



FACULTAD DE DERECHO

EL MENOR EN EL PROCESO PENAL: SUS DECLARACIONES COMO VÍCTIMA Y COMO TESTIGO.

Autor: Cristina Alcalá Martínez-Sagrera

5º E-3 A

Derecho Procesal

Tutor: Prof. Sara Díez Riaza

Madrid
Junio 2017

“No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”

Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la infancia, 30 de septiembre de 1990

Resumen:

El menor, como sujeto especialmente vulnerable, merece una especial protección por parte de la justicia penal, con el objetivo de reducir la victimización del mismo en el proceso penal. Lo ideal para alcanzar esta meta es la restricción de las comparecencias del menor en el proceso a aquellas estrictamente necesarias. Esta protección ha girado en torno al principio del interés superior del menor, cuya consideración ha de estar presente en cualquier decisión judicial que afecte al mismo. Sin embargo, ha de modularse la necesaria protección del menor con el respeto al derecho de defensa del inculpado; cuya vulneración en ningún caso queda justificada por la salvaguarda del interés superior del menor. Se trata por tanto de buscar un equilibrio entre el adecuado trato del menor en el proceso penal y el derecho de defensa del acusado; y surge así el principio de contradicción de las partes. De este modo, sólo será posible eludir la comparecencia del menor en el proceso penal en aquellos casos en los que la declaración prestada fuera del juicio oral se haya practicado respetando la contradicción de las partes.

El Estado Español, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales relativas a la relación del menor con la Administración de Justicia, prevé en su ordenamiento jurídico una serie de mecanismos tendentes a la protección del menor en el proceso penal. En primer lugar, destacan la prueba anticipada y pre constituida, que permiten reproducir en el juicio oral la declaración del menor realizada con anterioridad a dicha fase, eludiendo así la comparecencia del menor. En segundo lugar, prevé la legislación española la elaboración, por parte de un experto, de un informe pericial sobre la veracidad de la declaración del menor, y de la que podrá servirse el órgano judicial a la hora de valorar dicha declaración. En tercer lugar, la videoconferencia se erige como instrumento técnico que permite la práctica de la prueba testifical sin necesidad de confrontación visual del menor con el acusado. Por último, conviene destacar el importante papel del fiscal en el proceso penal como protector del menor. Se logra así una eficiente protección del menor, modulada en todo caso por la salvaguarda del derecho de defensa del inculpado.

Palabras clave:

Menor, testigo, víctima, declaración testifical, juicio oral, contradicción, e interés superior del menor.

Abstract:

Under aged children are especially vulnerable; which justifies the need for a higher level of protection from the Justice Administration, with the goal of reducing their victimization in the criminal process. The ideal strategy in order to achieve this is to restrict the child's presence in court to that strictly necessary. This protection is based on the "best interest of the child" principle, which must guide any judicial decision affecting such child. However, the child's protection cannot affect the alleged offender's right to a defense. There needs to be a balance between the child's protection and the alleged offender's right to a defense. This is the origin of the contradiction principle. The child's presence in court can only be exempted if the principle of contradiction is not broken.

Spain, so as to comply with its international obligations regarding children and their relationship with the Justice Administration, has adopted several mechanisms that protect the child in the criminal process. Firstly, it is possible to construct a witness testimony outside court and play it in during the trial. Secondly, an expert can examine the child and draw up a report on his or her level of credibility when testifying. Thirdly, the method of the videoconference allows the witness to testify without establishing direct visual contact with the alleged offender. Finally, the prosecutor has a very important role in Spanish law as a protecting agent for the child. Spain has managed to implement a system that efficiently protects the child, even though the alleged offender's right to a defense must always be taken into account.

Key words:

Minor, under aged children, victim, witness testimony, trial, contradiction, and best interest of the child.

Listado de abreviaturas:

Ley de Enjuiciamiento Criminal	LECrim
Tribunal Constitucional	TC
Tribunal Supremo	TS
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	TEDH
Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género	LMPIVG

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
1.1. Objetivo	1
1.2. Justificación y método	1
1.3. Presentación de la estructura del trabajo	2
2. EL MENOR EN EL PROCESO PENAL	3
3. AMBITO NORMATIVO	8
3.1. Estándares internacionales sobre el niño y la Administración de Justicia	8
3.2. Legislación española	11
4. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO	15
4.1. Mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico español	15
4.1.1. Prueba pre constituida y prueba anticipada	15
4.1.2. Informe pericial sobre la veracidad de la declaración del menor	21
4.1.3. La videoconferencia en el proceso penal	24
4.1.4. El fiscal y la defensa del menor en el proceso penal	27
4.1.5. Otros mecanismos de protección	28
4.2. La Cámara Gesell y la Casa del Niño	29
5. CONCLUSIONES	32
6. BIBLIOGRAFÍA	35

1. INTRODUCCIÓN

1.1.Objetivo

El principal objetivo de este trabajo es analizar el sistema de protección del menor en el proceso penal presente en España. Centraremos nuestra atención en el menor como víctima y/o testigo del delito. Se abordará el origen y fundamento de dicho sistema, los posibles conflictos que en él se plantean, así como los específicos mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico español tendentes a lograr dicha protección.

1.2.Justificación y método

La especial situación del menor de edad requiere que se le dé un trato especial, que se proteja su situación, pues debido a su falta de madurez plena, es especialmente vulnerable frente a las eventuales situaciones perjudiciales para él. Si la protección del menor queda justificada desde un punto de vista general, ésta se acentúa cuando el menor ha sido parte, ya como víctima ya como testigo, del hecho delictivo. Su situación en este contexto es aún más delicada, y el trauma que la experiencia vivida causa en él hace conveniente que sea tratado por expertos, a fin de que se logre su completa recuperación. La exposición del menor a un continuo y reiterado contacto con los Tribunales no hará sino revivir en él la terrible experiencia vivida, lo que producirá una victimización excesiva del mismo.

Es por esto que se reivindica la necesidad de previsión de concretos medios de protección del menor en el proceso, en base al objetivo de reducir el contacto del menor con los Tribunales a aquel que resulte estrictamente necesario para salvaguardar los derechos fundamentales del inculpado, así como los fundamentales principios que rigen un proceso con todas las garantías. La justicia penal ha de adecuar la protección de la víctima en el caso de aquellos sujetos cuyas particulares circunstancias así lo requieran. Tal es el caso del menor.

Se ha optado por una revisión crítica de la literatura, con el objetivo de conocer las implicaciones derivadas de la aplicación de los diferentes mecanismos protectores del menor, así como la opinión doctrinal al respecto. Así mismo, se ha estudiado la

legislación procesal penal vigente y se ha analizado la jurisprudencia relativa al tema que nos ocupa.

