



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

EL TRATAMIENTO PROCESAL DEL MENOR COMO VÍCTIMA DE UN DELITO

Autor: Carlota Díaz Rodríguez

5ºE-3A

Área de Derecho Procesal

Tutor: Antonio Castán Pérez-Gómez

Madrid

Abril 2022

Resumen:

El menor de edad, requiere de una mayor protección en cualquier ámbito , puesto que se trata de una figura vulnerable y a su vez, cada vez tiene un papel más importante en la sociedad. Actualmente el número de delitos donde las víctimas, son menores de edad, ha ido aumentando con el paso de los años, es por ello que el legislador debe prestar una mayor atención al proceso penal del menor en estas situaciones, con el fin de salvaguardar los principios rectores del menor. También, se ha llegado a considerar al menor como víctima de un delito de violencia de género, en los supuestos en los que presencian las agresiones que sufren sus madres, tutoras o guardadoras, puesto que el menor sufre una serie de daños físicos y psicológicos. Cuando el menor de edad es víctima de un delito, cuenta durante el proceso penal con instituciones como por ejemplo, el Ministerio Fiscal y la Oficina de Asistencia a las Víctimas, con la finalidad de salvaguardar los derechos del menor y garantizar una determinada protección. Por último, y no menos importante, es el daño psicológico que sufre el menor de edad cuando es víctima de un delito, es por ello que la reparación del daño, tiene que ser un proceso donde no solo se tiene que hacer justicia con la sociedad sino también con la víctima.

Palabras clave:

Menor de edad, víctima, denuncia, reparación, principios, Ministerio Fiscal, procesal.

Abstract:

The minor requires greater protection in any field, since it is a vulnerable figure and in turn, increasingly has a more important role in society. Currently the number of crimes where the victims are minors has been increasing over the years, which is why the legislator must pay greater attention to the criminal process of the minor in these situations, in order to safeguard the guiding principles of the minor. Also, the minor has come to be considered as a victim of a crime of gender violence, in the cases in which he/she witnesses the aggressions suffered by his/her mothers, guardians or guardians, since the minor suffers a series of physical and psychological damages. When the minor is the victim of a crime, he/she can rely on institutions such as, for example, the Public Prosecutor's Office and the Victims' Assistance Office during the criminal proceedings, with the aim of safeguarding the minor's rights and guaranteeing a certain level of protection. Last but not least, is the psychological damage suffered by the minor when he/she is a victim of a crime, that is why the reparation of the damage, has to be a process where not only justice has to be done with the society but also with the victim.

Key words:

Minor, victim, denunciation, reparation, principles, Public Prosecutor's Office, procedural.

Índice

1. Introducción.....	6
2. Premisas generales.....	7
2.1. La protección de la infancia y los principios rectores en la actuación judicial con menores	7
2.2. El papel del Ministerio Fiscal	13
2.3 Oficina de Asistencia a las Víctimas	17
2.4 Los requisitos procesales	19
3. El tratamiento del menor en las distintas fases del proceso penal.....	28
3.1. En la iniciación del proceso: la denuncia.....	28
3.2. En la fase de instrucción: la prueba preconstituida.....	31
3.3. En el juicio oral: las medidas de salvaguarda	34
4. La reparación del daño a la víctima.....	37
5. Conclusión	40
6. Bibliografía.....	41

LISTA DE ABREVIATURAS

AIDA	Abordaje Integral del Abuso
CC	Código Civil
CP	Código Penal
EVD	Estatuto de la Víctima del Delito
LEC	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
P	Página
PP	Páginas

1. INTRODUCCIÓN

El menor de edad cada vez va ocupando una posición mayor en la sociedad en todos los ámbitos, es por ello por lo que cada vez necesita una mayor atención.

Este trabajo se basa en la figura del menor como víctima de un delito, puesto que en los últimos años han aumentado los delitos sobre menores, en concreto los de abuso sexual. Por lo tanto, surge la pregunta sobre si el menor cuenta con la suficiente protección. Debido a todo lo mencionado, el objetivo de este trabajo es llevar a cabo un estudio acerca de la situación del menor en la sociedad en términos del proceso penal del menor como víctima de un delito.

En primer lugar, se lleva a cabo un análisis sobre la regulación vigente a día de hoy tanto en el ámbito internacional como en el ámbito nacional. Otro de los aspectos que también es importante analizar, son los principios rectores que le corresponde al menor, por el hecho de ser menor de edad y con la finalidad de salvaguardar sus derechos fundamentales. Además, se ha llevado un análisis sobre la participación en el proceso penal del menor como víctima, del Ministerio Fiscal y de la Oficina de Asistencia a las Víctimas, quienes tienen su fundamento en salvaguardar al menor y garantizar una determinada protección. Por último, se han establecido todos y cada uno de los requisitos que necesita el menor para formar parte del proceso penal, así como los requisitos objetivos y de actividad.

En segundo lugar, se han explicado las distintas fases del proceso penal, con las particularidades al tratarse de una víctima menor de edad.

Por último, se ha realizado un estudio acerca de la reparación del daño de la víctima, puesto que, al tratarse de un menor de edad, es decir, personas muy vulnerables, el daño que sufren como consecuencia del delito es muy grave. Por todo ello, el legislador tiene que tratar de amparar al menor de edad en la mayor medida de lo posible.

2. PREMISAS GENERALES

2.1. La protección de la infancia y los principios rectores en la actuación judicial con menores

En el ámbito internacional

Cuando se habla de la protección de la infancia se refiere a las actuaciones que se llevan a cabo para prevenir la violencia, la explotación y el abuso de niños. Otro de los objetivos que se llevan a cabo en la protección de la infancia, es dar respuesta a los problemas que puedan derivar de estos¹.

Hoy en día existe una gran necesidad de protección jurídica al menor en cualquier ámbito, debido a que cada vez más el menor va teniendo un papel mayor en la sociedad. En la cual, el menor va teniendo un papel activo, participativo y creativo, es decir, tiene la capacidad de alcanzar la satisfacción tanto de los demás como la suya propia².

En cuanto a la regulación que existe en el ámbito internacional, existe la Convención de los Derechos del Niño, las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Además, en relación con los menores existen tratados que guardan relación en materia de trabajo infantil, sustracción de menores, explotación sexual, etc³.

Dentro de este ámbito internacional, España tiene un fuerte compromiso con algunos de los foros internacionales como son, la Declaración y el Plan de Acción y la intervención en la Sesión Especial de Naciones Unidas sobre Infancia⁴.

En el ámbito nacional

¹Vélez Van Meerbeke, A., "La protección a la infancia", Revista Ciencias de la Salud, vol.12, n.3, 2014, pp. 299-301.

² Defensor del Pueblo, *La escucha y el interés superior del menor*, MIC, Madrid, 2014, p.9.

³ Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil, "Bienestar y protección infantil" (disponible en <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes.asp?sec=13>; última consulta 6/03/2022).

⁴ *Id.*

Uno de los principales problemas sociales es el desamparo y la indefensión en el menor. Por todo ello, en España se promulgó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil (en adelante, CC)⁵ y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)⁶, donde quedan recogidos todos y cada uno de los marcos de actuación. Todos estos marcos de actuación los tienen que llevar a cabo los poderes públicos cuando el menor se encuentre en situación de indefensión. Esta ley fue después actualizada y actualmente la ley vigente es la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio⁷, y la Ley 26/2015, de 28 de julio⁸, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia.

La ley 26/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia, recogió una serie de modificaciones como, por ejemplo:

- Se otorgó al menor una guarda provisional por la Entidad Pública, para aquellas situaciones de urgente necesidad, sin que fuese necesario que se declarase con anterioridad una situación de desamparo. Todo ello dentro de las medidas de atención inmediata. Tampoco es necesario que los progenitores tengan que solicitarlo de forma expresa⁹.
- Se recogió por primera vez la situación de desamparo, la cual tendría como consecuencia la tutela del menor por la entidad pública que se considerase competente. Tiene como peculiaridad que una vez hayan transcurrido dos años desde la declaración, únicamente tendrá competencia el Ministerio Fiscal para poder impugnar y a su vez, en ese periodo de dos años serán las entidades públicas quienes establezcan las medidas de protección que consideren oportunas¹⁰.

En mayo de 2021 en España, la ley de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia fue reformada. Tenía como finalidad, reforzar algunas lagunas que podían encontrarse en los derechos de los menores, así como ampliar el plazo

⁵ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889).

⁶ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 17 de enero de 1996).

⁷ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE 23 de julio de 2015)

⁸ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE 29 de julio de 2015)

⁹ Gómez Megías, M.A., “Las 10 claves de la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, Wolters Kluwer España, S.A., 2015, p. 3.

¹⁰ *Id.*

de prescripción de los abusos con el objetivo de intentar evitar que exista un mayor número de impunidad. En esta ley se recoge la obligación de informar a las autoridades, cuando se tenga conocimiento sobre la existencia de un hecho delictivo de violencia sobre un menor¹¹.

Por último, cabe señalar que actualmente el menor se encuentra en situaciones en las que es considerado como víctima de un delito de forma indirecta. Este tipo de situaciones vienen dadas cuando su madre, tutora, o guardadora sufren un acto de violencia de género y como consecuencia fallece. El menor se considera que es una víctima de forma indirecta debido a que presencian las agresiones que sufre su madre y también por el entorno en el que vive. Como consecuencia de estos hechos, se producen ciertas alteraciones, tanto físicas como psicológicas, en el menor. Existen estudios que afirman que en los supuestos en los que los menores son testigos de actos de violencia de género, el trauma que sufren los mismos se asemeja al de las menores víctimas de abusos sexuales¹².

