no debe desplazar o suplir a la prueba testifical directa, salvo si se llevó a cabo de forma anticipada en la fase sumarial o si la comparecencia de la niña deviene imposible en el juicio oral⁵⁹. Una vez que se ha realizado la prueba, corresponderá al Tribunal determinar si es convincente y creíble.

En este caso, la niña en el momento del juicio tenía cinco años. En éste, se quiso practicar la exploración pero la menor se negó a relatar lo ocurrido y a hacer cualquier tipo de declaración (tal como se recoge en el acta y se refiere en la sentencia). Su escasa edad no le permitía comprender la obligación o conveniencia de declarar y las posibles consecuencias de su actitud. Además, atendiendo a la primacía de la protección de la

⁵⁹ Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. Posibilidad de utilizar testimonios de referencia como prueba de cargo, p. 16. <https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2009-00003.pdf>.

menor, no era aconsejable intentar modificar su voluntad. En definitiva, no hay razones por las que no se debiese admitir el testimonio de referencia.

Resuelta la primera cuestión, toca examinar si los testimonios de referencia son suficientes para poder incriminar al recurrente. La Sala, al examinar el acta y la causa, considera que las declaraciones constituyen un claro elemento incriminatorio disponible⁶⁰. Se concluye que se da la existencia de prueba de cargo suficiente y, dicho esto, se desestiman ambos motivos (primero y cuarto).

A pesar de todo lo dicho anteriormente, hemos de concluir diciendo que, aunque tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional reconozcan la validez de este medio de prueba, hay cierto recelo a su aceptación. Uno de los motivos es porque se trata de la inobservancia de los presupuestos constitucionales de inmediación y contradicción que conlleva la incorporación al proceso de estas testificales no provenientes del testigo directo⁶¹.

3. EL ASPECTO TEMPORAL DE LA DECLARACIÓN DEL MENOR

Como he dejado claro anteriormente, la declaración de la víctima constituye una pieza fundamental en el proceso penal para poder construir una buena acusación, ya sea ésta particular (la víctima toma parte activa en el proceso), pública (Ministerio Fiscal) o popular (si el caso concreto lo permite).

Con carácter general y siguiendo la línea jurisprudencial, sabemos que exclusivamente pueden tener el carácter de prueba vinculante las que se practiquen en el juicio oral. Es decir, sólo van a poder considerarse pruebas válidas para desvirtuar la

⁶⁰ STS 697/2006, de 26 de junio, FJ1: “Según la declaración de la madre de la menor a ella le manifestó que tal cosa había ocurrido y además la agente policial que le recibió la primera declaración, manifestó que la menor relató ante ambas con total claridad la existencia de la felación. Las declaraciones de la pediatra y del perito psicólogo, en cuanto descartan la existencia de fabulaciones en la menor, afirmando que a los tres años no es posible la elaboración de fantasías de contenido sexual, así como el examen del resto de las pruebas que excluyen otras posibles fuentes de conocimiento sobre los hechos de la clase de los que la menor relató a los testigos referenciales, actúan como elementos de corroboración de las declaraciones de éstos”.

⁶¹ DEL ALCÁZAR VILADOMIU, C., “El testigo de referencia: algunas consideraciones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo” *La Ley Penal*, núm. 139, 2019, pp. 1-13.

presunción de inocencia las que se practiquen en el juicio ante el órgano competente para enjuiciar la causa, mediando las garantías de oralidad, inmediación y contradicción que inspiran los juicios⁶². Además, las pruebas han de ser consistentes y convincentes para que el juez pueda evidenciar la culpabilidad del acusado.

En definitiva, podemos concluir esta introducción haciendo referencia al art. 24 CE⁶³ que recoge, en su párrafo primero, el derecho de toda persona a acceder a la justicia, prohibiéndose así la indefensión. En su párrafo segundo, señala la exigencia del respeto a la contradicción y el derecho de defensa de ambas partes involucradas en el proceso, todo ello en un plano de igualdad en cuanto a los instrumentos de los que pueden valerse para atacar y defenderse. Asimismo, recoge el derecho de todo acusado a un juicio justo y al juez predeterminado por la ley para asegurar la imparcialidad.

3.1 LA PRUEBA PRECONSTITUIDA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Lo dicho anteriormente no significa que tenga que entenderse de manera absoluta e inexcusable en el sentido de negar eficacia probatoria a las diligencias practicadas cumpliendo todas las formalidades que recoge la Constitución y el ordenamiento procesal en la fase sumarial. Así, cuando se aprecie la imposibilidad o la dificultad manifiesta de poder reproducir las pruebas en el juicio oral, cabe aplicar la excepción a esta regla general: la prueba preconstituida. La prueba preconstituida puede definirse como aquella prueba que se practica dentro del proceso pero antes de la fase de juicio oral (en fase sumarial o en la parte del atestado)⁶⁴. Concretamente, el artículo 730 LECrim señala que:

⁶² BANACLOCHE PALAO, J., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*. La Ley, Madrid, 2010, p. 23. El proceso penal debe respetar los derechos y garantías procesales que recoge la Constitución. Sumado a ello, debe considerarse la vía para el resarcimiento de la víctima y la reinserción del culpable.

⁶³ Art. 24 CE: “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*”

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

⁶⁴ ABEL LLUCH, X., *Estudios sobre prueba penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*. La Ley, Madrid, 2010, p. 155.

“Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.”

Los objetivos de la prueba preconstituida los podemos resumir en dos. En primer lugar, la prueba preconstituida sirve para salvaguardar el testimonio mediante la grabación de la declaración, evitando así su deterioro o contaminación por el paso del tiempo. En segundo lugar, la práctica de la prueba preconstituida se emplea para evitar la victimización secundaria de la víctima⁶⁵.

Por lo general, la prueba preconstituida se ha considerado un procedimiento adecuado e, incluso, necesario para proteger a las víctimas, ya que reduce el impacto negativo del proceso judicial al impedir que se reitere el contacto directo con el acusado. Sin embargo, es preciso tener en cuenta tres consideraciones⁶⁶:

Primera, es válido y resulta útil siempre y cuando los principios procesales estén garantizados, es decir, siempre que los derechos tanto de la víctima como del agresor estén protegidos.

Segunda, el procedimiento puede resultar inútil si no se practica previamente una investigación que permita recoger la prueba fehacientemente. En muchas ocasiones la prueba en la que se sustancia el proceso es el resultado de diversos trabajos realizados por los profesionales.

Tercera, en estos casos resulta imprescindible concretar el concepto de “víctima vulnerable”, teniendo en cuenta factores como los riesgos posibles para ella en función de la denuncia presentada, las razones psicológicas alegadas por la víctima para justificar su uso y una evaluación individual de la necesidad de su práctica a juicio del juez encargado de la instrucción.

⁶⁵ CASAÑ LLOPIS, M.A., OLMEDO DE LA CALLE, E., REY ANASTASI, A. y SORIA VERDE, M.A., “La prueba preconstituida”, *Informació Psicológica*, núm. 114, 2017, p. 140.