1.3. Presentación de la estructura del trabajo

Este trabajo cuenta con cuatro secciones. La primera sección incluye una visión general del menor en el proceso penal, con especial incidencia en su papel como víctima o testigo del delito. Se abordan en esta sección los dilemas que surgen de la necesaria protección del menor en el proceso penal, y se sientan las bases de conceptos tales como el interés superior del menor y la contradicción de las partes, fundamentales en el posterior desarrollo del trabajo. La segunda sección comporta un análisis de la normativa internacional e interna aplicable al tema que nos ocupa; esto es, el menor como víctima o testigo en el proceso penal. En la primera parte de esta sección se abordan los estándares internacionales de protección del menor, y en la segunda parte de la sección se aborda la legislación española vigente, así como la modificación de ciertos preceptos en los últimos años, como consecuencia de un mayor compromiso por parte de los Estados de reforzar la protección del menor. La tercera sección enumera y explica los principales mecanismos previstos para la protección del menor en el proceso penal. Se analizan cuatro mecanismos previstos por la legislación española, a saber: la prueba pre constituida y prueba anticipada, el informe pericial sobre la veracidad de la declaración del menor, el uso de la videoconferencia en el proceso penal, y el papel del fiscal como agente protector del menor en el proceso. A continuación, se realiza una breve exposición de otras dos medidas que logran aumentar el nivel de protección del menor en el proceso. Por último se incluye en esta sección dos figuras presentes en otros países que tratan de garantizar el mejor entorno posible para que el menor pueda prestar declaración de forma cómoda y segura. En la cuarta sección del trabajo se presentan las principales conclusiones de esta investigación.

2. EL MENOR EN EL PROCESO PENAL

Una de las cuestiones fundamentales sobre la relación entre el ciudadano y la Administración de Justicia es el trato que la justicia penal da a la víctima. En un principio, el Derecho penal moderno se erigía sobre el principio de neutralización de las víctimas, por lo que éstas eran sujetos olvidados en el orden jurídico penal. Esta actitud de olvido dio lugar a que la víctima soportase no sólo la victimización primaria, esto es, aquella sufrida como consecuencia del hecho delictivo, sino también una victimización secundaria; aquella derivada de sus relaciones con el sistema jurídico-penal, y que contribuía a agravar las consecuencias emocionales derivadas del delito¹. No obstante, desde las ciencias victimológicas se propone que se adopte una nueva visión integradora de las víctimas en el sistema. Pese a que inicialmente el principio de protección de las víctimas no gozó de una aceptación general, sino que fue objeto de un profundo debate doctrinal, en el orden jurídico se elaboraron normas y se perfilaron criterios jurisprudenciales cuya interpretación sistemática permite apreciar el reconocimiento de un perfil independiente de la víctima del delito, así como la inclusión de un sistema de tutela de sus derechos en el ordenamiento jurídico². Esta actitud protectora ha sido adoptada también por el Tribunal Supremo, que en su sentencia de 2 de abril de 2003 afirma que la protección de las víctimas y testigos es una obligación del juez o tribunal³.

En este nuevo contexto de reconocimiento de la víctima del delito, la necesidad de una adecuación de la respuesta protectora a la víctima se acentúa para el caso de sujetos especialmente frágiles, como son los menores de edad. El menor de edad podría encuadrarse en la categoría de víctimas específicas, que son aquellas que presentan individuales características que justifican la modificación del sistema general de tutela previsto para la víctima del delito⁴. En la categoría de víctimas específicas cabe distinguir el subgénero de víctima vulnerable⁵, al que pertenece el menor. La escasa edad de este sujeto impide, de un lado, una correcta comprensión de los efectos del acto

¹ Revilla González, J. A., “La víctima y el menor infractor”, en AAVV, “El menor en el proceso penal”,

² Subijana Zunzunegui, I. J., “El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento”, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 1-5.

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2003 470/2003 [RJ 2003/4767].

⁴ Subijana Zunzunegui, I. J., “El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento”, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 45.

⁵ Subijana Zunzunegui, I. J., “El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento”, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 50.

al que es sometido, y, de otro, la capacidad para protegerse frente a situaciones de riesgo de victimización.

El menor de edad es un sujeto cuya personalidad se encuentra aún en desarrollo; por lo que es más frágil y vulnerable que el adulto. La experiencia vivida como víctima o testigo de un delito supone para él un importante trauma; y la necesidad de recordar la experiencia sufrida y relatarla de forma reiterada a lo largo del proceso comporta para él consecuencias más perjudiciales que para el adulto. Se aprecia así como la necesidad de reducir la victimización secundaria de este sujeto es importante para su correcta recuperación; y esta reducción se logra al restringir las comparecencias del menor en el proceso a aquellas que resulten estrictamente necesarias⁶. Esta necesaria protección deriva así mismo del principio del interés superior del menor, que será estudiado en mayor profundidad en la siguiente sección del presente trabajo. En líneas generales, este principio, inicialmente configurado como concepto jurídico indeterminado, ha de orientar cualquier decisión judicial que afecte al menor.

Sin embargo, la protección del menor en el proceso penal no puede ser absoluta. Las reglas penales y procesales no sólo se sustentan en la protección de la víctima, sino que también se basan en la defensa de los derechos del sujeto presuntamente culpable del delito⁷. La búsqueda del equilibrio entre la protección de la víctima y la garantía de los derechos ostentados por el inculpado es un auténtico desafío, especialmente cuando la víctima es merecedora de una especial protección; tal es el caso del menor. La salvaguarda del interés superior del menor en ningún caso justificará el quebrantamiento de los derechos del inculpado; entre los que debemos destacar el derecho a la presunción de inocencia, el derecho de defensa, derecho a un juicio justo y el derecho a un juez imparcial y predeterminado por la ley.

Como se ha adelantado, una de las formas de reducir la victimización secundaria a la que se encuentra sometido el menor es la reducción de su presencia en el proceso penal. Ésta se orienta especialmente a las necesarias declaraciones de este sujeto como víctima o testigo a lo largo del proceso; declaraciones que pueden tener efectos decisivos en la eventual condena o absolución del acusado. En este sentido, la cuestión inicialmente

⁶ Del Moral García, A. “Declaraciones de menores víctimas de abuso sexual” El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho, n.2, 2014, p. 3-10.

⁷ Pantoja García, F. “Los menores en el juicio oral penal” El Derecho Editores. Revista Derecho y Jueces El Derecho, n. 26, 2005, p. 15-17.

planteada se centraba en cómo debía prestar declaración el menor víctima o testigo en el proceso, ante la falta de previsión legal para esta particular situación; y cómo incorporar dicha declaración al juicio sin quebrantar las garantías legales y constitucionales⁸. Pero el verdadero problema latente en esta cuestión era en qué medida era prescindible la declaración del menor en el juicio oral sin vulnerar con ello el derecho de defensa del acusado.

Debemos acudir en este momento a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en su sentencia de 28 de julio de 1981⁹ establece que el derecho a la presunción de inocencia se asienta sobre dos pilares: la libre valoración de la prueba penal, y la necesidad de que la sentencia condenatoria esté basada en verdaderos actos de prueba, obtenidos en el juicio oral en cumplimiento de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad. Parece, pues, que la garantía del derecho de defensa implica que se practiquen los actos de prueba en el juicio oral; y “el derecho de prueba encuentra una de sus principales concreciones en el derecho a interrogar testigos”¹⁰. De este modo, de no tener la oportunidad el acusado de contradecir la declaración emitida por el testigo, se quebrantará el derecho de defensa del acusado.