En este sentido, según Martín Nájera¹³, los menores han sido reconocidos como víctimas de violencia de género cuando quienes sufren la violencia de género son sus madres, tutora o guardadora. Por todo ello, con la finalidad de que los menores se recuperen de todos y cada uno de los daños físicos y psicológicos, se van a encontrar sometidos al sistema de protección y asistencia que se recoge en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante EVD)¹⁴ y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Los principios rectores en la actuación judicial

¹¹ “Las claves de la ley de protección a la infancia: justicia, educación y medios”, La Información, 20 de mayo de 2021: <https://www.lainformacion.com/espana/las-claves-de-la-ley-de-proteccion-a-la-infancia-justicia-educacion-y-medios/2838879/?autoref=true>

¹² Martín Nájera, P, *Víctimas especialmente vulnerables: Menores en situación de violencia*, Centro de Estudios Jurídicos, 2017, pp. 7-8.

¹³ *Id.*

¹⁴ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 28 de abril de 2015)

A continuación, se van a desarrollar los principios rectores que tienen los menores de edad, como son, el principio de igualdad, el interés superior del menor y la obligación de escuchar al menor en todas las decisiones que le afecten, entre otros.

- El principio de igualdad

Todos los menores que se encuentren dentro del territorio español tienen derecho a una protección pública. De dicho modo, según queda recogido expresamente en el artículo 3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia¹⁵, los menores gozarán de todos y cada uno de los derechos que se encuentren recogidos, tanto en la Constitución, como en los Tratados Internacionales en los que España forme parte, como por ejemplo en la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las personas con Discapacidad. También gozarán de los derechos que se encuentren recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, sin que exista ningún tipo de discriminación ya sea por raza, sexo, nacionalidad, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o bien por algún tipo de causa personal, familiar o social.

La Convención sobre los Derechos del Niño, recoge en su artículo 2.1¹⁶, que los Estados Parte adoptarán las medidas que se consideren oportunas. La finalidad de todo esto es poder garantizar al niño una determinada protección frente a cualquier tipo de discriminación o castigo que tuvieran por su condición, así como por las creencias que ostentaran sus padres, tutores o familiares.

Por lo tanto, se puede ver que todos los derechos tienen que aplicarse a cualquier niño, independientemente de si se encuentra en una situación ilegal dentro del territorio de un Estado parte.

En consecuencia, no estaría justificado que, en nuestro ordenamiento jurídico, las administraciones ofreciesen un trato desigual entre distintos menores que se encontrasen en situaciones diferentes puesto que se estaría como se ha dicho anteriormente ante una

¹⁵ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE 23 de julio de 2015)

¹⁶ Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990

situación discriminatoria y desigual, puesto que se estaría vulnerando el principio de igualdad.

- El interés superior del menor

El interés superior del menor se encuentra recogido en el artículo 2 de la Ley orgánica 8/2015 de 22 julio de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y a la Adolescencia¹⁷. En esta ley cuando habla del interés superior del menor, lo define como un concepto jurídico indeterminado desde 3 dimensiones diferentes, pero todas con una misma finalidad, garantizar que el menor se encuentre en una situación donde todos sus derechos sean respetados de forma cierta e íntegra y garantizar su desarrollo integral.

Cuando se habla de las distintas dimensiones del concepto del interés del menor se encuentran:

- Por un lado, el interés superior del menor se considera como un derecho sustantivo donde el interés del menor debe ser valorado de forma sustancial en todas y cada una de sus actuaciones tanto en el ámbito privado como público. Es decir, todo menor tiene derecho a que sus intereses sean evaluados cuando se le vaya a otorgar una medida, así como a llevar a cabo una evaluación de estos, cuando se estime oportuno antes de obtener una solución ¹⁸.
- Por otro lado, el interés superior del menor se considera como un principio general cuyo carácter es interpretativo. De este modo, cuando se adopten normas que engloben al menor, así como, cuando existan medidas vinculantes al menor que hayan sido adoptadas por las instituciones públicas o privadas, los tribunales o los órganos legislativos, el interés del menor prevalecerá frente a cualquier otro interés que pueda converger. Así mismo, cuando exista la posibilidad de que una norma jurídica se pueda interpretar de diversas formas se tendrá que optar por la interpretación que más se adecue al interés superior del menor ¹⁹.

¹⁷ Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. (BOE 29 de julio de 2015)

¹⁸ “La custodia: El interés superior del menor”, *Iberley*, (disponible en: <https://www.iberley.es/temas/custodia-interes-superior-menor-64556>; última consulta 12/03/2022)

¹⁹ *Id.*

- Por último, el interés superior del menor se conceptúa como una norma de procedimiento. Por lo tanto, el proceso tendrá que tener en cuenta las posibles repercusiones que pueda haber cuando se tenga que tomar una decisión que afecte al interés del menor²⁰.

Un ejemplo es la sentencia del Tribunal Supremo, donde se puede ver cómo se pronuncia en cuanto a los criterios de ponderación recogidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. El Tribunal Supremo recoge en la sentencia que las medidas que se adopten y que a su vez vinculen al menor, deberán ser aquellas que sean más favorables tanto para su desarrollo físico como en su integración social²¹.

- La obligación de escuchar al menor en todas las decisiones que le afecten

Este principio se encuentra recogido, tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

En cuanto a lo recogido en la Convención sobre los Derechos de los niños, se expresa en su artículo 12²², que los Estados parte otorgarán a los niños el derecho a manifestar libremente su opinión en todas aquellas cuestiones por las que se vean vinculados. Esto tendrá lugar siempre y cuando el menor se encuentre en condiciones adecuadas de formarse en un juicio propio. De este modo se tendrán en cuenta las opiniones del niño, sin embargo, nunca se dejará de lado la edad ni la madurez del menor. Por consiguiente, el menor tendrá oportunidad de poder ser oído a través de un representante o de un órgano competente en cualquier procedimiento ya sea judicial como administrativo, siempre que se vea afectado por el mismo²³.

Así, atendiendo a lo recogido en el artículo 9 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia²⁴, se

²⁰ *Id.*

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1161/2014, de 15 de octubre de 2015. Fecha de última consulta 7 de marzo de 2022.

²² Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990

²³ De Palma, A, El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores, QDL, 204, pp. 110-111

²⁴ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE 23 de julio de 2015)

establece que el menor tiene derecho a ser oído sin que exista ningún tipo de exclusión por razón de la edad, discapacidad o cualquier otra particularidad, dentro del ámbito familiar, judicial, administrativo o de mediación donde se encuentre involucrado.

A su vez, en esta modificación de la ley se encuentran recogidas una serie de particularidades como por ejemplo; se considera que los menores tienen madurez una vez cumplido los doce años de edad; se determina que los procedimientos administrativos, judiciales, comparecencias o audiencias del menor van a tener un carácter prioritario; se añade la posibilidad de que el menor pueda presentar ante el Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homologadas las correspondientes quejas que considere oportunas; se incorpora la posibilidad de poder solicitar asistencia legal y un defensor judicial²⁵.

En la sentencia de la Sala 1º del Tribunal Supremo, pronunciada el 7 de marzo de 2017 se anula la sentencia que fue dictada en los Autos de divorcio donde en primer lugar se otorgó la guarda y custodia al padre con un régimen de visitas en favor de la madre con quien tenía una hija de 15 años, quien en ningún momento del procedimiento judicial fue escuchada. Todo esto fue revocado por la Audiencia Provincial, ya que establece un régimen de custodia compartida. Posteriormente, el Tribunal Supremo puso de manifiesto que cuando en un procedimiento judicial haya un mayor de 12 años, dicho menor tendrá que ser oído cuando se trate de temas donde esté involucrado²⁶.

2.2. El papel del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal es un órgano que siempre se sitúa en una posición verdaderamente próxima a sus víctimas en su función tuitiva como así queda recogido en el Art.124 de la Constitución Española²⁷ y a su vez este concepto queda ratificado en el artículo 1 y 3.10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal²⁸.

²⁵ Noticias Jurídicas., "Contenido y novedades de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia", 2015 (disponible en <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10390-contenido-y-novedades-de-la-ley-organica-8-2015-de-22-de-julio-de-modificacion-del-sistema-de-proteccion-de-la-infancia-y-adolescencia/>; última consulta 12/03/2022)

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 157/2017, de 7 de marzo. Fecha de última consulta: 12 de marzo de 2022.

²⁷ Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978)

²⁸ Martín Nájera, P, *op. cit.*, p.4

Cabe destacar que el Ministerio Fiscal tiene una importante implicación en el proceso cuando se trata de menores o personas que se encuentran en condiciones vulnerables. En estos supuestos, el Fiscal tiene la obligación de conseguir alcanzar la satisfacción del menor y garantizarle una protección²⁹.

Además, se puede ver cómo queda también reflejada esta responsabilidad en el artículo 3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal³⁰, el cual dicta que el Ministerio Fiscal tiene que promover, tanto la representación como la defensa en juicio y fuera del mismo, de quienes no posean capacidad de obrar o representación legal y, por consiguiente, no puedan actuar por sí mismo. Como, por ejemplo, promover la constitución de los organismos tutelares que hayan sido fijados por las leyes civiles y formar parte de aquellos que tengan por objeto la defensa y protección de menores y desvalidos

El Ministerio Fiscal dentro de la acción penal tiene el deber de proteger al menor como víctima en todas y cada una de las fases del proceso, sobre aquellos delitos que se encuentren tipificados en la ley, con la finalidad de que el menor no pase a ser una nueva forma de agresión es por ello por lo que el Fiscal tendrá que evitarlo mediante la exposición del menor a las vicisitudes procesales siempre y cuando sean estrictamente necesarias. Por consiguiente, el Fiscal podrá solicitar que se adopten las medidas cautelares oportunas, cuando el menor precise protección inmediata debido a que se encuentra en una situación objetiva de riesgo (artículo 544 ter, de la LECrim)³¹, además también tiene legitimaciones suficientes para instar cualquier medida cuya finalidad sea alejar al menor de un peligro o prevenir cualquier tipo de perjuicios (artículo 158 del CC)³².