⁶⁶ CASAÑ LLOPIS, M.A., OLMEDO DE LA CALLE, E., REY ANASTASI, A. y SORIA VERDE, M.A., “La prueba preconstituida”, *Informació Psicológica*, op.cit., p. 141.

3.1.1 El principio de inmediación

Como se ha indicado anteriormente, el despliegue probatorio debe hacerse cumpliendo las exigencias de oralidad, concentración, publicidad e inmediación judicial.

El principio de inmediación es considerado un principio que atañe a las relaciones entre el juez o tribunal encargado de enjuiciar la causa y el objeto del proceso⁶⁷. Otra forma de decirlo nos la expone MORENO AROCA⁶⁸ quien considera que es una especie de imposición que se pone al órgano encargado para el enjuiciamiento de encontrarse en contacto directo (o inmediato) con las demás partes intervinientes en el proceso.

En definitiva, el principio de inmediación exige que el juzgador presencie de forma directa e inmediata los alegatos y la práctica de las pruebas para poder llegar a un convencimiento y determinar su decisión.

3.1.2 La prueba preconstituida y la declaración del menor víctima.

Es fundamental mencionar la relación entre la prueba preconstituida y la declaración del menor víctima. En concreto, hay que analizar las circunstancias que han de darse necesariamente para por utilizar esta prueba como medio de destruir la presunción de inocencia⁶⁹. En definitiva, se trata de extremar el cuidado para evitar que la declaración del menor se vea afectada por el elemento temporal, derivando en impunidades no deseadas.

Para poder hacer esto, es inevitable hablar de los nuevos artículos 449 bis y ter LECrim. En el art. 449 bis LECrim se recoge lo siguiente: si nos encontramos en alguno de los casos legalmente previstos, la autoridad judicial competente puede acordar que la práctica de declaración del testigo sea considerada como prueba preconstituida y, además, exige que se desarrolle respetando las garantías procesales.

⁶⁷ GIMENO SENDRA, J.V., MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 86.

⁶⁸ MONTERO AROCA, J., *Proceso (civil y penal) y garantía*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 62.

⁶⁹ 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”. op.cit., p. 35

Concretamente, recoge la necesidad de que la autoridad judicial garantice el principio de contradicción a la hora de llevar a cabo la toma de declaración. Por otro lado, señala que en caso de que la persona investigada debidamente citada se ausente, es decir, no comparezca, no supone un impedimento para practicar la prueba preconstituida, pues quien deberá estar, en todo caso, será su abogado defensor. Puede suceder, sin embargo, que este último no comparezca injustificadamente o que haya razones de urgencia para proceder de forma inmediata y, en estos casos, se tenga que sustanciar el acto con el abogado de oficio que se haya designado expresamente al efecto⁷⁰.

En su párrafo tercero, se establece el medio en el que se deberá recoger la prueba para poder reproducirla en un momento posterior. Concretamente, el precepto dice que la autoridad judicial deberá asegurar la documentación de la declaración en un soporte que permita la grabación tanto del sonido como de la imagen, debiendo el Letrado de la Administración de Justicia, en ese mismo momento, comprobar la calidad de dicha grabación. Además, deberán identificarse y firmar todas aquellas personas que hayan intervenido en la prueba preconstituida. Por último, el precepto hace una remisión al art.730.2 LECrim en lo referente a la valoración de esta prueba⁷¹.

En este mismo sentido se pronuncia la ya nombrada Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012⁷². En su art. 24 apartado a) recoge la posibilidad de grabar las declaraciones cuando la víctimas sean menores y tomarlas en consideración como pruebas perfectamente válidas en los procesos penales.

En cuanto al art. 499 ter LECrim, introducido por la nueva LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia⁷³, alude expresamente a los menores de edad. Atendiendo al tenor literal del artículo se nos dice que, cuando un menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de

⁷⁰ Art. 449.2 bis LECrim.

⁷¹ Art. 730.2 LECrim: “*A instancia de cualquiera de las partes, se podrá reproducir la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción conforme a lo dispuesto en el artículo 449 bis*”.

⁷² «DOUE» núm. 315, de 14 de noviembre de 2012, páginas 57 a 73. Referencia:DOUE-L-2012-82192. <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2012-82192>>.

⁷³ «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2021, páginas 68657 a 68730. Referencia: BOE-A-2021-9347. <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con>>.

especial protección tenga que intervenir en un proceso en calidad de testigo que tenga por objeto *“la instrucción de un delito 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”*, la autoridad judicial competente deberá acordar, en todo caso, que se practique la prueba de toma de declaración del menor como prueba preconstituida, cumpliendo con todas las garantías de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral y con lo estipulado y analizado en el artículo anterior.

En su segundo párrafo se regula el modo de tomar la declaración al menor. Así, cabe la posibilidad de acordar que la declaración del menor de catorce años se realice por medio de equipos psicosociales que auxiliarán al Tribunal, tomando en consideración el trabajo de aquellos profesionales que hayan intervenido previamente y analizando las circunstancias del menor o persona con discapacidad (personales, familiares y sociales) en aras a dar un mejor tratamiento a los mismos y al rendimiento de la prueba. Las partes comunicarán a la autoridad judicial las cuestiones o preguntas que desean hacerle o estimen oportunas, y éste, previo control de su adecuación, pertinencia y utilidad, se las trasladará a los expertos. Del mismo modo, las partes podrán solicitar aclaraciones al testigo. Este testimonio será grabado y el Juez, tras escuchar a las partes, podrá obtener del perito un informe en el que se recoja el desarrollo y el resultado de la audiencia practicada.

La entrada en vigor de la LO 8/2021, de 4 de junio, ha supuesto, por otra parte, la supresión de lo contenido en el párrafo tercero del art. 448 LECrim sobre los supuestos de testimonios de menores de edad inferior y particularmente afectados, en el que señalaba: *“... evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”*. Ahora esto es recogido en el art. 449 ter en su párrafo tercero⁷⁴.

El motivo de esta modificación responde a la necesidad de combatir la violencia sobre la infancia y la adolescencia, tratando de dar una respuesta más extensa a los múltiples

⁷⁴ Tras la introducción del artículo, el precepto presenta un añadido a las declaraciones de testigos menores de edad, practicándose de tal modo que se evite la confrontación con el agresor.

factores de riesgo y a las consecuencias en que derivan. Su principal prioridad es la prevención, la socialización y la educación, utilizando para ello medidas de protección y asistencia, así como instrumentos que permitan la recuperación de la víctima. Su inspiración se encuentra en los modelos integrales de atención considerados como buenas prácticas en aras a evitar que se produzca una victimización secundaria⁷⁵.

Lo que ha permanecido inalterado del art. 448 LECrim es en lo referente a la presencia del procesado y de su abogado defensor, así como la del Fiscal y la del querellante en el acto de tomar declaración en la fase de instrucción en los casos legalmente previstos. Ello se estipula con el fin de que puedan éstos hacer al testigo las preguntas que tengan por conveniente, a salvo, eso sí, las que el Juez considere impertinentes.