En este contexto adquiere relevancia la exigencia de contradicción de las partes, fundamental para evitar la indefensión del inculpado. Es a través de esta garantía como se logra alcanzar un equilibrio entre la protección del interés superior del menor y el derecho de defensa del inculpado. El derecho de presunción de inocencia ostentado por el inculpado se sustancia a través de una actividad contradictoria procesal¹¹. Según el Tribunal Supremo, el principio de contradicción está directamente relacionado con el derecho a un proceso equitativo; y permite que la defensa pueda manifestar su disconformidad con el valor probatorio de los medios de prueba aducidos¹². En virtud de este principio, y en aplicación al tema que nos ocupa, la declaración del menor ha de

⁸ Almenar Berenguer, M. “La problemática del testigo menor de edad en el proceso penal”, El Derecho Editores. Revista Jurisprudencial El Derecho, n. 3. P.1, 2007, p.2.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 31/1981 [EDJ 1981/31].

¹⁰ Almenar Berenguer, M. “La problemática del testigo menor de edad en el proceso penal”, El Derecho Editores. Revista Jurisprudencial El Derecho, n. 3. P.1. 2007, p.4.

¹¹ De Urbano Castrillo, E., “El Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”, en AAVV, “Derechos procesales fundamentales”, Gutiérrez-Alviz Conradi, F (coord.), Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, p. 551.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006 2143/2005 [EDJ 2006/275425].

llevarse a cabo de forma tal que la parte inculpada tenga oportunidad de contradecir la declaración emitida por el menor víctima o testigo, o por ejemplo formular preguntas a éste.

Surge en este momento la cuestión de si es necesaria la presencia del procesado en la realización de dicha declaración o es suficiente con la asistencia del defensor de esta parte. El artículo 448 LECrim, previsto para el procedimiento penal ordinario, parece exigir la presencia del procesado para que se entienda cumplida la exigencia de contradicción. El artículo 777 LECrim, por su parte, al regular el procedimiento abreviado sólo alude a la contradicción de las partes de manera general, por lo que puede entenderse que para este tipo de procesos basta con la presencia del letrado del inculcado. Sin embargo, la aplicación de esta segunda regla se extiende también a los casos en que resulta de aplicación el artículo 448 LECrim, tal y como se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo. Así, establece el Tribunal que, de tener el letrado del procesado la oportunidad de asistir e intervenir en la práctica de la declaración, no se considera la ausencia del inculcado como elemento suficiente para invalidar la prueba¹³.

Hemos de resaltar que la contradicción ha de ser real, no efectiva. Tal y como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴, la doctrina constitucional garantiza la posibilidad de contradicción, y no así la contradicción efectiva¹⁵. Esto supone que en caso de no acudir el defensor de la parte inculpada a la práctica de la declaración, pese a tener conocimiento y oportunidad de hacerlo, no se entendería vulnerado el requisito de contradicción, pues se ha otorgado a la parte inculpada la oportunidad de acudir al acto.

Del mismo modo, se entiende que no se ha vulnerado el principio de contradicción en aquellos casos en los que, pese a no otorgarse posibilidad de contradicción en el momento de tomar declaración al testigo, éste déficit de contradicción es corregido posteriormente asegurando el correcto ejercicio del derecho de defensa. Es decir, la ausencia de contradicción de la fase sumarial es corregida por la incorporación de dicha

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2005 1177/2005 [RJ 2005/7602] y Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2008 15/2008 [RJ 2008/1399].

¹⁴ Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 51/2015 [RJ 2015/373].

¹⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional de 3 de diciembre de 1996 200/1996 [EDJ 1996/9677], de 8 de mayo de 2006 142/2006 [EDJ 2006/80228].

declaración a la fase de juicio oral con plena garantía de contradicción de las partes¹⁶. No obstante, en estos casos, pese a no entenderse violado el principio de contradicción, si se admite que la declaración no goza de entidad suficiente para desvirtuar por si sola la presunción de inocencia de la que goza el inculpado. Es por ello que si se desea condenar al acusado basándose únicamente en dicho medio de prueba, deberá su veracidad ser avalada por algún hecho externo¹⁷. Así ocurre en los casos de delitos sexuales, en los que no es común la concurrencia de testigos en el momento de cometerse el hecho delictivo, por lo que generalmente sólo se dispone del testimonio de la víctima. Pese a que no se niega la potencial fuerza de este medio probatorio para desvirtuar la presunción de inocencia del presunto delincuente, debe existir algún dato adicional que otorgue fuerza al testimonio emitido por la víctima¹⁸. Por otro lado, el principio de contradicción es irrenunciable¹⁹.

Asentadas estas precisiones iniciales, se procede a analizar en profundidad el sistema implantado en el Estado Español con objetivo de otorgar un mayor grado de protección a la víctima o testigo menor de edad. Tal y como veremos, este sistema ofrece interesantes alternativas que en muchas ocasiones permiten eludir la comparecencia personal del menor en el juicio oral. Así mismo, se trata de evitar la confrontación directa visual entre menor víctima o testigo e inculpado.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2003 187/2003 [EDJ 2003/136205] y Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2002 57/2002 [EDJ 2002/6730].

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2002 57/2002 [EDJ 2002/6730].

¹⁸ Cobo del Rosal, M., Zabala López-Gómez, C., "El acoso sexual", Cesej Ediciones, Madrid, 206, p. 60.

¹⁹ Del Moral García, A. "Declaraciones de menores víctimas de abuso sexual" El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho, n.2. 2014, p.3-10.

3. AMBITO NORMATIVO

3.1. Estándares internacionales sobre el niño y la Administración de Justicia

La voluntad protectora del niño en atención a su especial situación vulnerable es de origen internacional: desde el seno de las instituciones internacionales se aprecian a lo largo de la historia los esfuerzos por reconocer al menor su papel en el proceso y adoptar las medidas necesarias tanto para asegurar su protección como el correcto ejercicio de sus derechos.

De este modo, la Convención sobre los derechos del niño de 1989 (en adelante, la Convención) reconoce la titularidad de derechos otorgada por los niños y las niñas. Este reconocimiento adquiere un carácter prácticamente universal, gracias al gran número de Estados firmantes de la Convención. La condición de titular de derechos exige en reconocimiento de una serie de derechos para el menor, así como de los principios y mecanismos necesarios para el correcto ejercicio de los mismos; y así lo recoge la Convención. No obstante, la falta de madurez presente en los menores dificulta el ejercicio de estos derechos. Ante este impedimento, establece la Convención dos principios que han de regir en cualquier decisión del ámbito judicial que afecte al menor. Estos dos principios son el “interés superior del menor”, y el derecho de éste a ser escuchado²⁰.

El principio del “interés superior del menor” es consagrado inicialmente como un concepto jurídico indeterminado. La Convención, en su artículo 3, alude a este criterio como consideración fundamental que ha de orientar cualquier decisión que pueda afectar al menor, pero no aporta una definición explícita del concepto. Es por esto que, en sus inicios, la interpretación del mismo por parte de las autoridades judiciales de los Estados era arbitraria; adaptada a las circunstancias particulares del caso concreto; en atención a los derechos del menor que se encontraban en juego, y en aras de una máxima protección del niño. Posteriormente, el principio del “interés superior del menor” es concretado por el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño en su

²⁰ “Infancia y Justicia: una cuestión de derechos. Los niños y las niñas ante la administración de justicia en España” Save The Children. 2012, p.18-19.