²⁹ *Id.*

³⁰ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE 13 de enero de 1982)

³¹ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 17 de septiembre de 1882)

³² Martín Nájera, P, *op. cit.*, p.4

El Ministerio Fiscal va a actuar bajo una serie de principios rectores que son:

- Principio de dependencia jerárquica

El principio de dependencia jerárquica se puede ver recogido en el artículo 55 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal “Ningún miembro del Ministerio Fiscal podrá ser obligado a comparecer personalmente por razón de su cargo o función, ante las autoridades administrativas, sin perjuicio de los deberes de auxilio o asistencia entre autoridades. Tampoco podrá recibir ningún miembro del Ministerio Fiscal órdenes o indicaciones relativas al modo de cumplir sus funciones más que de sus superiores jerárquicos”³³.

A razón de esto, este principio sirve para garantizar la unidad de actuación, de manera que todos y cada uno de los fiscales desempeñen una actuación unificada a nivel nacional, para poder así garantizar la igualdad y seguridad jurídica.

- o Principio de legalidad

Tiene su base en el artículo 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal³⁴, donde se establece que “Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan”. De este modo, la acción penal está sujeta a la Ley, aunque se debe tener en consideración que en el proceso penal del menor se puede encontrar el principio de oportunidad el menor. De forma que, según el artículo 105.1 LECrim³⁵ el Ministerio Fiscal tiene la obligación de desempeñar todas y cada una de las actuaciones penales que considere oportunas, en el supuesto en el que se produzca un hecho que sea imputable de oficio³⁶.

³³ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE 13 de enero de 1982)

³⁴ *Id.*

³⁵ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 17 de septiembre de 1882)

³⁶ Díez Gayán, R., *El papel del Ministerio Fiscal en la justicia de menores*, (Trabajo fin de grado), Salamanca, 2020, p.34.

En la Circular de la fiscalía general del Estado número 1/1983 se ve como el Ministerio Fiscal es un intransigente de la legalidad de un Estado social y democrático, lo que hace que se diferencia del resto de poderes públicos. A razón de esto se puede ver como la legalidad el Ministerio fiscal es tanto un principio como un fin, además Conde Pumpido Ferreiro sostiene que el doble carácter de la legalidad, tanto como fin y como principio, individualiza al Ministerio Fiscal como el único órgano que hay en la Constitución para el mantenimiento de la legalidad y la defensa, el cual tiene como fundamento la Justicia³⁷.

- El principio de imparcialidad

El principio que más define la actuación del Ministerio Fiscal es el principio de imparcialidad recogido en el artículo 7 de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal³⁸, el cual dicta que el Fiscal tendrá que actuar con plena y total independencia y objetividad en la relación con la defensa de los intereses confiados, por lo que todo Fiscal tiene la obligación de garantizar el cumplimiento de la legalidad. De esta manera, se puede ver que el Fiscal dentro del ámbito penal no va a defender ni representar a ninguna de las partes en el proceso judicial, sino que es una parte procesal imparcial³⁹.

En este contexto, en función del tipo de delito ante el que se esté, el Ministerio fiscal intervendrá de formas diferentes en el proceso penal.

Si se está ante un delito privado donde se recogen los delitos y faltas de injurias y calumnias contra particulares (artículo 215.1 del Código Penal, en adelante CP)⁴⁰, el Ministerio Fiscal no podrá ser parte en este tipo de delitos, debido a que se exige la interposición de la querrela exclusivamente por parte de los agraviados o los ofendidos (artículo 104 LECrim)⁴¹.

³⁷ *Id.*

³⁸ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE 13 de enero de 1982)

³⁹ Gutiérrez Mayo, E., “Los principios de actuación del Ministerio Fiscal”, *Lawyerpress*, 27 de mayo de 2020. (disponible en <https://www.lawyerpress.com/2020/05/27/los-principios-de-actuacion-del-ministerio-fiscal/>; última consulta 13/03/2022)

⁴⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (24 de noviembre de 1995)

⁴¹ Marcos Francisco, D., “Requisitos de perseguibilidad de los delitos tras la reciente Ley de reforma del Código Penal”, *La ley digital*, (disponible en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIji9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKriHz9-fB8_IorZ7LOnb3bo2dv79OH-)

Por otro lado, si se está ante un delito semipúblico, el Ministerio Fiscal podrá realizar la acción penal y civil siempre que no exista ningún tipo de renuncia o reserva por parte del perjudicado y siempre que anteriormente exista una denuncia de la persona agraviada. A su vez en este tipo de delitos semipúblicos, en el supuesto en el que el ofendido sea un menor o persona desvalida será el Ministerio Fiscal quien tendrá que denunciar este tipo de delitos⁴².

Por último, en los delitos públicos el Ministerio Fiscal tiene legitimación para la realización de la acción penal y civil salvo en el supuesto en el que exista reserva o renuncia del ofendido. Por lo tanto, será obligatorio llevar a cabo el ejercicio de las acciones penales cuando los funcionarios del Ministerio Fiscal lo estimen oportuno, independientemente de si existe o no acusación particular, salvo aquellas acciones penales que se encuentren sometidas a querrela privada⁴³.

2.3 Oficina de Asistencia a las Víctimas

Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, tienen como objetivo dar asistencia y atención a todas y cada una de las necesidades que tengan las víctimas. Por ejemplo, van a poner a disposición de la víctima la información necesaria para formular la denuncia, así como el procedimiento a seguir⁴⁴.

Estas Oficinas de Asistencia a las Víctimas, son gratuitas y públicas y se encuentran presentes en todas las Comunidades Autónomas⁴⁵. Fueron creadas por el Ministerio de Justicia y quedan recogidas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (BOE 12 de diciembre de 1995).

[w194mddNUS0_29vZvb_zcG8XHxTn10-r6ZvrVf7ZeVY2-f8DwOKRBJUAAAA=WKE;](https://www.vlex.es/vid/ministerio-fiscal-proceso-penal-391380282) última consulta 17/04/2022)

⁴² Barrientos, J.M., “Ministerio fiscal en el proceso penal”, Vlex, (disponible en: <https://vlex.es/vid/ministerio-fiscal-proceso-penal-391380282>; última consulta 17/04/2022)

⁴³ Marcos Francisco, D., *op. cit.*

⁴⁴ Ministerio de Justicia,

“Oficinas de Asistencia a las Víctimas de Delitos (OAVD) de la Comunidad Autónoma de Castilla y León: atención y asistencia a las necesidades de las víctimas (tanto a nivel jurídico, psicológico y social)” *Bienestar y protección infantil.* (disponible en <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=7&subs=63&cod=4680&page=> ; última consulta 2/04/2022)

⁴⁵ *Id.*

Por un lado, se dedican al asesoramiento social, como, por ejemplo, acogen a las víctimas, desarrollan planes de actuación, asisten con la víctima a los juicios, etc⁴⁶.

Por otro lado, se dedican al asesoramiento jurídico-criminológico, como, por ejemplo, tramitan el proceso de la asistencia jurídica gratuita, aconsejan jurídicamente a las víctimas, siguen los juicios con las víctimas, etc⁴⁷.

Por último, se dedican al asesoramiento psicológico, como, por ejemplo, cuentan con profesionales psicoterapéuticos que dan apoyo a las víctimas y a sus familiares, dan soporte emocional, analizan las emociones de las víctimas, etc⁴⁸.

En el año 2017, el Grupo de trabajo sobre menores víctimas del delito, que fue constituido en el Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas, el 19 de diciembre de 2017, introdujo una serie de recomendaciones en relación con las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, cuando estas fueran menores de edad⁴⁹.

Algunas de estas recomendaciones fueron⁵⁰:

- Acompañamiento a los menores de edad, por los trabajadores de la Oficina a la víctima, desde que se pone la denuncia hasta que sea necesario.
- Ayuda por parte del personal de la Oficina, para que el menor pueda comprender todo lo relacionado con el proceso.
- Cuando se trate de víctimas de 4 a 11 años, se realizará una intervención emocional por los psicólogos especializados en este tipo de víctimas.
- Las Oficinas serán competentes para emitir un informe acerca de la vulnerabilidad del menor de edad, víctima. También, tendrán competencia para decidir acerca de la idoneidad de llevar a cabo la exploración judicial, como prueba preconstituida.

Por último, el Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas, estableció una serie de recomendaciones para el supuesto en el que el procedimiento se inicie a través de la

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas. Ministerio de Justicia., *Guía de recomendaciones para las oficinas de asistencia a las víctimas en el ámbito de la atención a las víctimas del delito en la infancia y adolescencia*, 2017, p.1

⁵⁰ Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas. Ministerio de Justicia., *op. cit.*, pp.9-10

denuncia. De este modo, las Oficinas van a prestar acompañamiento y asistencia al menor, víctima, en los siguientes supuestos⁵¹:

- Cuando la víctima, menor de edad, no haya formulado denuncia y acuda a la Oficina de Asistencia a las Víctimas con su representante legal y/o persona mayor de edad de confianza: en este supuesto la Oficina realizará una valoración de la demanda atendiendo a las necesidades de la víctima. Cuando se considere oportuno, el personal de la Oficina acompañará al menor a interponer la denuncia. Cuando la víctima, menor de edad, no haya formulado denuncia y acuda a la Oficina de Asistencia a las Víctimas sola: en este supuesto la Oficina realizará una valoración de la demanda atendiendo a las necesidades de la víctima y podrá ser acompañada por la policía de menores, cuando lo consideren oportuno. Cuando la Oficina considere que se trata de una víctima, menor de edad, y vulnerable, así como si el presunto autor es mayor de edad, será el Fiscal de guardia quien decida si interponer la denuncia o no. Además, cuando se trate de una víctima que se encuentra en situación de desamparo o riesgo, se tendrán que informar a la Sección de Menores de la Fiscalía.

Por último, los agentes tendrán competencia, cuando el menor de edad interponga la denuncia solo, para comunicar a sus representantes legales la existencia de esta denuncia.

- Cuando la víctima acuda sola a y/o acompañada por representante legal o persona de su confianza que ha interpuesto denuncia: podrá ser acompañada por el personal de la Oficina durante todo el procedimiento judicial.