Cabe hacer mención a una sentencia, la STS 5907/2013, de 13 de diciembre. En ella, el recurrente alega la indebida aplicación de los preceptos que regulan la práctica de la prueba preconstituida, en concreto la defensa se queja de la ausencia de los imputados (no de su letrado, quien sí que estuvo presente) en el acto procesal del examen del menor. El hecho de que el precepto mencione la presencia tanto del procesado como de su abogado defensor quiere decir que se deben respetar los principios de contradicción e igualdad, sin embargo, *“no hay razones objetivas que permitan afirmar que, siempre y en todo caso, la ausencia del procesado -hallándose presente su Abogado defensor implique la quiebra de esa contradicción. No existen argumentos que permitan avalar la tesis de que la presencia del procesado -como impone la corrección procesal- se convierta en un presupuesto de validez de la práctica de esa diligencia”*⁷⁶.

En definitiva, en este motivo de casación lo que expone y argumenta el Tribunal para desestimarlos es que basta con que el abogado defensor esté presente en el acto de toma de declaración, pudiendo trasladar las oportunas preguntas que considere, para poder dar por respetado y cumplido el principio de contradicción y el derecho de defensa.

⁷⁵ «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2021, páginas 68657 a 68730. Referencia: BOE-A-2021-9347. <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con>>.

⁷⁶ STS 5907/2013, de 13 de diciembre, en su FJ3. Sumado a lo expuesto, en este fundamento jurídico el Tribunal se reafirma declarando lo siguiente: *“La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos liga la violación del derecho a un proceso justo del art. 6 del Convenio de Roma a la imposibilidad de que el acusado o su Letrado, durante la fase de investigación o en el acto del juicio oral, hayan tenido oportunidad de rebatir las opiniones del declarante. Nada de esto aconteció en el presente caso”*.

Por otra parte y en relación a esta cuestión, es importante mencionar la introducción de los arts. 703 bis y 788.2 en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estos preceptos están estrechamente relacionados con los arts. 449 bis y ter LECrim, a los que hacen alusión. Es una manera de concretar el modo de proceder expuesto en los anteriores artículos, señalando lo siguiente: Cuando se haya practicado en fase de instrucción, en consonancia con lo expuesto en el art. 449 bis y siguientes LECrim, como prueba preconstituida la declaración de un testigo, a instancia de parte, se procederá a reproducir en el juicio oral la grabación audiovisual, de conformidad con el art. 730 LECrim, sin que sea precisa la presencia del testigo en el acto de la vista.

El art. 703 bis LECrim, en su párrafo segundo, recoge: *“En los supuestos previstos en el artículo 449 ter, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad”*.

Por último, el precepto 703 bis LECrim aclara que, en caso de que la prueba preconstituida no reúna todas las condiciones y requisitos exigidos, la autoridad judicial competente para el enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su presencia e intervención en la vista con el fin de evitar que se produzca una indefensión a alguna de las partes. Este último párrafo, en definitiva, deja claro que la prohibición de indefensión y, en contraposición, el principio de contradicción son inexcusables y han de observarse ineludiblemente⁷⁷.

En esta línea cabe citar una sentencia que recoge esta doctrina: la STS 470/2013, de 5 de junio. En el primer motivo, el recurrente alega, entre otras cosas, la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia porque la declaración de las menores no se practicó en el juicio oral, además de la imposibilidad de la defensa para interrogarles. Sumado a ello, considera que se ha llevado a cabo una indebida valoración de las declaraciones de las víctimas (vertidas en la instrucción), declaraciones que se

⁷⁷ MORENO CATENA, V., “La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español”, *Revista penal*, op.cit., p. 65. Para que se pueda considerar que ha habido una contradicción procesal efectiva es preciso que la defensa haya podido, por un lado, proponer y practicar los medios probatorios pertinentes para ejercer la defensa y, por otro, que haya podido intervenir en el desarrollo de la prueba para desacreditar la credibilidad del testigo o poner en evidencia contradicciones en su testimonio.

visualizaron en el juicio oral apoyadas por los testigos de referencia. Este motivo es desestimado puesto que la Sala considera que concurre una causa legítima (evitar una victimización secundaria) y que, para salvaguardar el derecho de defensa del acusado, se sustituye la declaración en el juicio por la reproducción video gráfica de la exploración practicada en fase de instrucción. En definitiva, se trata de brindar a los sujetos pasivos de un delito que sean especialmente vulnerables un trato específico que se acomode a su situación particular⁷⁸.

En cuanto a los requisitos formales, la prueba preconstituida relativa al testimonio del menor, deberá llevarse a la vista del juicio oral en calidad de prueba documental, propuesta en el escrito de calificación y debiendo los Sres/Sras. Fiscales interesar su reproducción en la vista⁷⁹.

3.2 EL EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO DE DEFENSA Y LOS PRINCIPIOS DE SUPREMACÍA DEL INTERÉS DEL MENOR Y DE PREVENCIÓN DE SU DESARROLLO PERSONAL.

Determinar el interés superior del menor es una de las tareas más controvertidas a las que se enfrenta el juez a la hora de tomar cualquier decisión cuando hay un menor de edad inmerso en un proceso judicial⁸⁰.

Aunque hay múltiples referencias al interés superior del menor en diferentes normativas, lo cierto es que no hay una definición clara y concreta. La ausencia de su concreción provoca que sea considerado como un concepto jurídico indeterminado, lo que hace que se tenga que atender a las circunstancias concretas de cada caso para precisar cuál es⁸¹.

⁷⁸ STS 470/2013, de 5 de junio, FJ4.

⁷⁹ CUBILLO LÓPEZ, I., *La protección de los testigos en el proceso penal*. Civitas, Madrid, 2009, p. 225.

⁸⁰ MARTÍNEZ CALVO, J., “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 200.

⁸¹ TAMAYO HAYA, S., “La custodia compartida como alternativa legal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, 2007, p. 670.

En esta línea, DE TORRES señala que el interés de los niños se ha introducido en forma de cláusula general, faltando precisión porque hace referencia a supuestos generales o, incluso, abstractos⁸². En sentido similar se expresa DE LAMA, pues sostiene que el concepto de interés superior de los niños es objeto de múltiples críticas debido a su nivel de abstracción y vaguedad⁸³.

Tras la entrada en vigor de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁸⁴, se ha modificado el art. 2 de la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor⁸⁵, en lo referido al interés superior del menor. En este artículo se recoge el derecho que tiene todo menor a que su interés superior sea tenido en cuenta como primordial en todos los ámbitos y decisiones que le involucran, ya sean de derecho público o privado. Tanto en las normas como en las medidas que se adopten, los Tribunales o los órganos encargados de legislar deberán tener presente ese interés superior de los menores, siendo éste preferente en relación con cualquier otro interés legítimo que pudiera entrar en juego.

Cuando haya que interpretar o aplicar en cada caso el interés superior del menor, habrán de tenerse en cuenta una serie de criterios generales, ello sin perjuicio de los que establezcan las disposiciones específicas aplicables y los que hayan de tenerse en cuenta en atención a las circunstancias particulares. Estos criterios generales son los siguientes⁸⁶:

- Proteger el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor, así como sus necesidades básicas (materiales, físicas, educativas, emocionales y afectivas).
- Tener en consideración los deseos, sentimientos y opiniones del menor en aras a que pueda ir participando progresivamente en la determinación de su propio

⁸² DE TORRES, J.M., *El interés del menor y derecho de familia, una perspectiva multidisciplinar*. Iustel, Madrid, 2008, p. 25.