Observación general número 14, de 29 de mayo de 2013²¹. El Comité otorga a este concepto un triple contenido. En primer lugar, constituye el “interés superior del menor” un derecho sustantivo: el niño tiene derecho a que su interés superior “*sea una consideración fundamental que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida (...)*”²². En segundo lugar, establece la Observación que el “interés superior del menor” es un principio jurídico interpretativo que se erige como fundamental, y por tanto, ante una cuestión que permita más de una interpretación, se ha de adoptar en todo caso aquella que garantice la salvaguarda del interés superior del niño. Por último, el “interés superior del menor” es una norma de procedimiento, lo que implica que la adopción de cualquier decisión que afecte al niño o conjunto de niños, “*deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados*”²³.

El segundo principio consagrado por la Convención sobre derechos del niño es el derecho del menor a ser escuchado, derivado de su reconocimiento como titular de derechos. Este derecho también ha sido objeto de análisis por el Comité de Naciones Unidas sobre los derechos del niño en su Observación número 12, de 20 de julio de 2009²⁴. Esta Observación, al estudiar el artículo 12 de la Convención, alude a la obligación de los Estados firmantes de la misma de garantizar el ejercicio del derecho del menor a ser escuchado. Las implicaciones de esta obligación incluyen la evaluación por parte del Estado en cuestión de la capacidad del niño para formarse un juicio propio; la garantía por parte del Estado de un entorno en el que el menor se sienta respetado y seguro para poder expresar libremente su opinión; y la toma en consideración de las opiniones emitidas por el niño, una vez evaluada su capacidad, entre otras.

Estas medidas protectoras del menor en el proceso no se limitan a la tarea realizada

²¹ Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Observación General n. 14, de 29 de mayo de 2013, “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, p.258-277.

²² Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Observación General n. 14, de 29 de mayo de 2013, “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, p.260.

²³ Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Observación General n. 14, de 29 de mayo de 2013, “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, p.260.

²⁴ Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Observación General n. 12, de 20 de julio de 2009, “El derecho del niño a ser escuchado”, p. 202-227.

por la Convención. La titularidad de derechos ostentada por el niño es reconocida en todos los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en la actualidad²⁵. Así mismo, organizaciones internacionales como Naciones Unidas o el Consejo de Europa han adoptado estrategias con el objetivo de que se lleven a cabo, desde el seno de cada Estado, los cambios necesarios para lograr cumplir con las finalidades protectoras del menor pretendidas en los tratados internacionales de derechos humanos.

Destacan en este sentido las Directrices del Consejo de Europa sobre la justicia adaptada a los menores²⁶. Se consagran en este documento los principales estándares o principios aplicables a cualquier relación entre el niño y la Administración de Justicia. Entre ellos, se resalta la participación del niño en el procedimiento y el “interés superior del menor”. El objetivo de estas directrices es asegurar el respeto de los derechos principales del menor en el procedimiento, en concreto de su derecho a la información, a la representación, y a la protección²⁷.

Así mismo, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas aprobó en 2005 las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños y niñas víctimas y testigos de delitos²⁸. Se propone con estas Directrices otorgar los Estados la orientación adecuada para que puedan dar éstos cumplimiento a sus obligaciones internacionales. Se presta especial atención en este documento al eventual conflicto entre dos importantes cuestiones: la necesaria protección del menor, de un lado, y los derechos que ostenta la parte inculpada, de otro. Por último, las Directrices consagran un catálogo de derechos reconocidos al menor víctima o testigo de un delito, entre los que destacan el derecho a la protección contra la discriminación, el derecho a ser informado, el derecho a ser oído y expresar opiniones, y el derecho a una asistencia eficaz, entre otros.

Por último, resulta interesante mencionar los estándares internacionales adoptados respecto de los niños extranjeros no acompañados. El Comité de derechos del niño

²⁵ “Infancia y Justicia: una cuestión de derechos. Los niños y las niñas ante la administración de justicia en España” Save The Children. 2012, p. 33.

²⁶ Directrices del Consejo de Europa sobre la justicia adaptada a los menores, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010.

²⁷ “Infancia y Justicia: una cuestión de derechos. Los niños y las niñas ante la administración de justicia en España” Save The Children. 2012, p. 37.

²⁸ Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos. Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, 2005, resolución n. 20/2005.

aborda la cuestión en su Observación General número 6, de septiembre de 2005²⁹. Según esta Observación, debe regir en todo momento el principio de no discriminación, en virtud del cual primará la condición de menor sobre la de extranjero; y por tanto regirá en todo caso el principio de “interés superior del menor” en la adopción de cualquier decisión que afecte al niño.

A raíz de esta serie de estándares internacionales surgen en todos los Estados firmantes importantes obligaciones respecto del menor. España es Estado firmante, y debido a estas obligaciones internacionales ha efectuado importantes modificaciones en su legislación, a fin de dar cumplimiento a los fines protectores del menor propuestos por los tratados. En el siguiente apartado se efectuará un breve análisis de la legislación española vigente respecto del menor en el proceso penal. Así mismo, se efectuará una comparación de ésta con la redacción anterior a las citadas modificaciones de ciertos preceptos, con el objetivo de reafirmar el compromiso del Estado Español de dar cumplimiento a las exigencias impuestas por el Derecho Internacional.

3.2.Legislación española:

El instinto protector del menor por parte del Estado español está presente desde antaño; y se pone de manifiesto con un profundo desarrollo legislativo a lo largo de los años que da lugar a un completo régimen jurídico de protección del menor³⁰. Cabe mencionar, en este sentido, la Ley General de Protección de la Infancia de 12 de agosto de 1904, así como la 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 (en adelante, Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor). Así mismo, en las últimas décadas, España, como estado parte de la Unión Europea, así como Estado firmante de los tratados internacionales estudiados en el anterior apartado, ha efectuado importantes cambios en su legislación a raíz de las premisas emitidas por las diferentes entidades supranacionales.

²⁹ Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Observación General n. 6, de septiembre de 2005, “Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, p. 74-97.

³⁰ Colás Turégano, A., “Derecho Penal de menores”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 357.

Por su especial conexión con el tema que aquí nos ocupa, se prestará especial atención a la legislación procesal penal vigente relativa al papel del menor en el proceso penal.

En primer lugar, el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), es desde 2006 objeto de importantes modificaciones en el ámbito procesal penal, con motivo de una mayor preocupación por la protección del menor en el proceso penal desde el seno de la Unión Europea. Así, la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (en adelante, Decisión Marco 2001/220/JAI) impulsa la promulgación de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por otro lado, la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos provoca una nueva y profunda modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impulsada por la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, Ley 4/2015).