2.4 Los requisitos procesales

Los requisitos procesales se definen como aquellos requisitos necesarios que tienen que estar presentes en el proceso para así poder constituirse válidamente y a su vez el Juez pueda dictar sentencia, sobre el fondo del asunto. En los casos en los que alguno de

⁵¹ Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas. Ministerio de Justicia., *op. cit.*, pp.12-13

los requisitos procesales se encuentre ausente, siendo este insubsanable, no tendrá lugar la celebración del proceso y por lo tanto se dictará resolución⁵².

Los requisitos procesales se pueden dividir en requisitos subjetivos, objetivos y de actividad.

Los requisitos subjetivos

○ Capacidad

Las partes del proceso, en este caso el autor del hecho delictivo y la víctima menor de edad tienen que cumplir una serie de requisitos, para que el órgano judicial pueda resolver el objeto del litigio.

Por lo tanto, ¿Qué capacidad necesitan tener las partes para poder ser parte en el proceso?

En primer lugar, se debe hacer referencia a la capacidad para ser parte, por ello se remite al artículo 6 de la LEC⁵³, donde se define quien tiene capacidad para ser parte:

- “Las personas físicas, considerando como persona física a cualquier hombre y que a su vez tiene personalidad jurídica, por lo tanto, va a poder formar parte del proceso desde el momento en el que nace hasta el momento en el que muere.
- El nasciturus siempre y cuando le sea favorable.
- Las personas jurídicas.
- Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.
- Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.

⁵² Ruiz de la Cuesta Fernández, S., *Presupuestos procesales*, 2011, p.1.

⁵³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 17 de enero de 1996).

- El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte.
- Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.
- Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”.

Por consiguiente, se define la capacidad para ser parte como la aptitud genérica para poder ser demandante o demandado en nombre propio, lo que supone que el sujeto tendrá la capacidad para poder ser titular de las facultades y derechos procesales. También podrá responsabilizarse de todos y cada uno de los deberes que tenga encomendados y por último podrá ser el beneficiario de todos y cada uno de los efectos favorables que se deriven de una sentencia que se dicte o bien perjudicado por la sentencia condenatoria⁵⁴.

La capacidad para ser parte, según lo establecido por el artículo 9 de la LEC⁵⁵, es un requisito absoluto e insubsanable dentro del proceso procesal, de manera que la falta de esta puede llegar a ser apreciada de oficio en cualquier momento del proceso a través del tribunal que le corresponda⁵⁶.

Por otro lado, cuando se habla de la capacidad de obrar procesal se acude al artículo 7 de la LEC⁵⁷, donde se establece que tienen capacidad de obrar procesal todas las personas, y los menores no emancipados o personas con discapacidad contarán con las medidas de apoyo y asistencia que se consideren oportunas. Además, cuando se trate de menores de edad no emancipados tendrán que comparecer a través de la asistencia, representación o autorización que venga requerida por la ley.

⁵⁴ N., “La capacidad para ser parte y de actuación procesal”, Derecho UNED, 2019 (disponible en <https://derechouned.com/libro/procesal-1/4425-la-capacidad-para-ser-parte-y-de-actuacion-procesal>; última consulta 18/04/2022)

⁵⁵ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 17 de enero de 1996).

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 873/2002, de 23 de septiembre de 2002.

⁵⁷ *Id.*

Según el artículo 162 del CC⁵⁸, hace referencia a que quienes ostentan la patria potestad del menor, son los padres, y por lo tanto tendrán la representación legal de su hijo menor de edad no emancipado. Sin embargo, esto no será así cuando se trate de actos sobre los derechos de la personalidad del hijo, tampoco en aquellas situaciones donde haya un conflicto de intereses entre padres e hijos y, por último, en lo relativo a aquellos bienes que no formen parte de la administración de los padres.

Cuando se dé la situación en la que el hijo menor no emancipado, tenga un interés opuesto al de sus padres, según el artículo 163 del CC⁵⁹, se nombrará a un defensor para que ostente la representación de estos en el juicio y fuera del juicio. Por último, cuando el conflicto de interés sea entre el hijo y uno de los progenitores, será el otro progenitor quien tenga por Ley que representar al menor o completar su capacidad.

Por regla general, para nombrar a un defensor judicial, se acudirá al capítulo II de la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁶⁰.

Sin embargo, dentro de este capítulo II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria se acudirá al artículo 27⁶¹, para los supuestos en los que se nombre a un defensor judicial de manera ulterior, en los casos en los que los menores de edad no emancipados no tengan representación legal de sus progenitores, tutores o persona designada. A continuación, se mencionan los referidos supuestos:

- Cuando los progenitores, tutores o persona designada se hallaran ausentes y no se crea en su regreso.
- Cuando se negasen a representar al menor o asistir a su juicio.
- Cuando estos se encontrasen en una situación de imposibilidad de hecho.

Por consiguiente, se puede concluir que los menores no emancipados carecen de capacidad procesal, y, por lo tanto, será su representante legal quien tenga que velar por sus intereses, o en situaciones excepcionales, el defensor judicial.

⁵⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889).

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 3 de julio de 2015)

⁶¹ *Id.*

- Legitimación activa

El artículo 25 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM)⁶², establece que la acusación particular son los sujetos que tiene legitimación para personarse en el proceso, a salvo de aquellas acciones que se encuentran recogidas en el artículo 61 de la presente ley, siendo estos sujetos las personas que estén ofendidas de forma directa por el delito, sus padres, herederos o los representantes legales cuando se trate de menores de edad o personas incapaces.

Cuando se habla de acusación particular en el proceso penal, se refiere a la parte que ejercita la acción penal por el mero hecho de ser la víctima de un delito y que a su vez expone una acusación contra alguien en defensa de sus propios intereses. Es decir, la acusación particular es el ofendido o perjudicado por un delito⁶³. Con la nueva actualización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal publicada el 05/06/2021 que entró en vigor el 25/06/2021 (en adelante, LECrim)⁶⁴, se introdujo un matiz al artículo 110 que establece que en el caso en el que la persona perjudicada se personase una vez transcurrido el término de formulación del escrito de acusación particular, podrá ejercitar hasta el comienzo del juicio oral, la acción penal. No obstante, para ello tendrá que adherirse al escrito de acusación oral bien de las acusaciones personadas o del Ministerio Fiscal.

Por ende, la acusación particular podrá ejercerla según el artículo 101 de la LECrim⁶⁵, cualquier ciudadano español con todas y cada una de las prescripciones recogidas en la ley, es decir, en el supuesto en el que se trate de un menor de edad o persona con capacidad modificada judicialmente tendrán que actuar mediante su representante legal.

Sin embargo, según el artículo 102 de la LECrim⁶⁶, no podrán ejercerla quien no goce de la totalidad de los derechos civiles, quien haya sido condenado dos veces por

⁶² Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 13 de enero del 2000).

⁶³ “Acusación particular” (proceso penal), Wolters Kluwer España, S.A., 2015. (disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDEwtjtLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQOGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA2DQLbDUAAAA=WKE ; última consulta 16/04/2022)

⁶⁴ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 17 de septiembre de 1882)

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosa y por último tampoco podrá ejercitarla el Juez o Magistrado.

En cambio, según se establece en el segundo párrafo del artículo 102 de la LECrim⁶⁷, sí podrán ejercitar la acción penal, todos los mencionado anteriormente por este mismo artículo, cuando se trate de delitos contra su persona o bienes o los de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos y afines. Para el supuesto del Juez o del condenado, tendrán la posibilidad de ejercitar la acción penal cuando se trate de un delito cometido contra las personas o bienes que se encuentren bajo su guarda legal.

- Postulación

La postulación es el requisito procesal por el que la víctima menor de edad como el autor del delito, pueden actuar válidamente en las actuaciones judiciales. Quienes ostentan la aptitud para relacionarse de forma directa con los órganos judiciales, son los abogados y los procuradores. Sin embargo, el problema que se deriva de aquí es que hay quienes piensan que no es necesario la intervención de ambos y viceversa⁶⁸.

Si se hace referencia al artículo 7 del EVD⁶⁹, se puede ver como hace referencia a la figura del procurador. Mientras en el preámbulo V de dicha ley, se hace referencia a la figura del abogado. Por lo tanto, esta ley considera necesaria la intervención de ambas figuras en el proceso.

No obstante, si se hace referencia al artículo 4 de la LORPM, únicamente hace referencia a la figura del abogado en el proceso⁷⁰. Por lo que puede decirse que la figura del procurador no es totalmente imprescindible en el proceso.

Por lo tanto, se puede decir que no existe ninguna concreción acerca de si es necesaria la presencia de ambas figuras, o basta con una sola. Sin embargo, la doctrina mayoritaria apoya la intervención de ambas figuras.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Delgado del Val, B., Las víctimas menores de edad y su protección en el proceso penal, (Trabajo fin de grado), Madrid, 2019, p. 14

⁶⁹ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 28 de abril de 2015)

⁷⁰ Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre de 2006)

Los requisitos objetivos: el objeto del proceso penal⁷¹

La LORPM no hace referencia al objeto del proceso, por lo que se hará uso de la LECrim.

El artículo 100 de la LECrim⁷², establece que cuando se comete un delito o falta surge una acción penal y a su vez, puede nacer una acción civil.

Cuando se habla de objeto procesal, se refiere a aquello sobre lo que se pronuncia el magistrado o el juez, por lo tanto, se puede ver que la existencia de este objeto es esencial, ya que dota al proceso de un determinado sentido, es más aquellos supuestos en los que no existe objeto procesal quedan archivados por la falta de este.

También se debe tener en cuenta que su importancia viene dada debido a que se encuentra estrechamente ligado a la cosa juzgada, la litispendencia, la sentencia y los medios de prueba.

Así, en relación con la litispendencia, se debe tener en consideración que cuando se incoa un proceso el objeto de este primer proceso no puede sustanciar a su vez un segundo proceso.