⁸³ DE LAMA, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 92.

⁸⁴ «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015, pp. 61871-61889.
<https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222>.

⁸⁵ «BOE» núm. 15, de 17/01/1996.
<<https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>>

⁸⁶ «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015, pp. 61876-61877. Referencia: BOE-A-2015-8222
<<https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/23/pdfs/BOE-A-2015-8222.pdf>>

interés superior.

- Procurar que su vida y desarrollo se desenvuelvan en un ambiente familiar apropiado y libre de violencia. Se dará prioridad a que el menor permanezca en su familia de origen y, en caso de acordarse medidas de protección, se intentará por todos los medios posibles el acogimiento familiar en detrimento del residencial.
- La conservación de la identidad, cultura, religión, orientación e identidad sexual, así como todos aquellos aspectos de su personalidad para conseguir un desarrollo armónico.

Cuando concurra otro interés legítimo junto a este interés superior del menor, se procurará que las medidas que se tomen sean las que más se acomoden a buscar un equilibrio entre ambos, respondiendo a este interés superior y a la vez respetando los otros intereses en juego⁸⁷. En definitiva, primará el interés superior del menor, ello sin perjuicio de la necesidad de valorar los derechos fundamentales que pudieran concurrir.

A pesar de que, con carácter general, la preconstitución de la prueba exija que se dé el principio de contradicción en aras a proteger el derecho del imputado a interrogar a los testigos de cargo, ello se ve matizado en el caso de que sean menores de edad para evitarles perjuicios añadidos.

Los medios que se pueden utilizar para lograr este punto de equilibrio son muchos: utilización de biombo, de medios telemáticos (video conferencia, por ejemplo), de espejos unidireccionales, etc⁸⁸. De esta manera, se permite que el abogado de la defensa esté presente en el interrogatorio y pueda formular las preguntas que considere al testigo menor, además de poder reunirse con su cliente para decidir nuevas preguntas. Como vemos, a pesar de que haya modulaciones, se respeta de forma íntegra el derecho que

⁸⁷ SANZ HERMIDA, A., *La declaración de la víctima menor de edad en el proceso, La víctima menor de edad*, Colex, Madrid, 2010, p. 117.

⁸⁸ SEMPERE FAUS, S., “La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria”, en *Revista General de Derecho procesal*, n.º. 48, 2019, p. 38. Uno de los instrumentos que se ha venido empleando para garantizar que todas las partes puedan estar presentes en la declaración de los menores y poder formularles las preguntas que consideren es la denominada *cámara Gesell*. Esta cámara permite que los menores declaren en una sala diferente, contigua a la sala en la que se encuentran las partes y el juez que les permite observar al menor sin que éste se percate de su presencia.

posee el imputado de poder interrogar al testigo y contradecir lo que éste alegue, cumpliendo con el derecho general al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.

En la STS 1177/2005, de 19 de octubre, se señala que se da una efectiva contradicción cuando en la preconstitución probatoria de la declaración de un menor víctima de un delito de prostitución estuvieran las defensas de los imputados aunque éstos no estuviesen presentes.

Yendo más allá, nuestro Alto Tribunal ha afirmado que lo que se exige, por parte de la normativa internacional y de su propia jurisprudencia sobre la contradicción, es que se le haya dado la oportunidad al abogado defensor del acusado de interrogar al testigo de cargo, ya sea en la fase de instrucción o en la fase de Juicio Oral. Así, observando la jurisprudencia vemos como, en la STS 228/2019, de 1 de febrero, debe darse de forma efectiva la oportunidad de poder interrogar al testigo, sin perjuicio de que esta oportunidad se pierda si la defensa no desea hacer uso de ella o si la ignora⁸⁹.

En conclusión, a pesar de que la intermediación suponga que la práctica se ha de llevar a cabo inexcusablemente en el juicio oral y ante el órgano competente para enjuiciar, se excluye la práctica de la prueba preconstituida, pues no daña el objetivo y licitud de la prueba en el desarrollo del juicio.

4. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Los derechos de los niños están recogidos en su totalidad en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN en lo sucesivo)⁹⁰. Concretamente, esta Convención lo que establece son los requisitos y principios necesarios para poder asegurar la observancia efectiva de los derechos de los niños, así como poder otorgar a los niños víctimas de delitos derechos fundamentales como el de información, protección, participación, etc.

⁸⁹ STS 228/2019, de 1 de febrero, FJ3: “...para que el principio de contradicción se lleve a efecto, no es necesaria la presencia del acusado o su defensor en la declaración. Basta con que se conceda a la parte la posibilidad de estar presente e interrogar, de tal manera que si la tuvo y no la utilizó por negligencia propia, no cabe luego alegar vulneración del mencionado principio”.

⁹⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF, Comité Español, Madrid, 2006.
<<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>>

Atendiendo al art. 12. CDN, se recoge el derecho que tienen los menores a poder expresar de forma libre su opinión en aquellos casos que les atañen y a que sea tomada en consideración. Va a poder ser considerado titular de este derecho todo menor que tenga las condiciones suficientes para poder formar su propio juicio. En el párrafo segundo de este mismo artículo se estipula el derecho a ser escuchado en aquellos procedimientos tanto administrativos como judiciales que le conciernen, sin excepciones. Todo ello deberá hacerse en consonancia con el denominado “principio de adecuación”, principio que indica la forma en que deberá escucharse al menor, debiendo adaptarse a la situación subjetiva en que se encuentre este y a las concretas particularidades que presente el procedimiento que se esté sustanciando⁹¹. Además, lo contenido en este artículo deberá observarse para interpretar el resto de preceptos contenidos en la esta Convención.

Entrando en las notas principales que definen el derecho del niño a ser escuchado⁹², podemos observar que se trata de un derecho renunciabile, es decir, el hecho de que el niño pueda expresar su opinión es algo voluntario y no una imposición.

En segundo lugar, cabe señalar que podrá ser titular de este derecho todo niño que esté capacitado para elaborar un juicio propio. En cuanto a este requisito, no se establece un límite mínimo de edad y, en caso de excluir este derecho, deberá ser justificado caso por caso. Si el niño resulta ser de muy escasa edad, habrá de atenderse a las formas no verbales de comunicación. El hecho de poder formarse un juicio propio no significa que conozca a la perfección todos los extremos del caso que le afecta, sino que es suficiente con que comprenda lo fundamental del mismo.

Para ahondar en el tema que nos ocupa, debemos analizar el párrafo segundo de este mismo art. 12 CDN, donde se recoge lo referente a los procedimientos administrativos y judiciales. Concretamente se estipula lo siguiente:

Partiendo de la premisa de que el niño posee juicio propio, la decisión de no oírle deberá ser debidamente motivada. Sumado a ello, si la resolución del procedimiento en cuestión se separa de dicha opinión del menor, deberá exponerse las razones que lo

⁹¹ BECERRIL BUSTAMANTE, M.S., “La escucha del menor, testigo o víctima”, *Defensor del Pueblo*, Madrid, 2015, p. 16.