Estas importantes modificaciones reforman la regulación sobre el papel del menor en el proceso penal, destacando en ellas un mayor esfuerzo por proteger la situación de vulnerabilidad a la que se enfrenta el menor víctima o testigo de un delito. Pese a que no resulta posible, debido al objeto y extensión del presente trabajo, analizar todos y cada uno de los preceptos que contemplan especiales medidas adaptadas a la especial situación del menor y su intervención en el proceso, estimamos conveniente abordar los más relevantes para el tema que nos ocupa.

En relación a la declaración del menor en el proceso, se prevé inicialmente la asistencia obligatoria del Ministerio Fiscal y la asistencia potestativa de un experto³¹. Sin embargo, tras la reforma impulsada por la Ley 4/2015, la intervención del Ministerio Fiscal y del experto en la declaración del menor queda al arbitrio del juez, quien decidirá en función de la necesidad de dichas intervenciones para evitar causar graves perjuicios a la víctima menor de edad debido a su falta de madurez³². Por otro lado, en su versión vigente a 2006, la LECrím exigía evitar la confrontación visual entre

³¹ Artículo 433 LECrím, redacción 2006.

³² Artículo 433 LECrím, redacción 2015.

los testigos menores de edad y el inculcado a la hora de prestar aquéllos su declaración³³; mientras que tras la reforma de 2015 esta exigencia pasa a ser una posibilidad³⁴. Esta posibilidad es contemplada así mismo para el proceso penal abreviado³⁵. Autoriza la ley la utilización de cualquier medio técnico que habilite la práctica de la declaración sin necesidad de establecer confrontación visual entre el menor y el inculcado. Finalmente, la LECrim restringe la práctica de careos con testigos menores de edad a aquellos casos que el órgano judicial estime imprescindibles y no lesivos para el interés del menor³⁶.

Así mismo, la LECrim prevé que el tribunal acuerde el uso de la videoconferencia o cualquier sistema similar que posibilite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido para cualquier intervención del menor en el proceso penal³⁷.

La LECrim también se pronuncia sobre la adopción de medidas que resulten necesarias para la protección de la víctima menor de edad, como puede ser la suspensión de la patria potestad o de la tutela a que esté sujeto el menor, para el caso de que se esté investigando uno de los delitos recogidos en el artículo 57 del Código Penal (CP)³⁸.

En segundo lugar, con la promulgación de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, se produce la trasposición al ordenamiento jurídico español de los principios recogidos en la Convención sobre los derechos del niño. Se debe destacar el reconocimiento en esta ley de la titularidad de derechos ostentada por los niños. De este modo, elabora el legislador español un catálogo completo y detallado de los derechos reconocidos, así como una definición de los principios que han de regir la acción administrativa con el fin de facilitar el ejercicio de dichos derechos³⁹. Por otro lado, esta ley alude al interés superior del menor como principio fundamental que ha de guiar la aplicación de las disposiciones contenidas en la misma. Así, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor establece que el menor ostenta el derecho a que su interés

³³ Artículo 448 LECrim, redacción 2006.

³⁴ Artículo 448 LECrim, redacción 2015.

³⁵ Artículo 707 LECrim.

³⁶ Artículos 455 y 713 LECrim.

³⁷ Artículo 731 bis LECrim.

³⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal.

³⁹ “Infancia y Justicia: una cuestión de derechos. Los niños y las niñas ante la administración de justicia en España” Save The Children. 2012. P. 56.

sea tenido en cuenta como primordial en todas las decisiones que le afecten, ya pertenezcan estas al ámbito público o al privado⁴⁰.

En tercer lugar, la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita reafirma el derecho del menor a asistencia jurídica gratuita. Por último, el papel del fiscal se erige como fundamental en la defensa y protección del testigo o víctima menor de edad, tal y como se desprende de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Finalmente, debemos destacar que, frente a la legislación a nivel estatal expuesta, las comunidades autónomas también han dictado normas en materia de protección de menores. Esta regulación ha derivado, en la mayoría de los casos, de la atribución de competencias recogida en el artículo 148.1.20 de la vigente Constitución Española; precepto referido a competencias en materia de asistencia social. Dicho esto, ciertas comunidades autónomas, como es el caso de Cataluña, han dictado normas en virtud de competencias asumidas concretamente en materia de protección de menores⁴¹.

Revisada la legislación vigente aplicable al menor como víctima y testigo en el proceso penal, se procede a estudiar el conjunto de mecanismos de protección del menor previstos por el ordenamiento jurídico español; cuya finalidad última es reducir la excesiva relación del menor con los Tribunales y su innecesaria victimización, así como atender a la especial situación frágil y vulnerable de éste.

⁴⁰ Artículo 2 Ley orgánica de Protección Jurídica del Menor.

⁴¹ Ravetllat Ballesté, I., “Competencias autonómicas en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia: estudio hilo del artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña”, REAF n.21, abril 2015, p. 159-201.

4. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO

La necesidad de protección del menor en el proceso penal, motivada por su situación de especial vulnerabilidad, da origen a la previsión por los ordenamientos jurídicos de diferentes medidas legales que garanticen esta protección. Se estudiará en primer lugar el conjunto de mecanismos previstos por la legislación española vigente, y cuya implantación ha supuesto una reforma del tratamiento de la víctima o testigo menor de edad en nuestro país. En particular, se abordará la prueba pre constituida y prueba anticipada, el informe pericial sobre la veracidad de la declaración del menor, el uso de la videoconferencia en el proceso penal, el papel del fiscal respecto del menor en el proceso penal, y por último se hará referencia a otras dos clases de medidas con las que se logra proteger al menor. En segundo lugar se expondrán dos novedosas figuras implantadas en otros países cuya principal finalidad es adecuar la declaración que ha de prestar el niño a circunstancias que permitan que ésta no sea una experiencia traumática para él, salvaguardando en todo caso el derecho de defensa del inculpado.

4.1.Mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico español

4.1.1. Prueba pre constituida y prueba anticipada

Tal y como adelantábamos al inicio del presente trabajo, en nuestro ordenamiento procesal, la regla general es que la presunción de inocencia del inculpado se desvirtúe mediante actos de prueba realizados en el juicio oral⁴². Sin embargo, en determinados casos la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé la posibilidad de que se acuerde, bien la práctica del acto probatorio de manera anticipada antes del juicio oral, o bien la reproducción en la vista oral de la prueba pre constituida en la fase de instrucción⁴³. Debemos matizar que la excepción a esta regla general se limita a la práctica de la prueba en un momento anterior al juicio oral. Por lo demás, estos medios de prueba deberán sujetarse a los principios procesales previstos para la

⁴² En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de marzo de 2009 96/2009 [RJ 2009/3298].

⁴³ Muñoz Cuesta, F. J., “La declaración del menor en el proceso penal: en especial cuando es víctima de un delito sexual” Revista Aranzadi Doctrinal, n. 6, 2013, p.2-8.

actividad probatoria⁴⁴. Pese a sus numerosas similitudes, las importantes diferencias entre la prueba anticipada y la pre constituida aconsejan su tratamiento diferenciado.