Posteriormente, respecto a la cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido juzgado y atribuido a un acusado, ese mismo objeto no puede tener lugar en otro proceso. Y, por último, la sentencia tiene que guardar coherencia con el objeto del proceso de manera que únicamente puede pronunciarse sobre aquellas personas o hechos que hubieran quedado recogidos en la acusación del juicio oral correspondiente.

Además, cabe destacar que la determinación del objeto procesal penal afecta al procedimiento que se va a llevar a cabo, es decir, hay supuestos en los que se tiene en cuenta la gravedad de la infracción cometida, así como su correspondiente sanción recogida en el ordenamiento penal, pero, por otro lado, existen una serie de supuestos en

⁷¹ "El objeto del proceso penal", StuDocu, (disponible en <https://www.studocu.com/es/document/universidad-de-sevilla/derecho-procesal-penal/el-objeto-del-proceso-penal/10114653>); última consulta 15/03/2022)

⁷² Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 17 de septiembre de 1882)

los que no se tiene en cuenta la gravedad de la infracción, sino que se tiene en cuenta la propia conducta específica.

Los requisitos de actividad procesal: el lugar, tiempo y forma⁷³.

Los requisitos de actividad procesal se subdividen a su vez en el lugar, el tiempo y la forma.

En cuanto al lugar donde se realizan los actos procesales, ha de tenerse en cuenta la regla general, la cual establece que los actos judiciales tendrán que realizarse en la sede de la oficina judicial, según el artículo 129 de la LEC⁷⁴. Sin embargo, en relación con el artículo 353 de la LEC⁷⁵, debe tenerse en cuenta que existen algunas actuaciones como la prueba de reconocimiento judicial, que no pueden ejecutarse en la sede del Tribunal.

Por lo tanto, en cuanto a la excepción de la regla general se puede estar ante dos tipos de situaciones:

- Aquellas actuaciones que tengan que ejecutarse fuera de la sede del Tribunal, pero dentro de la misma localidad.
- Aquellas actuaciones que se ejecuten fuera de la localidad donde se halla la sede del Tribunal, pero, sin embargo, se encuentra en el mismo partido judicial que la sede del Tribunal. En este tipo de casos se requiere auxilio judicial.

No obstante, según el artículo 129 de la LEC⁷⁶, los tribunales van a poder instituirse en cualquier lugar siempre que se encuentre dentro de su circunscripción para poder realizar las actuaciones correspondientes cuando fuese preciso e idóneo para tener una buena administración de justicia.

A continuación, en cuanto al tiempo en los actos procesales según el artículo 179 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece que el año judicial que hace referencia al periodo ordinario de actividad que tiene los Tribunales, va desde

⁷³ N., “Requisitos de los actos procesales”, Derecho UNED, 2019 (disponible en <https://derechouned.com/libro/i-procesal/3127-requisitos-de-los-actos-procesales>; última consulta 15/03/2022)

⁷⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 17 de enero de 1996).

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*

el 1 de septiembre hasta el 31 de julio de cada año, teniéndose que practicar todas y cada una de las actuaciones dentro de los días y horas hábiles.

Cabe destacar que, dentro de la jurisdicción penal, se consideran días hábiles todos los días del año, así como todas las horas, para la instrucción de las causas criminales.

En relación con el plazo, se refiere al periodo de tiempo donde se puede ejecutar el acto procesal, por lo tanto, existirá un plazo inicial denominado dies a quo y un plazo final denominado dies ad quem.

El plazo empezará a computarse a partir del día siguiente al acto de comunicación, excluyéndose de dicho cómputo los días inhábiles. Dicho plazo es improrrogable, en cambio, se podrá interrumpir y demorar cuando se está ante una situación de fuerza mayor donde fuera imposible cumplir con el mismo.

Y, por consiguiente, cuando se habla del término se refiere a aquel momento en el que se tiene que ejecutar el acto procesal, el cual puede venir determinado bien por un día o por un día y hora.

Por último, en cuanto la formalidad de los actos procesales ha de tenerse en cuenta la oralidad o la escritura, la lengua y la publicidad:

- En relación con la oralidad, lo decisivo para determinar un procedimiento oral, es la fase probatoria. Debido a lo cual, el proceso tendrá este carácter oral si la sentencia se ha establecido a través de las alegaciones y pruebas que se hubieran realizado en el juicio. Mientras que la escritura se da en aquellos procesos en los que la sentencia se forma a través de los datos que hubieran sido propuestos de forma escrita por las partes del proceso.
- En cuanto a la lengua en los actos procesales, se tienen que formular en la lengua reconocida oficialmente por el Estado Español, en este caso se habla de la lengua castellana. No obstante, en el caso en el que una Comunidad Autónoma tenga una propia lengua oficial, el acto procesal se podrá expresar en esa lengua siempre que no cause indefensión a alguna de las partes. Se realizará la correspondiente traducción de este acto cuando la persona desconozca el castellano.

- Por regla general las actuaciones procesales gozan de un determinado carácter público así establece el artículo 120.1 de la Constitución Española⁷⁷. Sin embargo, existen ciertas excepciones, como, por ejemplo, el artículo 138 de la LEC⁷⁸, habla sobre la publicidad de las actuaciones orales de manera que en su apartado 2, establece que las actuaciones de prueba, así como las vistas y comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de que se establezca una resolución, podrán celebrarse a puerta cerrada cuando se considere necesario en cuanto la protección del orden público o la seguridad nacional. También se celebrarán a puerta cerrada para proteger los intereses de los menores o como forma de protección a la vida de las partes, de manera que será el tribunal quien los estime oportuno y necesario.

3. EL TRATAMIENTO DEL MENOR EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO PENAL

3.1. En la iniciación del proceso: la denuncia

El proceso puede iniciarse de distintas formas, por un lado, a través de la iniciación de oficio como así se recoge en el artículo 773.2 la LECrim⁷⁹, donde se dicta que cuando el Ministerio Fiscal tenga noticias sobre un posible hecho delictivo, ya sea de forma directa o porque ha recibido una denuncia o atestado, tendrá el deber de informar a la víctima sobre los derechos que le corresponden. A su vez, el Ministerio Fiscal, también llevará a cabo la evaluación y resolución provisional de aquellas necesidades que presente la víctima y por último el propio Ministerio fiscal podrá practicar las diligencias correspondientes para la comprobación de los hechos, así como de las responsabilidades de los partícipes, o bien también cabe la posibilidad de que el Ministerio Fiscal se lo ordene a la Policía Judicial para que lleve a cabo la ejecución.

Por otro lado, el proceso puede iniciarse a través de la presentación de la denuncia a través de quienes tuvieran conocimiento de algún hecho delictivo.

⁷⁷ Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978)

⁷⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 17 de enero de 1996).

⁷⁹ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 17 de septiembre de 1882)

La denuncia se encuentra regulada en la LECrim, donde se establece que podrá ser presentada antes los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Fiscal o ante la policía.

Como regla general, el artículo 259 de la LECrim⁸⁰ establece que quien tenga constancia de la existencia de cualquier acto que pueda ser considerado como delictivo, tiene la obligación de denunciarlo y en caso contrario, es decir, en el supuesto en el que se decidiera omitir la interposición de la denuncia se podrá sancionar con una multa, tal y como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo, núm.1016/2012, de 20 de diciembre.

En cambio, cuando se está en un procedimiento de menores la denuncia tendrá que ser presentada al Ministerio Fiscal, aunque pueden darse supuestos en los que estando ante procedimientos procesales de menores, la denuncia la reciban los juzgados o policías. Por todo ello, en estos casos estos tendrán que dar traslado de la denuncia al fiscal⁸¹.

La doctrina considera que en el supuesto en el que exista una mera confidencia, no puede considerarse como una denuncia, puesto que se requiere la identificación del denunciado. No obstante, aunque no se considere a priori una denuncia, la policía puede usar dicha información para averiguar la verdad de esos actos, así como iniciar las diligencias policiales que estimen oportunas, recogidas en el artículo 287 y ss. de la LECrim⁸².

En relación con el artículo 262 de la LECrim⁸³, los funcionarios de policía tienen el deber de denunciar y perseguir aquellos actos delictivos cuando tengan conocimiento de estos. No obstante, cabe destacar que el artículo 261 de la LECrim⁸⁴, recoge que no están obligados a presentar una denuncia quien sea cónyuge no separado legalmente o de hecho del delincuente o quien conviva con el delincuente en una análoga relación de afectividad, ni tampoco estarán obligados a presentar la denuncia los ascendientes ni descendientes del delincuente, así como los familiares colaterales hasta el segundo grado incluido.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ Colás Turégano, A., *Derecho Penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.320

⁸² “La denuncia en el proceso penal”, *Iberley*, 2021 (disponible en <https://www.iberley.es/temas/denuncia-proceso-penal-53131>; última consulta 17/04/2022)

⁸³ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 17 de septiembre de 1882)

⁸⁴ *Id.*

En cambio, existe una excepción que se aplica cuando la víctima del acto delictivo es un menor de edad, de manera que lo recogido en el artículo anteriormente mencionado no es aplicable en este tipo de supuestos.

En el supuesto de un delito de abuso sexual, según el artículo 191.1 del CP⁸⁵, la denuncia será interpuesta por la persona agraviada, por el representante legal o querrela del Ministerio Fiscal. Sin embargo, cuando se esté ante este tipo de delitos y la víctima sea menor de edad, bastará con la denuncia del Ministerio Fiscal. En este último supuesto, según el artículo 5.1 b) del EVD, la denuncia irá junto con las pruebas que haya disponibles, sin que tenga que presentar en ese momento declaración el menor en dependencias judiciales⁸⁶.

Asimismo, según el artículo 50 de la Ley Orgánica 8/2021⁸⁷, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad velarán por el respeto de los niños y adolescentes cuando se trate de casos de violencia. A su vez, ante este tipo de delitos, se permitirá que el menor de edad sea quien interponga la denuncia, sin necesidad de ir acompañado de una persona adulta.