⁹² Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, 51º período de sesiones, Ginebra, 2009. Observación General nº 12: El derecho del niño a ser escuchado, pp. 9-10. <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>>.

justifiquen. El hecho de no escuchar al niño podrá dar lugar a impugnar la decisión administrativa o judicial, resultando posible su anulación o modificación.

Por otro lado, se aborda la posibilidad de escuchar al niño de viva voz. Se estipula que siempre que pueda procederse a ello, el niño será escuchado directamente. En caso contrario, podrá ser escuchado por medio de un representante o un órgano adecuado.

Este derecho ha de ser obligatoriamente observado también en los procedimientos penales, con el añadido de tratar de evitar la victimización secundaria tanto de las víctimas como de los testigos. Concretamente, la CDN señala que *“El niño víctima y el niño testigo de un delito deben tener la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a expresar libremente sus opiniones de conformidad con la Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, «Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos»”*⁹³.

En cuanto a las medidas tendentes a garantizar la observancia del derecho del menor a ser escuchado, podemos resumirlas en las siguientes⁹⁴:

- a) Preparación. Para poder ejercer su derecho, el niño, previamente, deberá ser informado por los responsables que le han de escuchar sobre la existencia de este derecho. Sumado a ello, se le deberá informar sobre la posibilidad que tiene de comunicar su opinión bien directamente, bien a través de un representante, así como de las consecuencias posibles en que puede derivar.
- b) Audiencia. El ambiente donde el niño ejercerá su derecho deberá ser el adecuado e inspirar confianza. El niño tiene que tener la certeza de que el adulto responsable de escucharle tomará en consideración lo que decida comunicar. Las personas posibles para encargarse de la tarea pueden ser tanto del entorno del niño (como un profesor o un cuidador), como de ciertas instituciones (un juez), así como expertos (un psicólogo).
- c) Evaluación de la capacidad. Las opiniones vertidas por el menor deben tener en

⁹³ Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, op.cit., p. 17. <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>>.

⁹⁴ Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, op.cit., pp. 13-14. <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>>.

cuenta siempre y cuando se acredite, en el caso concreto, que tiene la capacidad suficiente para formar un juicio propio.

- d) Comunicar al niño los resultados. Una vez concluido el proceso, se deberá informar al niño del resultado obtenido y de cómo ha influido su opinión en él. Con esto se pretende demostrar que el hecho de escuchar al niño no se trata de una mera formalidad, sino que es algo que influye de manera trascendental en el caso.
- e) Quejas, vías de recurso y desagravio. Es preciso disponer de mecanismos legales que faculten al niño poder recurrir o denunciar cuando su derecho a ser escuchado y a que se les tenga en cuenta sea ignorado o violado. Particularmente, si el derecho es vulnerado en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, el niño debe poder recurrir a recursos de apelación y denuncia, garantizando la confianza y seguridad del menor.

5. MEDIDAS TENDENTES A PROTEGER AL MENOR VÍCTIMA DE DELITOS DE NATURALEZA SEXUAL: LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

Como he mencionado en varias ocasiones, cuando el testimonio es otorgado por un menor de edad éste debe realizarse cumpliendo una serie de garantías y mecanismos para intentar minimizar el impacto negativo que el proceso en sí puede ocasionarle al menor⁹⁵.

En esta línea, la declaración del menor en el acto del juicio oral o, cuando así se considere, en la fase de investigación, se encuentra regulada en muchos artículos de nuestro ordenamiento jurídico, atendiendo a diversas medidas en orden a tratar de reducir

⁹⁵ PEREDA BELTRÁN, N., “El espectro del abuso sexual en la infancia: Definición y tipología”. *Revista de Psicopatología y Salud Mental del niño y del adolescente*, núm. 16, 2010, p. 57. Esto es lo que se conoce como victimización secundaria. La victimización secundaria es una forma de victimización interpersonal a través de una acción u omisión intencionada por parte de un individuo u grupo que deriva en consecuencias reales o potenciales, bien físicas, bien psicológicas, afectando al bienestar del menor.

al máximo el grado de victimización secundaria que pueda llegar a producirse de no observarlas⁹⁶.

En el nuevo párrafo segundo del art. 707 LECrim se dice que, al margen de los supuestos contemplados en el art. 703 bis LECrim, cuando personas menores de edad o aquellas que padezcan una discapacidad necesitada de especial protección tengan que declarar en el juicio oral, ésta se llevará a cabo, en caso de que sea necesario para evitar o minorar los perjuicios que para ellas puedan resultar del desarrollo del proceso o de la práctica de la prueba, evitando la confrontación visual con el inculpado. Para lograr este fin se podrán utilizar los medios técnicos pertinentes para conseguir realizar esta prueba, incluida la posibilidad de que los testigos *“puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación accesible”*.

Atendiendo al tenor literal del precepto, este recoge que, siempre que resulte necesario para evitar o disminuir los perjuicios derivados del seguimiento del proceso o de la práctica de la prueba para estos sujetos, las medidas tendentes a evitar la confrontación visual devienen obligatorias⁹⁷.

Acudiendo a la jurisprudencia, nos encontramos con sentencias como la STS 332/2006, de 14 de marzo, en la que se evidencia la importancia de este visionado o audición. En concreto, dicha sentencia recoge que, ante la falta de percepción directa del testimonio de la víctima, resultan *“fundamentales e imprescindibles para poder comprobar el contenido y sentido de las manifestaciones inculpatorias en su caso, efectuadas por la menor, y para calibrar si la técnica utilizada por la psicóloga fue correcta en sus entrevistas estructuradas o no...”*.

⁹⁶ GOMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima de delito ante la justicia penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*. Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 230. *“Si se contempla desde el punto de vista del hecho, se habla de riesgo de victimización; si se contempla desde el punto de vista de sus efectos se habla de vulnerabilidad de la víctima”*.

⁹⁷ 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”. op. cit, p. 61. Esta autora entiende que estas medidas para evitar la victimización secundaria tienen mayor respaldo cuando el menor fuera, además, víctima.

En este sentido, el art. 777.3 LECrim señala que *“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...”*. Finaliza el artículo indicando que, para que se efectúe su valoración como prueba, la parte interesada deberá instar en el acto del juicio oral su reproducción audiovisual, en consonancia con lo dispuesto en el art. 730.2 LECrim.

Los Fiscales deben tratar de evitar emplear la fórmula “por reproducida” en este tipo de casos, pues no llevar a cabo la efectiva reproducción en el juicio oral puede desembocar en revocaciones de sentencias condenatorias⁹⁸.

Los perjuicios posibles de hacer que los menores declaren en el juicio oral son los siguientes⁹⁹: a) encontrarse solo en el lugar establecido para los testigos; b) la cercanía del abogado del acusado y la posibilidad de que se le acuse de mentir; c) el público que puede acudir; d) las togas de los intervinientes; e) tener que declarar en voz alta; f) el empleo de un lenguaje jurídico ininteligible; y g) la presencia del presunto agresor (la principal).