La prueba anticipada puede definirse como aquel medio probatorio cuya práctica antes del juicio oral es acordada expresamente por el juez de instrucción o el órgano sentenciador, pues que se prevé que en dicha fase no podrá llevarse a cabo el acto⁴⁵. Como se ha expuesto, en la práctica del acto de prueba se deberán respetar las garantías de oralidad, contradicción y presencia de las partes personadas en la causa, previstas para los actos probatorios del juicio oral.

En particular, podrá acordarse la declaración anticipada de un testigo en virtud del artículo 448 párrafo primero LECrim⁴⁶. Según este precepto, el juez de instrucción podrá acordar que se practique la declaración del testigo con anterioridad a la apertura del juicio oral si alegase el testigo su imposibilidad de acudir a la vista oral por ausentarse del territorio nacional, así como en el caso de que se temiese su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral. Recordemos que las diligencias de instrucción no constituyen prueba, y así lo confirma la LECrim en su artículo 446, al advertir a los testigos que éstos pueden ser propuestos como medios de prueba en el juicio oral⁴⁷. Es en este momento de advertencia cuando entra en juego el artículo 448 LECrim, pues de prever el testigo la imposibilidad de comparecer en el juicio oral, ordenará el juez de instrucción practicar la declaración testifical con carácter previo. Debemos destacar que el artículo 448 impone la necesidad de asegurar la posibilidad de contradicción de las partes; principio al que se ha aludido en la primera sección del presente trabajo. Este requisito resulta fundamental para que la prueba anticipada pueda adquirir validez en la fase de juicio oral.

La prueba anticipada es así misma contemplada por la LECrim en el artículo 777.2 LECrim⁴⁸ para el caso de adopción de diligencias previas; y en el artículo 781.1⁴⁹ en relación a la preparación del juicio oral, ambos aplicables en caso de

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009 96/2009 [RJ 2009/3298].

⁴⁵ Muñoz Cuesta, F. J., “La declaración del menor en el proceso penal: en especial cuando es víctima de un delito sexual” Revista Aranzadi Doctrinal, n. 6, 2013, p. 2-8.

⁴⁶ Artículo 448 LECrim.

⁴⁷ Ramos Méndez, F., Enjuiciamiento Criminal. Undécima lectura constitucional. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2008, p. 220.

⁴⁸ Artículo 777.2 LECrim.

⁴⁹ Artículo 781.1 párrafo tercero LECrim.

procedimiento abreviado. En todo caso exige la Ley la posibilidad de contradicción entre las partes.

Por otro lado, la prueba pre constituida es aquella que se crea con carácter previo a la apertura del juicio oral; y cuya reproducción o práctica en esta fase resulta imposible a causa de circunstancias sobrevenidas y no previsibles. Es posible diferenciar entre dos clases de pruebas pre constituidas⁵⁰, pese a que su tratamiento práctico es idéntico. De un lado, encontramos aquellos actos probatorios producidos al margen del proceso penal, como documentos o grabaciones. De otro lado, destacan aquellos actos de investigación sumarial realizados por la autoridad judicial competente a fin de obtener certeza sobre la comisión del delito y la culpabilidad.

La declaración testifical será una prueba pre constituida si se ha practicado durante la fase de instrucción, comportando por tanto un acto de investigación, y su realización en la vista oral no resulta posible debido a circunstancias imprevisibles y sobrevenidas. Para que esta prueba adquiera validez en la fase de juicio oral ha de reunir una serie de requisitos, enumerados por el Tribunal Constitucional (TC)⁵¹. En primer lugar, se ha de verificar el requisito material, que implica la imposibilidad de reproducción de la declaración en el juicio oral. En segundo lugar, el requisito subjetivo exige la intervención del órgano instructor en la realización de la declaración. En tercer lugar, el cumplimiento del requisito objetivo implica la garantía de la posibilidad de contradicción entre las partes. Por último, el requisito formal exige que se cumpla con lo previsto por el artículo 730 LECrim⁵².

Las finalidades perseguidas por la prueba anticipada y la pre constituida coinciden: se pretende en ambos casos evitar la pérdida de la información pertinente al caso acumulada con anterioridad al juicio oral y cuya reproducción o práctica no resulta posible en esa fase. La principal diferencia entre estas dos clases de prueba reside en la causa que motiva la imposibilidad de reproducción en la vista oral. Como se ha comentado, mientras que en el caso de la prueba anticipada se prevé dicha imposibilidad, en la prueba pre constituida dicha circunstancia aparece de

⁵⁰ Muñoz Cuesta, F. J., “La declaración del menor en el proceso penal: en especial cuando es víctima de un delito sexual” Revista Aranzadi Doctrinal, n. 6, 2013, p.2-8.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2003 80/2003 [EDJ 2003/8885].

⁵² Artículo 730 LECrim.

manera sobrevenida. Otra notable diferencia entre estas dos figuras reside en el hecho de que la prueba pre constituida se practica ante el juez de instrucción, y no ante el órgano enjuiciador, por lo que el nivel de intermediación queda reducido a aquel derivada de la percepción de la prueba reproducida en el soporte elegido⁵³.

Tanto en la prueba anticipada como en la prueba pre constituida se logra un mayor grado de protección del menor; pues se evita su personación en la vista oral. Por otro lado, se mantiene intacto el derecho de defensa del inculpado gracias al principio de contradicción. Así mismo, la práctica de la declaración del menor con carácter previo a la fase de juicio oral presenta otra importante ventaja: se evitan los efectos negativos derivados del lapso de tiempo transcurrido hasta la apertura de aquella fase. La personalidad aún en desarrollo del menor le hace vulnerable frente a posibles influencias exteriores, que pueden desvirtuar su concepción de la realidad acontecida. El menor suele estar influenciado por personas adultas, como sus padres o familiares; y el Tribunal tendrá en consideración esta posibilidad⁵⁴. Es posible también que el tiempo contribuya a que el menor olvide ciertos detalles, en ocasiones importantes, de su experiencia relativa al hecho delictivo. Estos efectos dificultan la tarea de dilucidar la verdad, pretendida en la fase del juicio oral.

La declaración anticipada del menor encontraría justificación en el hecho de que éste, en vista de su corta edad, no se encuentra preparado para afrontar una declaración en la vista oral; pues supondría una excesiva exposición del menor que podría causar importantes perjuicios para su integridad psíquica⁵⁵. El concepto imposibilidad a la que alude el artículo 448 LECrim como requisito para poder acordarse la prueba anticipada precisa de cierta matización. Así, distingue la jurisprudencia tradicionalmente entre imposibilidad material e imposibilidad legal⁵⁶. La imposibilidad material es aquella consagrada en el mismo precepto, que origina la no comparecencia del testigo en el juicio oral. La imposibilidad legal, por su parte, se corresponde, según el TC, con aquella protección legal que se deriva de la normativa internacional e interna protectora del menor, que trata de evitar someter al

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009 96/2009 [RJ 2009/3298].

⁵⁴ García Ramírez, J., Romero Santos, L., y García González, F., “La técnica del interrogatorio”, Editorial Rasche, Madrid, 2013, p. 179.