Por último, en un principio se establecía que el proceso penal no podía iniciarse a través de querrela, debido a que la LORPM no admitía la iniciación por querrela al no permitirse el ejercicio de las acciones mediante particulares. No obstante, posteriormente se admitió la personación como acusación particular sobre aquellas personas que fueran ofendidas de forma directa por el acto delictivo, sus padres, representantes legales o herederos, todo ello gracias a la reforma de la LO 15/2003. A pesar de todo, la doctrina mayoritaria considera que el proceso debe iniciarse a través de una denuncia o escrito de personación en el Juzgado de Menores, por lo que no consideran la querrela como una forma de iniciación del proceso, independientemente de que se admita la personación del ofendido como acusación particular⁸⁸.

⁸⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (24 de noviembre de 1995)

⁸⁶ Subijana, I.J. & Echeburúa, E., “Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las Garantías Jurídicas de los Acusados”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 28, n. 1, 2017, pp. 22-27-

⁸⁷ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE 5 de junio de 2021)

⁸⁸ Martínez Aráez, S., *La instrucción en el proceso penal de menores*, (Trabajo fin de grado), Elche, 2015, p. 18

3.2. En la fase de instrucción: la prueba preconstituida

En la fase de instrucción se va a realizar la declaración del menor víctima, como testigo. En esta fase se va a llevar a cabo una investigación, con el objetivo de aclarar los hechos, identificar a los posibles autores y determinar su procesamiento⁸⁹.

No se puede olvidar que todas aquellas pruebas que se realicen dentro de un órgano jurisdiccional van a tener la facultad de poder llegar a eliminar la presunción de inocencia.

Ahora bien, se debe tener en cuenta, que se puede estar ante un problema de especial relevancia dado que hay supuestos en los que el menor es el único testimonio o declaración acusatoria. En este tipo de supuestos, se tiene que garantizar una determinada proporción en relación con la protección del menor, la protección del imputado a un proceso imparcial y por último la presunción del delito⁹⁰.

Hay situaciones en las que la víctima es menor de edad y, por lo tanto, hay determinados hechos no pueden tener lugar en el juicio oral, por intermediación del Juez o Tribunal competente. Todo ello tiene su fundamento en que se tiene que garantizar una cierta protección al menor tanto en materia de utilidad, como de seguridad y orden público, ya que los menores de edad son personas vulnerables, y, por lo tanto, se deberá tener cuidado a la hora de formular las preguntas y también se tendrán que tener en cuenta quién realizará las preguntas⁹¹. Todo esto fue reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal Supremo, de manera que se deberá tener en cuenta la posibilidad de que el menor pueda declarar durante la fase de instrucción como prueba preconstituida, con el objetivo de que el menor no vuelva a revivir los hechos y vuelva a sentirse víctima, cuyo fundamento se sustenta en el principio del interés superior del menor⁹².

⁸⁹ Guía Jurídicas., "Proceso penal" (disponible en [⁹⁰ Martín Nájera, P., *op. cit.*, p.18](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjc0tDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQOGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAf1UAwzUAAAA=WKE#:~:text=Fase%20de%20instrucci%C3%B3n%20o%20sumario,dirigirla%20contra%20una%20persona%20concreta; última consulta 19/04/2022)</p></div><div data-bbox=)

⁹¹ *Ibid*, pp.28-29

⁹² *Ibid*, p. 25

Cuando se habla de prueba preconstituida se refiere a aquella que es inherente al proceso, dicho de otro modo, aquella prueba que se realiza fuera del juicio oral y que se podrá anexar al juicio a través de una prueba documental⁹³.

En la Sentencia de 16 de junio de 2005 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala (c-105/2003), sobre la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, relativa al EVD en el proceso penal, conocido como “Caso Pupino”, se interpreta en el sentido de que será el órgano jurisdiccional del ámbito nacional, quien tendrá capacidad para consentir que los niños menores de edad que sean víctimas de malos tratos puedan declarar de un determinado modo, con el objetivo de proteger el interés del menor, como por ejemplo, declarar fuera y antes de la celebración de la audiencia pública. De este modo, el órgano jurisdiccional nacional tendrá que examinar todas y cada una de las circunstancias e intereses del caso, es decir, deberá tener en consideración los perjuicios que se pueden causar bajo el menor por el mero hecho de acudir al juicio para realizar la preconstitución probatoria⁹⁴.

La prueba preconstituida, por tanto, se practica ante el juez de Instrucción y deja de lado el principio de inmediación. Teniendo en cuenta el artículo 730 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la LECrim, en los supuestos en los que por razones sobrevenidas e impredecibles, el testigo no pueda declarar en el juicio oral, las partes podrán solicitar la lectura de las diligencias sumariales, así como la reproducción de la testificación de la víctima que fue practicada con anterioridad al juicio oral en la fase de instrucción como prueba preconstituida, atendiendo a lo recogido en el artículo 449 bis de la LECrim⁹⁵.

También, teniendo en consideración el artículo 777.2 y 448 de la LECrim, se puede ver que existe la posibilidad de practicar la prueba preconstituida cuando el testigo fuera menor de edad, de manera que el propio juez podrá practicar la declaración, asegurando siempre la contradicción de las partes⁹⁶.

⁹³ "La prueba anticipada y la prueba preconstituida en el proceso", *Iberley*, 2021 (disponible en <https://www.iberley.es/temas/prueba-anticipada-prueba-preconstituida-proceso-penal-63114>; última consulta 19/03/2022)

⁹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de junio de 2005. Asunto C 105/200

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.*

En los supuestos en los que el testigo sea menor de 14 de años y el procedimiento judicial sea sobre delitos de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo se hará uso del artículo 449 ter de la LECrim, de manera que será la autoridad judicial quien ordene la prueba preconstituida del menor⁹⁷.

No obstante, para que sea considerada como prueba, la parte interesada tendrá que solicitar que se reproduzca la grabación audiovisual en la celebración del juicio oral (artículo 730.2 LECrim)⁹⁸.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 690/2021, de 15 de septiembre, [versión electrónica Iberley], se hace referencia a los criterios que se deben tener en cuenta en un procedimiento judicial donde el menor sea testigo con el objetivo de evitar su revictimización. De este modo, con el fin de evitar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española⁹⁹, el proceso judicial tiene que reunir una serie de garantías que son; exploración a los menores por parte del juez de Instrucción; adopción de medidas para proteger la integridad del menor; todas las entrevistas que se realicen al menor tendrán que ser grabadas de forma audiovisual; la declaración del menor tiene que ser propuesta en el juicio oral como prueba; no se puede reemplazar el pronunciamiento de credibilidad del tribunal por el de los peritos¹⁰⁰.

Por lo tanto, teniendo en consideración la nueva aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, se establece como regla general la prueba preconstituida en la fase de instrucción y su consiguiente reproducción audiovisual en el juicio oral, con el objetivo de evitar que la calidad de la declaración no se vea mermada por el transcurso del tiempo. Además, en esta nueva ley, una vez se haya realizado la prueba preconstituida, la

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978)

¹⁰⁰ Casanueva, I., “El Supremo dicta las condiciones en que deben declarar los menores en los procesos judiciales para evitar su revictimización”, Conflegal, 29 de septiembre de 2021 (disponible en <https://conflegal.com/20210929-el-supremo-dicta-las-condiciones-en-que-deben-declarar-los-menores-en-los-procesos-judiciales-para-evitar-su-revictimizacion/>; última consulta 19/03/2022)

autoridad judicial, “solo podrá acordar motivadamente su declaración en el acto del juicio oral, cuando, interesada por una de las partes, se considere necesario”¹⁰¹.

Por último, el Tribunal Constitucional en la sentencia de 1 de diciembre de 2003, establece que todas aquellas declaraciones que los testigos presten a los agentes de policía no pueden ser consideradas como pruebas de cargo, por lo tanto, no van a tener presencia en el juicio oral¹⁰².

3.3. En el juicio oral: las medidas de salvaguarda

El juicio oral se refiere a la parte del proceso donde se lleva a cabo la práctica de la prueba en la vista oral.

La audiencia hace referencia al acto oral, mediante el cual se practican todas y cada una de las pruebas que tanto la Fiscalía como la defensa solicitaron. Dentro del juicio oral se deben tener en cuenta una serie de principios como son, la investigación de oficio, el principio de igualdad, el principio de oralidad, el principio de audiencia entre las partes, el principio de concentración en el juicio oral, el principio de inmediación y por último el principio de publicidad del juicio oral¹⁰³.

En cuanto al principio de publicidad, se puede ver que, en relación con la publicidad externa, es decir, de acceso directo del público a los actos judiciales, podrían verse vulnerados algunos derechos fundamentales, como por el ejemplo, el derecho a la intimidad y a la propia imagen. Viendo los derechos fundamentales que pueden verse afectados, se debe tener en cuenta que cuando se está ante un caso en el que la víctima es un menor de edad se les pueden causar perjuicios irreparables¹⁰⁴.

En último lugar, se puede ver que según la Instrucción n.º 3/2005, de 7 de abril, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, el Fiscal tiene que tratar con cuidado toda la información que pertenezca a menores. El fin de todo esto es

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 206/2003, de 1 de diciembre de 2003. Última consulta; 22 de marzo de 2022.

¹⁰³ Conceptos Jurídicos., "Juicio oral" (disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/juicio-oral/>; última consulta 23/03/2022)

¹⁰⁴ Carballo de León, M., La protección del menor como víctima en el proceso penal, (Trabajo fin de grado), Tenerife, 2021, p.31.

salvaguardar la intimidad del menor, así como el desarrollo de su personalidad. Única y exclusivamente se proporcionarán los datos del menor, cuando se trate de un supuesto en el que el menor sea víctima de un homicidio o asesinato¹⁰⁵.