Para poder menguar estos elementos que hacen que el menor víctima se encuentre en una situación incómoda e, incluso, violenta, se deberá promover lo siguiente¹⁰⁰: a) intentar que el menor sea el que declare en primer lugar, evitando que tenga que esperar en la puerta del juicio; b) evitar que el público acceda, es decir, que se celebre a puerta cerrada; c) distanciar al menor del acusado o trasladarle a otra sala para tomarle declaración, o evitar que se puedan ver directamente por medio de mamparas; d) permitirle estar acompañado durante su declaración (familiar o psicólogo); e) adaptar el lenguaje para facilitar su comprensión; f) permitirles dar su testimonio sentados.

⁹⁸ Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. Preconstitución probatoria, p 15.

⁹⁹ Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Circular 3/2009, de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos: FIS-C-2009-00003. pp. 18 y 19.
<<https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2009-00003>>

¹⁰⁰ Ídem

Es preciso indicar que la utilización de todo este tipo de medidas no solo van dirigidas a proteger el interés superior del menor, sino que también hacen que el testimonio del menor sea de mejor calidad. Está comprobado y es evidente que a menor estrés del menor, mejor calidad tendrá su testimonio.

Debemos recordar la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2002, de 7 de febrero, acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia¹⁰¹. En ella se contiene la posibilidad de usar la videoconferencia para tratar de esquivar las confrontaciones visuales a menores.

Si comparamos el empleo de la videoconferencia con otros medios como la utilización de mamparas u otros análogos, vemos como éstos neutralizan en menor medida los efectos de la victimización secundaria, pues no evita que el menor entre en la sala de vistas y su proximidad con el acusado. Este sistema podrá ser utilizado en aquellos casos en los que no se necesiten niveles cualificados de protección. Las mamparas deberán colocarse de tal forma que el menor y el acusado no se vean pero que permita a aquel mantener el contacto visual con su acompañante, así como estar a la vista del Tribunal, el Ministerio Fiscal y los abogados de las partes¹⁰².

Si acudimos a la jurisprudencia, vemos como en múltiples casos se han acordado distintas medidas para poder proteger al menor con el objetivo de que éste pueda declarar de forma segura y en un ambiente cómodo. Así, la STS 651/2000, de 5 de abril, admitió la posibilidad de que las dos testigos de cargo menores declararan en el propio despacho del Juez y no en la Sala. A este despacho también acudieron el Ministerio Fiscal y el Abogado defensor, de tal manera que ambos tuvieron la oportunidad de interrogar a las dos menores. Otro ejemplo sería la STS 1123/2000, de 26 de junio, en la que se admite la declaración dada en las proximidades de la sala de vistas, lugar donde se encontraba el acusado, pudiendo ver por circuito cerrado de televisión la práctica de la testifical.

¹⁰¹ FIS-I-2002-00001. 07/02/2002. <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-I-2002-00001>>

¹⁰² Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. Declaración del menor víctima en el juicio oral: análisis de las garantías aplicables, p 21. <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2009-00003>>

5.1 LA PRÁCTICA DEL CAREO

Es necesario hacer una distinción entre el careo en la fase de instrucción y el careo en el juicio oral.

El careo se encuentra regulado en los arts. 451 a 454 LECrim, bajo la rúbrica “Del careo de los testigos y procesados”. Esta diligencia de investigación se establece de forma subsidiaria por el legislador, lo que significa dos cosas: a) es preciso que se hayan llevado a cabo primero otras diligencias como las declaraciones de los testigos y del inculpa do y que, una vez tomadas estas declaraciones, se llegue a resultados diferentes, es decir, que las versiones dadas de unos y otros sobre los hechos o circunstancias no coincidan; y b) la práctica de careos solo se llevará a cabo cuando “*no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados*” (art. 455 LECrim). Así lo vemos reflejado en la STS 272/2017, de 23 de enero, en la que el recurrente pretendía que se llevara a cabo un careo entre la denunciante y él. Dicha práctica fue denegada por el Tribunal recordando que “el careo, más que una diligencia de prueba propiamente dicha, es un instrumento de verificación y contraste de la fiabilidad de otras pruebas” y que su práctica se limita a aquellos supuestos excepcionales en los que no hay otras formas de corroborar la existencia del delito¹⁰³.

El supuesto de hecho que debe darse para que el Juez de Instrucción pueda permitir, en su caso, la diligencia de careo, es la divergencia o discordancia manifiesta entre las declaraciones vertidas sobre algún hecho o acontecimiento de especial interés en el sumario. Esta contradicción puede darse tanto entre las declaraciones de testigos, como de procesados, así como entre las de unos y otros¹⁰⁴.

El objetivo de estos careos es intentar llegar a la verdad sobre lo acontecido y para ello, es preciso establecer unos límites objetivos que son los insultos y las amenazas. El Juez instructor deberá velar por el buen desarrollo de esta diligencia y no permitir que se amenacen o insulten las partes involucradas. Añadido a esto, hay otro límite en relación

¹⁰³ ALMAGRONOSETTE, J., *Derecho Procesal, Tomo II Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 294. La doctrina del TS deja claro que el careo no es un medio de prueba que se pueda considerar autónomo, si no que es una forma de complementar a las declaraciones que hayan dado los testigos y acusados en orden a poder resolver las dudas que hayan podido surgir.

¹⁰⁴ CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal*. LA LEY, Madrid, 2010, p. 503.

a los testigos menores de edad contenido en el art. 455 LECrim del que hablaré más adelante.

En cuanto al careo en el juicio oral, la ley procesal penal apenas dedica preceptos a la práctica del careo en esta fase, lo que evidencia la relativa eficacia que se otorga a este medio de prueba¹⁰⁵.

Uno de esos preceptos es el art. 713 LECrim que, a parte de recoger la prohibición de emplear insultos y amenazas, establece la finalidad de la diligencia limitándose a “dirigirse los careados los cargos y a hacerse las observaciones que creyeran convenientes para ponerse de acuerdo y llegar a descubrir la verdad”.

En esta línea, el art. 729 LECrim estipula el modo o la forma en el que pueden acordarse dichos careos, estando facultado el Presiente para hacerlo de oficio, o bien puede proponerse por cualquiera de las partes. Esto constituye, pues, una excepción a lo contenido en el art. 728 LECrim que sostiene que no podrán llevarse a cabo otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni examinarse otros sujetos en calidad de testigos que aquellos que se encuentren comprendidos en las listas presentadas.

Por último, y antes de entrar a valorar la admisibilidad de esta diligencia cuando el testigo es menor, cabe recordar que la inadmisibilidad de una diligencia de careo no provoca la revocación de la valoración de la prueba, pues ésta queda sometida a la plena soberanía ya sea del instructor o del juzgador. Ello responde a que se trata de una herramienta procesal de auxilio para poder aclarar las dudas que tengan los componentes de los órganos jurisdiccionales (y sólo ellos) sobre la credibilidad de las declaraciones anteriormente vertidas.

5.2.1 La admisibilidad de los careos entre el testigo menor y el presunto autor

En los casos en los que se pretenda realizar un careo entre el testigo menor de edad y el presunto autor de los hechos, el art. 713 LECrim sigue el criterio establecido por el art. 455 LECrim (en la instrucción). Este último precepto añade en su último párrafo lo

¹⁰⁵ “Careo (proceso penal)”, *Guías Jurídicas Wolters Kluwer*.