⁵⁵ Muñoz Cuesta, F. J., “La declaración del menor en el proceso penal: en especial cuando es víctima de un delito sexual” Revista Aranzadi Doctrinal, n. 6, 2013, p.2-8.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de febrero de 2003 41/2003 [EDJ 2003/3858].

menor a aquellos interrogatorios o exploraciones que puedan impedir su recuperación. Dicho esto, el TS ha matizado esta comparativa, al establecer que la mera minoría de edad del testigo no exime por sí sola su comparecencia en el juicio oral. Resulta necesario ponderar los derechos del inculpado con la necesidad de protección al menor⁵⁷ (teniendo en cuenta, por ejemplo, las graves consecuencias que dicha comparecencia implicaría para la integridad psíquica y moral del menor). Según este Tribunal, los conceptos de imposibilidad material e imposibilidad legal han de interpretarse de forma restrictiva⁵⁸.

Esta declaración anticipada exige la aplicación del artículo 433 párrafo tercero LECrim, precepto que se refiere a la posibilidad de intervención de expertos en la declaración testifical del menor. Resulta interesante destacar el artículo 448 LECrim, que prevé la posibilidad de que se restrinja la confrontación visual entre el menor y el inculpado. Esta precaución no suele ser necesaria en caso de declaración anticipada, pues no es común la presencia en la misma del inculpado; sino la de su abogado, en cumplimiento del requisito de contradicción entre las partes.

Por otro lado, la declaración del menor introducida en el juicio oral como prueba pre constituida no es sino un acto de investigación realizado en la fase de instrucción cuya validez ha de reconocerse en la vista oral debido a la imposibilidad imprevisible y sobrevenida del menor a acudir a dicha fase; como puede ser su imposibilidad de localización o fallecimiento. La validez de este acto de prueba dependerá en última instancia del cumplimiento de los cuatro requisitos enumerados *ut supra*. Dicho esto, es importante resaltar que resultarán aplicables, tal y como sucede en la prueba anticipada, los artículos 433 y 448 LECrim, pues estos artículos rigen para toda intervención del menor en el proceso penal⁵⁹. Se observa por tanto como persiste la finalidad protectora del menor en ambos tipos de prueba, erigiéndose como fundamental el principio de contradicción.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) parece avalar esta fórmula, al indicar que la salvaguarda del interés superior del menor justifica que se

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 151/2007 [RJ 2007/1549] y de 10 de marzo de 2009 96/2009 [RJ 2009/3298].

⁵⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006 332/2006 [EDJ 2206/1636] y de 2 de junio de 2006, 626/2006 [EDJ 2006/6778].

⁵⁹ Muñoz Cuesta, F. J., “La declaración del menor en el proceso penal: en especial cuando es víctima de un delito sexual” Revista Aranzadi Doctrinal, n. 6, 2013, p.2-8.

acuerden, en su favor, aquellas medidas que modulen la forma ordinaria de realizar un interrogatorio⁶⁰. Como hemos comentado, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado en este sentido al ampliar el concepto de “imposibilidad” que recoge el artículo 448 LECrim, previamente estudiado. Así, incluye el Tribunal dentro de dicho concepto aquellos casos en los que se aprecie un riesgo cierto de que el testimonio del menor en el juicio oral produzca para éste efectos negativos sobre su integridad psíquica y moral. El Tribunal otorga así una cierta primacía al derecho de equilibrio emocional del menor.⁶¹ Por otro lado, admite el Tribunal Supremo la compatibilidad entre esta pre constitución de la prueba testifical y el derecho de defensa del inculpado, al establecer que “es posible, desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa”⁶².

Encontramos en las pruebas anticipada y pre constituida un útil mecanismo protector del menor; que garantiza la participación del niño en el mismo, al tiempo que se permite que dicha participación se realice en condiciones que sin duda resultan más favorables para el menor que aquella que debería afrontar de personarse en el juicio oral.

El reconocimiento de la validez de la prueba anticipada o pre constituida es objeto de un amplio debate doctrina, en especial en relación a los delitos contra la libertad sexual. La cuestión central es si la declaración del menor prestada en la fase de instrucción es suficiente para eximir al menor de su comparecencia en el juicio oral. De ser así, sólo podría valerse el juez o Tribunal de enjuiciamiento de dicha declaración⁶³. No se discute en este debate sobre las ventajas que este tipo de prueba presenta para la protección del menor, que se erigen por tanto como innegables o evidentes.

Se encuentran en esta discusión dos posiciones enfrentadas. De un lado, se niega la posibilidad de que la pre constitución probatoria exima al testigo menor de edad

⁶⁰ Gallego Cenoz, J. “Protección del menor por el estatuto de la víctima del delito frente a delitos sexuales”. Editorial Aranzadi, S.A.U. Revista Aranzadi Doctrinal n.2. 2016, parte Fichas de la Jurisprudencia, p.2.

⁶¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2002 1229/2002 [EDJ 2002/28378], 22 de junio de 2006 677/2006 [EDJ 2006/98737], y 28 de febrero de 2007 151/2007 [RJ 2007/1549].

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2013 19/2013 [2013/4382].

⁶³ Gallego Sánchez, G. “Posibilidad de prescindir de la declaración del menor víctima de un delito sexual en el acto del Juicio Oral. Foro Abierto”. El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho, n.4, p. 6 y ss. 2010, p.8.

de prestar declaración en el juicio oral. Se sustenta esta posición en dos argumentos principales. En primer lugar, se defiende que la mera minoría de edad de la víctima o testigo no supone justificación suficiente para prescindir de su presencia en la vista oral. En segundo lugar, se afirma que no se prevé de forma expresa por la legislación vigente la posibilidad de exonerar la presencia del menor, “siendo difícil su encaje en el concepto de prueba anticipada, ni tan siquiera por la vía de evitar la victimización secundaria (...)”⁶⁴. De otro lado, un sector de la doctrina se posiciona a favor de eximir al menor de su comparecencia en el acto del plenario. Entre los argumentos empleados en la defensa de esta posición destacan los siguientes: en primer lugar, la admisión de la pre constitución de la prueba testifical queda justificada por la necesidad de salvaguarda del interés superior del menor, así como por ser el medio más adecuado de obtener la verdad material⁶⁵. En segundo lugar, se admite la existencia de suficientes instrumentos, tanto en el ámbito nacional como en el supranacional, que permiten desvirtuar la presunción de inocencia; lo que avala la posibilidad de prescindir de la comparecencia del menor en el juicio oral⁶⁶.

Dicho esto, coincide la mayoría de la doctrina al reconocer la posibilidad de que, a la luz de las particulares y excepcionales circunstancias del hecho delictivo, resulte “absolutamente desaconsejable la declaración del menor en el Juicio Oral”⁶⁷, admitiendo por tanto el recurso en estos casos a la prueba pre constituida o anticipada.

4.1.2. Informe pericial sobre veracidad de la declaración del menor

Una vez asentada la previsión por nuestro ordenamiento jurídico de que el menor preste declaración como víctima o testigo en el proceso penal, ya en fase de

⁶⁴ Gallego Sánchez, G. “Posibilidad de prescindir de la declaración del menor víctima de un delito sexual en el acto del Juicio Oral. Foro Abierto”. El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho, n.4, p. 6 y ss. 2010, p.9.