Ahora bien, cuando se está en un juicio oral cuya víctima es un menor de edad, se debe tener en consideración la situación en la que se encuentra la misma, así como todas y cada una de las dificultades que le puede llegar a suponer tener que declarar, sobre aquellos actos de los que es víctima. A razón de todo esto, en la Ley Orgánica de 14/1999, de 9 de junio se introdujeron una serie de supuestos con el objetivo de proteger al menor cuando se encontrase en una situación donde el menor, víctima, fuera expuesto por el Ministerio Fiscal como prueba¹⁰⁶.

No obstante, la situación del menor como víctima de un delito en la declaración del juicio oral, seguía estando en parte desprotegida. Por ello, se han ido introduciendo reformas que tuvieran como objetivo, que los menores no se volvieran a sentir víctimas en el momento en el que testifican los hechos de los que han sido víctimas¹⁰⁷.

Una de las reformas más importantes en este ámbito fue la aprobación de la LORPM, donde se hizo hincapié en la situación del menor en la declaración del juicio oral delante de sus agresores, acosadores o abusadores.

A día de hoy se pueden ver modificaciones en esta parte del proceso. Algunas de estas modificaciones o propuestas son¹⁰⁸:

- Introducir la presencia de psicólogo u otros profesionales.

En el caso en el que el testigo sea considerado como víctima de un delito, teniendo en cuenta lo establecido en el EVD, podrá ir acompañado por su representante legal y a su vez también podrá llevar a una persona que hubiera sido elegida por ella en el momento de las diligencias, salvo que en este último caso el Juez de Instrucción estableciera lo contrario con el objetivo de asegurar de forma efectiva el desarrollo de la víctima. Todo

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ Guías Jurídicas., "Declaración de la víctima del delito" (disponible en [¹⁰⁷ *Id.*](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTU2NztbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAA84UrDUAAA=WKE#18; última consulta 21/03/2022)</p></div><div data-bbox=)

¹⁰⁸ *Id.*

esto se encuentra recogido en el artículo 433 la LECrim¹⁰⁹. Esta reforma ha suprimido el último párrafo de este artículo donde se establecía que cuando el testigo fuera un menor de edad y se considerase que tuviera una determinada falta de madurez, el Juez de Instrucción podrá determinar, la intervención de profesionales y del Ministerio Fiscal con el objetivo de evitar que se causen perjuicios graves en la víctima.

- La obligatoriedad de evitar que el menor esté en contacto visual con el acusado durante el juicio.

En el 2006 se introdujo a través de la LECrim, en el artículo 731¹¹⁰, la posibilidad de que los testigos en el supuesto en el que fuesen menores de edad podrían ser oídos sin necesidad de que estuvieran presentes en la Sala. Todo ello fue gracias al empleo de medios electrónicos, con la finalidad de que el menor no sufriera perjuicios en su desarrollo. Dentro de estos medios electrónicos se pueden encontrar una gran diversidad, como por ejemplo la distorsión de la voz, las videoconferencias, también se puede ver otros medios técnicos como son los biombos, disfraces, etc.

La elección de los medios se podrá solicitar a través de las partes o bien será el propio órgano quien de oficio los establezca. Ahora bien, desde un punto de vista personal se debe tener en consideración que la principal finalidad en los juicios orales es proteger al menor e intentar minimizar lo máximo posible los daños psicológicos, en virtud de lo cual atendiendo a los medios técnicos del biombo o disfraces se puede ver que en cierta parte el menor no cuenta con una plenitud de expresión, puesto que al final se encuentra en la misma sala que el procesado¹¹¹.

Por otra parte, en el artículo 713 de la LECrim¹¹², se puede ver que únicamente se realizarán careos entre testigos menores y el procesado cuando así el Juez o Tribunal lo estime oportuno y no perjudicial para el propio interés del menor, para eso se requiere de un informe pericial.

¹⁰⁹ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 17 de septiembre de 1882)

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ Carballo de León, M., *op. cit.*, p.32

¹¹² Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 17 de septiembre de 1882)

4. LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA VÍCTIMA

La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al EVD en el proceso penal, establece que todas aquellas personas que sean víctimas de un delito serán protegidas en mayor medida, desde el respeto y la dignidad.

El propio autor del delito tiene que ser el primero en reparar el daño independientemente de que la víctima reciba luego indemnizaciones de los Presupuestos del Estado, ya que en la Ley 35/1995, de 12 de diciembre, se recoge que el Estado será quien se encargue del pago de las indemnizaciones cuando se trate de delitos donde ha existido dolo y violencia, siempre que el autor del delito sea insolvente¹¹³.

Uno de los medios de reparación del daño es la mediación penal, es decir, aquel mecanismo mediante el cual la víctima y el autor del delito, mediante un proceso de diálogo reservado, coordinado por un intermediario ecuánime, van a reparar el daño causado por el delito¹¹⁴.

La mediación penal es un mecanismo que tiene como característica principal, salvaguardar y proteger los intereses de la víctima, ya que tiene como objetivo retornar el delito y reconciliar a las partes del delito¹¹⁵.

Todo aquel que defiende este mecanismo de reparación se fundamenta en que la pena impuesta al autor del delito y recogida en el CP únicamente hace justicia en cuanto a la sociedad, sin embargo, en cuanto a la víctima no le es suficiente para reparar ningún tipo de daño causado. Sin embargo, el mecanismo de mediación penal no puede suponer una sustitución al sistema penal¹¹⁶.

El principio de voluntariedad de la víctima y el principio dispositivo, se van a encontrar presentes durante el proceso de mediación, ya que será la propia víctima quien

¹¹³ López-Barajas Perea, I., "La reparación de la víctima en el proceso penal: la mediación penal", *Criminología y justicia*, n.4, 2012, p.15.

¹¹⁴ Poder Judicial España., "Mediación penal", (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Organos-judiciales-que-ofrecen-mediacion/Mediacion-Penal/>); última consulta 24/03/2022)

¹¹⁵ López-Barajas Perea, I., *op.cit.* p.16.

¹¹⁶ López-Barajas Perea, I., *op.cit.* p.17.

determine si quiere alcanzar o no un pacto con el autor del delito para reparar el daño causado, a través del diálogo con el autor del delito¹¹⁷.

Ahora bien, la mediación penal también se va a poder imponer como una opción a la pena de manera provisional. En este supuesto concreto, será la propia autoridad judicial quien reemplace la pena por el cumplimiento de la mediación penal¹¹⁸.

También puede darse el caso en el que, en vez de reemplazar la pena, se lleve a cabo a la suspensión de la ejecución de la pena, siempre teniendo en consideración las normas de suspensión recogidas en el CP¹¹⁹.

Por otro lado, hay quienes consideran que el uso de la mediación penal como alternativa ocasional a la pena, no es la opción correcta, debido a que estos mismos piensan que este mecanismo de protección a la víctima tiene que ser considerado como un complemento en el procedimiento judicial, cuyo objetivo sea reparar el daño de la víctima de una forma grata y a su vez aprobada por ambas partes¹²⁰.

Ahora bien, cuando se habla de la reparación del daño en el menor como víctima de un delito, se debe tener en cuenta que los menores de edad se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, y que, por lo tanto, tienen que recibir un trato especial para evitar causar daño en su integridad física y moral, entre ellos la victimización secundaria¹²¹.

En cuanto a la normativa vigente, se tiene que hacer referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, en concreto a su artículo 8¹²² donde se establece que los Estados parte deberán acoger todas las medidas que se consideren oportunas para proteger al menor, así como realizar en el menor tiempo posible las resoluciones y las decisiones por decretos, ya que a través de los mismos se otorga la reparación a los menores de edad víctimas de un delito.

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ Pérez Chávez, J., "La reparación del daño tratándose de víctimas menores de edad", *La querrela digital*, 27 de noviembre de 2021 (disponible en <https://www.laquerelladigital.com/la-reparacion-del-dano-tratandose-de-victimas-menores-de-edad/>; última consulta: 22/03/2022)

¹²² Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990

Del mismo modo, este artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹²³, recoge en su apartado cuarto que todos y cada uno de los niños menores de edad que sean víctimas, tienen derecho a formar parte del proceso establecido para la reparación de los daños causados, sin ningún tipo de discriminación.

En relación con los niños menores de edad víctimas de delitos relacionados con los abusos sexuales, ha surgido un nuevo modelo denominado Abordaje Integral del Abuso, a continuación, llamada AIDA¹²⁴.

Esta fundación tiene como finalidad identificar y reparar los daños ocasionados sobre el menor, ya que hoy en día según estudios, 1 de cada 5 niños son víctimas de abusos sexuales desde que tienen 17 años y además se ha estudiado que solo un 40% recibe ayudas y que un 90% no relata los hechos de los que es víctima hasta que no cumple la mayoría de edad, debido a que muchas de ellas se sienten avergonzadas por lo sucedido, aterrorizadas e incluso muchas de las veces llegan a tener sentimiento de culpabilidad.

Esta compañía surge gracias a que quieren que se lleve a cabo una reparación en el menor y no un tratamiento, es decir, el principal daño causado sobre la víctima en este tipo de delitos es la persona en sí, su alma. Otra de las características por las que destaca AIDA es que no solo van a proteger y ayudar a las víctimas, sino que también van a tratar a su entorno familiar cercano.

Este sistema de protección tiene en cuenta la nueva Ley Orgánica 8/2021, del 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia contra la Violencia, como por ejemplo la incorporación en el sistema de terapeutas familiares, psicólogos, trabajadores sociales y, por último, sanitarios que trabajan en este tipo de materias. Otra de las medidas que añade AIDA, es la incorporación de juristas técnicos, que deberán proteger al menor y tener en cuenta el principio superior del menor, a través de la disminución del número de juicios a los que el menor tenga que acudir y declarar, evitando así la victimización secundaria.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ Farran, A., "Nace un nuevo modelo para reparar a los niños víctimas de abusos sexuales", Ara, 14 de diciembre de 2021 (disponible en https://es.ara.cat/misc/nace-nuevo-modelo-reparar-ninos-victimas-abusos-sexuales_1_4212083.html; última consulta 22/03/2022)

5. CONCLUSIÓN

El objetivo del trabajo era ver la posición actual del menor en el proceso penal, como víctima de un delito.