<<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAKNDC1MjS7Wv1KLizPw8WvMDAwsDcwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAAMB-7I1AAAAWKE>>

siguiente: “No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial”.

Así, se establece el carácter restrictivo de dicha práctica que sólo podrá llevarse a cabo cuando el Juez lo considere necesario y no suponga una lesión para el menor, previo informe de perito. Es decir, han de darse dos presupuestos: a) imprescindibilidad; y b) informe pericial previo que acredite que no va a lesionar el interés del menor.

Para determinar el primer requisito, el juez podrá proceder tanto de oficio como a instancia de parte. Procederá de oficio cuando, a su juicio, se evidencia dicha necesidad; y procederá a instancia de parte cuando se solicite la práctica de la diligencia y se acompañe de las razones por las que se justifique la misma¹⁰⁶.

Una vez que el resultado es positivo, el Juez o Tribunal pasará a pronunciarse sobre el segundo requisito. Para ello, será preciso recabar el oportuno informe pericial que determine el punto de equilibrio emocional del menor y la alteración que podría suponer la práctica de un careo¹⁰⁷.

Si resulta acordado, se deberán aplicar, con mayor justificación si cabe, las medidas precisas para evitar el contacto visual entre el menor víctima de abusos y el presunto autor de los hechos.

En definitiva, podemos sintetizar todo lo expuesto diciendo que el careo entre el menor víctima y su presunto agresor es recogido en nuestro ordenamiento jurídico como una práctica absolutamente excepcional y que en muchas ocasiones se sustituye por el interrogatorio del perito que examinó al menor y que manifestará su opinión sobre la fiabilidad de la declaración del mismo prestada en la fase del sumario.

¹⁰⁶ GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Universidad Pontificia de Sala, 2006, p. 239. En todo caso, el careo es una facultad que compete exclusivamente al juez, por lo que no está obligado en ningún caso a tener que practicarlo.

¹⁰⁷ ARANGÜENA FANEGO, C., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prueba testifical y careos con menores de edad (Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio)”, *Revista de Derecho Penal* núm. 2, 2001, p. 65.

6. CONCLUSIONES

I.- El testimonio de menores es uno de los medios de prueba que más controversias ha venido generando en los procesos penales debido a las características de estos testigos y víctimas de pronta edad. Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021 se han producido importantes modificaciones en los preceptos más trascendentales sobre esta materia como el art. 730 LECrim o el art. 448 LECrim, así como la introducción de nuevos artículos como el 703 bis LECrim, el 449 bis LECrim y el 449 ter LECrim.

II.- En los casos en los que el menor víctima o testigo es de muy pronta edad, el proceso de tomarle declaración se encuentra rodeado de ciertas particularidades como: la práctica del interrogatorio por un psicólogo infantil, preparar minuciosamente la entrevista adaptando el lenguaje y el tono que se ha de emplear, no presionar al niño dejando que haga una narrativa libre, etc.

III.- La declaración del menor es una prueba perfectamente válida para poder desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, y ello sin que suponga invertir la carga de la prueba. La credibilidad o fiabilidad del testimonio es consecuencia de un análisis exhaustivo sobre la información dada por el menor. Para ello, se atenderá a su edad, a la naturaleza del suceso, al número de contradicciones, al ámbito familiar y a la existencia o no de motivos de resentimiento, etc. La fiabilidad será sometida a peritaje.

IV.- En supuestos en los que el menor es el único testigo (“delitos clandestinos”), es fundamental valorar su testimonio en consonancia con tres parámetros: posibles factores relevantes de incredibilidad subjetiva, concurrencia de algún tipo de corroboración objetiva y posibles contradicciones. No hay que olvidar que el uso de testigos de referencia es excepcional y subsidiario, prueba que puede admitirse cuando se ven involucrados menores muy pequeños pero que, aún así, debe presentar los requisitos de validez, pues no puede desplazar o suplir la prueba testifical directa.

V.- El momento procesal para practicar las pruebas es en el juicio oral, siendo éstas las que tienen carácter vinculante. Sin embargo, cabe excepciones como la contenida en los artículos 449 bis y ter LECrim referida a la prueba preconstituida. Esta prueba, en suma, pretende dar validez a lo declarado por el menor en fase de instrucción cuando éstos son especialmente pequeños para tratar de evitarles daños y perjuicios añadidos.

Esta prueba deberá quedar documentada de tal forma que pueda reproducirse en el juicio oral.

VI.- Atendiendo a los principios y derechos que rigen nuestro ordenamiento, es preciso buscar un punto de equilibrio entre el derecho de defensa del acusado y el principio de supremacía del interés del menor. Así, el principio de contradicción se va a ver matizado cuando estemos en presencia de menores por la adopción de medidas como el empleo de biombo, de medios telemáticos, mamparas, etc. De esta forma, se permite la contradicción entre las partes sin que ello suponga un grave perjuicio para el menor.

VII.- De entre los perjuicios posibles que puede sufrir el menor al declarar en el acto del juicio oral nos encontramos concretamente con: la presencia del acusado y la proximidad de su abogado, tener que declarar en voz alta, el lenguaje jurídico ininteligible, acceso del público, etc. Para evitar estos factores que provocan inseguridad y posible miedo en el niño han de adoptarse medidas tales como: evitar que el público pueda acudir, adaptar el lenguaje, permitir que declare acompañado de una persona de confianza, evitar el contacto visual directo con el agresor, etc. Todo ello permite evitar la victimización secundaria.

VIII.- El careo es una diligencia de investigación que se establece de forma subsidiaria o residual. Ello responde a su escasa utilidad práctica, pues conlleva disputas y rara vez desemboca en resultados claros. Para poder practicarse deben darse dos requisitos: a) existencia de declaraciones previas y contradictorias, b) no ser conocido otro medio para el esclarecimiento de los hechos. En caso de que el testigo o víctima sea menor, a parte de estos requisitos, deberá presentar otros dos: c) imprescindibilidad y d) informe pericial previo que acredite que no va a lesionar el interés del menor.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, X., *Estudios sobre prueba penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*. La Ley, Madrid, 2010.
- ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal, Tomo II Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- ALONSO-QUECUTY, M.L., “Menores víctimas de abusos: evaluación de la credibilidad de sus declaraciones”, *Apuntes de Psicología*, Vol. 30 (1-3), 2012, pp. 139-144.
- ARANGÜENA FANEGO, C., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prueba testifical y careos con menores de edad (Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio)”, *Revista de Derecho Penal* nº2, 2001. pp. 37-66.
- ARCE, R. y FARIÑA, F., “Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el Sistema de Evaluación Global (SEG)”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 26, 2005, pp. 59-77.
- ARROM LOSCOS, R., “La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 3, 2015, pp. 1-66.
- BECERRIL BUSTAMANTE, M.S., “La escucha del menor, testigo o víctima”, *Defensor del Pueblo*, Madrid, 2015, pp. 1-75.
- BUJOSA VADEL, L.M., “La prueba de referencia y garantías procesales”, *Diario La Ley*, núm. 6821, 2007, pp. 1-66.^[1]_[SEP]
- BUSTOS-BENÍTEZ, P. R y VALENCIA CASALLAS, L. V., “Interrogatorios y contrainterrogatorios en niños(as) testigos víctimas de delitos sexuales”, *Revista Suma Psicología*, Vol.26, 2019, pp. 9-18.
- CANTÓN DURANTE, J., *Guía para la Evaluación del abuso sexual Infantil*, Pirámide, Barcelona, 2000.

- CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal*. Editorial LA LEY, Madrid, 2010.
- CUBILLO LÓPEZ, I., *La protección de los testigos en el proceso penal*. Editorial Civitas, Madrid, 2009.
- DE LAMA, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- DE TORRES, J.M., *El interés del menor y derecho de familia, una perspectiva multidisciplinar*. Iustel, Madrid, 2008.
- DE URBANO CASTRILLO, E., “El principio de contradicción en el proceso penal”. *Revista La Ley*, nº 2, 2002, pp. 1710-1716.
- DEL ALCÁZAR VILADOMIU, C., “El testigo de referencia: algunas consideraciones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo” En *La Ley Penal*, núm. 139, 2019, pp. 1-13.
- GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Universidad Pontificia de Sala, 2006.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M, BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.S Y MORALES GARCÍA, M.L., “Abuso sexual infantil. Credibilidad del testimonio”, *Eúphoros*, núm.5, 2002, pp. 37-56.
- GASCÓN ABELLÁN, M., “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 28, 2005, pp. 127-139.
- GIMENO JUBERO, M.A., *La prueba en el proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- GIMENO SENDRA, J.V., MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GOMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima de delito ante la justicia penal. Un análisis basado en el Derecho*

comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan. Aranzadi, Pamplona, 2014.

- KÖHNKEN, G., MANZANERO, A. L., Y SCOTT, M. T., “Análisis de la Validez de las Declaraciones (SVA): mitos y limitaciones”. *Anuario de Psicología Jurídica*, núm. 25, 2015, pp. 13-19.
- MANZANERO PUEBLA, A. L., *Memoria de Testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical.*, Pirámide, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ CALVO, J., “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3 ter, 2015, pp. 198-206.
- MIRA, J.J y DIGES, M., “Psicología del testimonio: concepto, áreas de investigación y aplicabilidad de sus resultados”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 48, 1991.
- MONTERO AROCA, J., *Proceso (civil y penal) y garantía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MUÑOZ CUESTA, J., “Testigos de referencia: necesidad de un uso restrictivo por los Tribunales y posibilidad de su rechazo antes del juicio oral”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm 17, 2008, p. 15-18
- NIEVA FENOLL, J., “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2016, pp. 1-23.
- PEREDA BELTRÁN, N., “El espectro del abuso sexual en la infancia: Definición y tipología”. *Revista de Psicopatología y Salud Mental del niño y del adolescente*, núm. 16, 2010, pp. 57-68.
- REY ANASTASI, A., “La prueba preconstituida”, *Informació Psicológica*, núm 114, 2017, pp. 137-148.

- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2012.
- SANZ HERMIDA, A., *La declaración de la víctima menor de edad en el proceso, La víctima menor de edad*, Colex, Madrid, 2010.
- SEMPERE FAUS, S., “La grabación audiovisual de la declaración del menor de edad: la prueba preconstituida y la eficacia de la cámara Gesell en la reducción de la victimización secundaria”, *Revista General de Derecho procesal*, núm. 48, 2019, pp. 38-49.
- SILVA, E.A, MANZANERO, A.L, CONTRERAS, M.J., “La memoria y el lenguaje en pruebas testificales con menores de 3 a 6 años”, *Papeles del Psicólogo/ Psychologist Papers*, Vol. 37(3), 2016, pp. 224-230.
- TAMAYO HAYA, S., “La custodia compartida como alternativa legal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, 2007, pp. 667-712.

WEBGRAFÍA

«BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2021, páginas 68657 a 68730. Referencia: BOE-A-2021-9347. <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con>>.

«BOE» núm. 290, de 5 de diciembre de 2006, páginas 42700 a 42712. Referencia: BOE-A-2006-21236. <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2006/12/04/8>>.

«BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015, pp. 61871-61889. Referencia: BOE-A-2015-8222

<https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222>.

«BOE» núm. 15, de 17/01/1996. Referencia: BOE-A-1996-1069

<<https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>>

«BOE» núm. 101, de 28/04/2015. Referencia:BOE-A-2015-4606.

<<https://www.boe.es/eli/es/l/2015/04/27/4/con>>

FIS-I-2002-00001. 07/02/2002.

<<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-I-2002-00001>>

FIS-C-2009-00003. 2009/11/10

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2009-00003>>

Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, 51º período de sesiones, Ginebra, 2009. Observación General nº 12: El derecho del niño a ser escuchado.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>>

“Careo (proceso penal)”, *Guías Jurídicas Wolters Kluwer*.

<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAKNDC1MjS7Wy1KLizPw8WyMDAawsDcwMLkEBmWqV LfnJIZUGqbVpiTnEqAAMb-7I1AAAAWKE>>

8. JURISPRUDENCIA:

Tribunal Supremo (TS):

STS 651/2000, de 5 de abril.	ECLI:ES:TS:2000:2795
STS 1123/2000, de 26 de junio.	ECLI:ES:TS:2000:5227
STS 1769/2001, de 5 de octubre.	ECLI:ES:TS:2001:7570
STS 124/2002, de 6 de febrero.	ECLI:ES:TS:2002:717
STS 429/2002, de 8 de mayo.	ECLI:ES:TS:2002:1652
STS 1177/2005, de 19 de octubre.	ECLI:ES:TS:2005:6294
STS 332/2006, de 14 de marzo.	ECLI:ES:TS:2006:1558
STS 697/2006, de 26 de junio.	ECLI:ES:TS:2006:4025
STS 673/2007, de 19 de julio.	ECLI:ES:TS:2007:5051
STS 175/2008, de 14 de mayo.	ECLI:ES:TS:2008:2191
STS 31/2009, de 27 de enero.	ECLI:ES:TS:2009:135
STS 129/2009, de 10 de febrero	ECLI:ES:TS:2009:629
STS 754/2012, de 11 de octubre.	ECLI:ES:TS:2012:6656
STS 470/2013, de 5 de junio.	ECLI:ES:TS:2013:2887
STS 5907/2013, de 13 de diciembre.	ECLI:ES:TS:2013:5907

STS 272/2017, de 23 de enero.	ECLI:ES:TS:2017:272
STS 209/2017, de 28 de marzo.	ECLI:ES:TS:2017:1202
STS 228/2019, de 1 de febrero.	ECLI:ES:TS:2019:228
STS 1783/2019, de 30 de mayo.	ECLI:ES:TS:2019:1783
STS 2673/2019, de 24 de julio.	ECLI:ES:TS:2019:2673
STS 4215/2020, de 16 de diciembre.	ECLI:ES:TS:2020:4215
STS 445/2021, de 3 de febrero.	ECLI:ES:TS:2021:445
STS 8274/2022, de 30 de mayo.	ECLI:ES:TS:2022:8274