Durante el trabajo, se ha podido ver que el menor de edad es una figura que cada vez va adquiriendo más relevancia en la sociedad y que por lo tanto requiere de una mayor protección. Si se hace alusión a la normativa vigente, en relación con el menor de edad, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito nacional se puede ver que el principal objetivo es salvaguardar los derechos fundamentales de los menores y a su vez tener en consideración en todos los aspectos los principios rectores del menor.

También se ha podido ver que debido al aumento de delitos en los que la víctima es un menor de edad, se han ido introduciendo particularidades específicas en aquellas instituciones que se encargan del acompañamiento de las víctimas, como es el caso de la Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

Durante el proceso penal, se ha podido ver cómo el legislador siempre trata de amparar al menor de edad, víctima, a través de determinadas medidas como, por ejemplo, la realización de la prueba preconstituida en la fase de instrucción y su consiguiente reproducción en el juicio oral. Por todo ello, se puede ver como el menor se encuentra acompañado y protegido durante todo el proceso penal, porque lo fundamental es salvaguardar sus derechos y protegerlo.

Por último, en cuanto a la reparación del daño a la víctima, se debe partir de la base de que el menor es un sujeto vulnerable, es por ello que el principal objetivo es tratar de evitar la victimización secundaria, así como hacer justicia no solo con la sociedad sino también con la víctima. A razón de todo esto, se han introducido mecanismos de reparación del daño como por ejemplo la mediación penal, o la fundación de Abordaje Integral del Abuso, donde el principal objetivo es reparar el daño del menor. Por todo ello, se puede ver como cada vez la sociedad está más concienciada sobre la importancia de proteger al menor en el proceso penal.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1 Legislación

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 17 de septiembre de 1882)
- Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978)
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE 13 de enero de 1982)
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889).
- Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (24 de noviembre de 1995)
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE 17 de enero de 1996).
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 13 de enero del 2000).
- Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre de 2006)
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 28 de abril de 2015)
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 3 de julio de 2015)
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE 23 de julio de 2015)
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE 29 de julio de 2015)
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE 5 de junio de 2021)

6.2 Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 873/2002, de 23 de septiembre de 2002.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 206/2003, de 1 de diciembre de 2003. Última consulta; 22 de marzo de 2022.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de junio de 2005. Asunto C-105/200
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1161/2014, de 15 de octubre de 2015. Fecha de última consulta 7 de marzo de 2022.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 157/2017, de 7 de marzo. Fecha de última consulta: 12 de marzo de 2022.

6.3 Obras doctrinales

- Carballo de León, M., La protección del menor como víctima en el proceso penal, (Trabajo fin de grado), Tenerife, 2021, p.31.
- Colás Turégano, A., *Derecho Penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.320
- Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas. Ministerio de Justicia., *Guía de recomendaciones para las oficinas de asistencia a las víctimas en el ámbito de la atención a las víctimas del delito en la infancia y adolescencia*, 2017, p.1
- De Palma, A, El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores, QDL, 204, pp. 110-111
- Defensor del Pueblo, *La escucha y el interés superior del menor*, MIC, Madrid, 2014, p.9.
- Delgado del Val, B., Las víctimas menores de edad y su protección en el proceso penal, (Trabajo fin de grado), Madrid, 2019, p. 14
- Díez Gayán, R., *El papel del Ministerio Fiscal en la justicia de menores*, (Trabajo fin de grado), Salamanca, 2020, p.34.
- Gómez Megías, M.A., “Las 10 claves de la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, Wolters Kluwer España, S.A., 2015, p. 3.
- López-Barajas Perea, I., "La reparación de la víctima en el proceso penal: la mediación penal", *Criminología y justicia*, n.4, 2012, p.15.

- Martín Nájera, P, *Víctimas especialmente vulnerables: Menores en situación de violencia*, Centro de Estudios Jurídicos, 2017, pp. 7-8.
- Martínez Aráez, S., *La instrucción en el proceso penal de menores*, (Trabajo fin de grado), Elche, 2015, p. 18
- Ruiz de la Cuesta Fernández, S., *Presupuestos procesales*, 2011, p.1.
- Subijana, I.J. & Echeburúa, E., “Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las Garantías Jurídicas de los Acusados”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 28, n. 1, 2017, pp. 22-27
- Vélez Van Meerbeke, A.,” *La protección a la infancia*”, *Revista Ciencias de la Salud*, vol.12, n.3, 2014, pp. 299-301.

6.4 Recursos de Internet

- "El objeto del proceso penal", StuDocu, (disponible en (<https://www.studocu.com/es/document/universidad-de-sevilla/derecho-procesal-penal/el-objeto-del-proceso-penal/10114653>); última consulta 15/03/2022)
- "La prueba anticipada y la prueba preconstituida en el proceso", *Iberley*, 2021 (disponible en <https://www.iberley.es/temas/prueba-anticipada-prueba-preconstituida-proceso-penal-63114>; última consulta 19/03/2022)
- “Acusación particular” (proceso penal), Wolters Kluwer España, S.A., 2015. (disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDEwtjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA2DQLbDUAAAA=WKE ; última consulta 16/04/2022)
- “La custodia: El interés superior del menor”, *Iberley*, (disponible en: <https://www.iberley.es/temas/custodia-interes-superior-menor-64556>; última consulta 12/03/2022)
- “La denuncia en el proceso penal”, *Iberley*, 2021 (disponible en <https://www.iberley.es/temas/denuncia-proceso-penal-53131>; última consulta 17/04/2022)

- “Oficinas de Asistencia a las Víctimas de Delitos (OAVD) de la Comunidad Autónoma de Castilla y León: atención y asistencia a las necesidades de las víctimas (tanto a nivel jurídico, psicológico y social)” *Bienestar y protección infantil*. (disponible en <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=7&subs=63&cod=4680&page=>; última consulta 2/04/2022)
- Barrientos, J.M., “Ministerio fiscal en el proceso penal”, Vlex, (disponible en: <https://vlex.es/vid/ministerio-fiscal-proceso-penal-391380282>; última consulta 17/04/2022)
- Casanueva, I., “El Supremo dicta las condiciones en que deben declarar los menores en los procesos judiciales para evitar su revictimización”, Confilegal, 29 de septiembre de 2021 (disponible en <https://confilegal.com/20210929-el-supremo-dicta-las-condiciones-en-que-deben-declarar-los-menores-en-los-procesos-judiciales-para-evitar-su-revictimizacion/>; última consulta 19/03/2022)
- Conceptos Jurídicos., “Juicio oral” (disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/juicio-oral/>; última consulta 23/03/2022)
- Farran, A., "Nace un nuevo modelo para reparar a los niños víctimas de abusos sexuales", Ara, 14 de diciembre de 2021 (disponible en https://es.ara.cat/misc/nace-nuevo-modelo-reparar-ninos-victimas-abusos-sexuales_1_4212083.html; última consulta 22/03/2022)
- Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil, “Bienestar y protección infantil” (disponible en <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes.asp?sec=13>; última consulta 6/03/2022).
- Guía Jurídicas., “Proceso penal” (disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjc0tDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAf1UAwzUAAAA=WKE#:~:text=Fase%20de%20instrucci%C3%B3n%20o%20sumario,dirigirla%20contra%20una%20persona%20concreta; última consulta 19/04/2022)
- Guías Jurídicas., "Declaración de la víctima del delito" (disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTU2NztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQ

- QGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAA84UrDUAAAA=WKE#I8; última consulta 21/03/2022)
- Gutiérrez Mayo, E., “Los principios de actuación del Ministerio Fiscal”, *Lawyerpress*, 27 de mayo de 2020. (disponible en <https://www.lawyerpress.com/2020/05/27/los-principios-de-actuacion-del-ministerio-fiscal/> ; última consulta 13/03/2022)
 - Las claves de la ley de protección a la infancia: justicia, educación y medios”, *La Información*, 20 de mayo de 2021: <https://www.lainformacion.com/espana/las-claves-de-la-ley-de-proteccion-a-la-infancia-justicia-educacion-y-medios/2838879/?autoref=true>
 - Marcos Francisco, D., “Requisitos de perseguibilidad de los delitos tras la reciente Ley de reforma del Código Penal”, *La ley digital*, (disponible en https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYIJI9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_IorZ7LONb3bo2dv79OH-w194mddNUS0_29vZvb_zcG8XHxTn10-r6ZvrVf7ZeVY2-f8DwOKRBJUAAAA=WKE ; última consulta 17/04/2022)
 - N., “La capacidad para ser parte y de actuación procesal”, *Derecho UNED*, 2019 (disponible en <https://derechouned.com/libro/procesal-1/4425-la-capacidad-para-ser-parte-y-de-actuacion-procesal>; última consulta 18/04/2022)
 - N., “Requisitos de los actos procesales”, *Derecho UNED*, 2019 (disponible en <https://derechouned.com/libro/i-procesal/3127-requisitos-de-los-actos-procesales>; última consulta 15/03/2022)
 - Noticias Jurídicas., "Contenido y novedades de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia", 2015 (disponible en <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10390-contenido-y-novedades-de-la-ley-organica-8-2015-de-22-de-julio-de-modificacion-del-sistema-de-proteccion-de-la-infancia-y-adolescencia/>; última consulta 12/03/2022)
 - Pérez Chávez, J., "La reparación del daño tratándose de víctimas menores de edad", *La querella digital*, 27 de noviembre de 2021 (disponible en <https://www.laquerelladigital.com/la-reparacion-del-dano-tratandose-de-victimas-menores-de-edad/>; última consulta: 22/03/2022)

- Poder Judicial España., "Mediación penal", (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Organos-judiciales-que-ofrecen-mediacion/Mediacion-Penal/>); última consulta 24/03/2022)