⁶⁵ Podría relacionarse esta última afirmación con la existencia de los conocidos como “fenómenos de contaminación”, ya estudiados, consistentes en la alteración de la verdad percibida por el menor a causa del paso del tiempo e influencias externas.

⁶⁶ Gallego Sánchez, G. “Posibilidad de prescindir de la declaración del menor víctima de un delito sexual en el acto del Juicio Oral. Foro Abierto”. El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho, n.4, p. 6 y ss. 2010, p.9.

⁶⁷ Gallego Sánchez, G. “Posibilidad de prescindir de la declaración del menor víctima de un delito sexual en el acto del Juicio Oral. Foro Abierto”. El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho, n.4, p. 6 y ss. 2010, p.15.

instrucción, ya en la vista oral, procede analizar la posible intervención de un experto para el análisis de la credibilidad de lo expresado por el menor en dicha declaración. “La minoría de edad no plantea, pues, un problema de legalidad sino de credibilidad del testimonio”⁶⁸.

El órgano judicial ha de realizar una cuidadosa valoración del testimonio del menor; pues no sólo se plantea el posible interés del menor víctima en la condena del inculpado, sino que también es posible que el menor haya sido objeto de influencias externas, ante las cuales se presenta como especialmente vulnerable debido a su falta de plena madurez. Por tanto, nos centramos ahora no en los requisitos para la validez o legalidad de la declaración del menor (que por supuesto deberá cumplir con la legislación procesal penal vigente), sino en la credibilidad o veracidad del testimonio emitido por el menor durante la tramitación de dicha declaración.

Debemos tener en cuenta que el juicio o valoración de dicho testimonio a efectos de una posible condena o absolución del acusado corresponde al Tribunal sentenciador, tal y como ha expresado el TS en su sentencia de 15 de octubre de 2009⁶⁹. Sin embargo, permite el legislador español que el Tribunal se sirva de los apoyos o ayuda que estime conveniente. Así, el artículo 433 párrafo cuarto LECrim posibilita la intervención de un experto en la declaración del menor cuando así lo aconsejen las particulares circunstancias (en concreto la falta de madurez) del mismo.

Destaca en este ámbito el informe pericial sobre la veracidad de la declaración del menor. El informe pericial queda recogido en el artículo 456 LECrim, y será el juez quien fije el alcance del informe⁷⁰; aunque se prevé la posibilidad de que las partes promuevan aquellas cuestiones que estimen necesarias para el esclarecimiento de los hechos⁷¹.

⁶⁸ Berenguer, M., “La problemática del testigo menor de edad en el proceso penal”. El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho, n. 3, P. 1 y ss. 2007, p.8.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2009 950/2009 [RJ 2009/5602].

⁷⁰ Artículo 475 LECrim.

⁷¹ Ramos Méndez, F., Enjuiciamiento Criminal. Undécima lectura constitucional. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2008, p. 220.

El perito, que será un psicólogo o profesional de similar titulación, efectuará, a raíz de un contacto directo con el menor y en base a la aplicación de sus conocimientos técnicos, una valoración sobre el grado de certeza del testimonio emitido por el mismo. Este informe se efectuará al realizarse la declaración del menor, sea esta en fase de instrucción, o en la vista oral.

Esta práctica se ha generalizado en nuestro sistema y es aceptada por los Tribunales. Así, el TS se ha pronunciado en numerosas ocasiones a favor de este dictamen, pese a resaltar que en ningún caso podrá el análisis del perito desapoderar al Tribunal o sustituir el juicio del testimonio emitido por éste. En su sentencia de 15 de octubre de 2009⁷², el Tribunal Supremo alude al valor del dictamen pericial como complemento o soporte para la valoración del juez sobre la declaración, pero aclara que en ningún caso gozará dicho dictamen de poder acreditativo directo sobre la veracidad de la declaración del menor. Por otro lado, el Tribunal Supremo valora positivamente el informe pericial sobre la veracidad de la declaración del menor en sus sentencias de 19 de julio de 2007⁷³ y 9 de noviembre de 2005⁷⁴; pero recuerda que en ningún caso podrá este documento sustituir el análisis crítico del testimonio, competencia exclusiva del Tribunal.

Así mismo, establece que el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de diciembre de 2013 que el perito no afirmará o negará la credibilidad del testimonio, sino que, en base a su examen, se pronunciará sobre la existencia o ausencia de notas que “permitan intuir fabulación, inducción, manipulación, o invención en el testimonio”⁷⁵.

Se aprecia cómo la pericial sobre la veracidad de la declaración del menor ayuda a aportar credibilidad al testimonio emitido por éste. Una vez valorada la capacidad del menor, y en virtud de su derecho a participar en el procedimiento y por tanto prestar declaración, resulta aconsejable, en vista a su particular situación de falta de madurez, la intervención de un experto en el procedimiento que posea conocimientos técnicos sobre el menor.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2009 950/2009 [RJ 2009/5602].

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007 707/2007 [RJ 2007/4820].

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2005 1313/2005 [EDJ 2005/207177].

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2013 1033/2013 [RJ 2013/8363].

Por supuesto, no olvidamos la conveniencia de esta medida para la parte acusada. Así, desde el punto de vista de su derecho de defensa, es aconsejable que se efectúe un análisis, lo más exhaustivo posible, de la declaración del menor, que puede afectar a su eventual condena o absolución.

Por último, considero interesante resaltar la relación que se observa entre esta práctica y la obligación internacional de los Estados de garantizar el derecho del menor a ser escuchado. Una vez reconocido este derecho en el ordenamiento jurídico español a través de la declaración del menor en el proceso, es conveniente el estudio de la misma desde la perspectiva de un experto en la materia.

4.1.3. La videoconferencia en el proceso penal

Los impactantes avances tecnológicos acontecidos en las últimas décadas del pasado siglo ha supuesto para las Administraciones Públicas españolas un importante reto, requiriéndose una reforma de los servicios públicos prestados, a fin de mejorar el acceso de los ciudadanos a la Administración. En el caso de la Administración de Justicia, los cambios acontecidos con motivo de esta revolución tecnológica son más escasos de los apreciados en el resto de las Administraciones Públicas⁷⁶. Dicho esto, se aprecia en la actualidad el importante compromiso asumido por la Administración de Justicia española de incorporar las nuevas tecnologías al trámite del procedimiento.

La videoconferencia es un sistema que posibilita una comunicación bidireccional plena gracias a la transmisión simultánea de sonido, imagen y datos. Esto permite la realización de un acto en el que participen personas situadas en lugares diferentes. En su aplicación al proceso, la videoconferencia permite lo que la doctrina italiana denomina “proceso a distancia”⁷⁷: aquel en el que el acto probatorio, en nuestro caso la declaración testifical, se lleva a cabo sin la necesidad de comparecencia personal del testigo ante la sede del órgano instructor o enjuiciador, según el caso. De este

⁷⁶ Pérez-Cruz Martín, A. J. “Videoconferencia y proceso penal” El Derecho Editores. Diario de Jurisprudencia El Derecho, n. 2182. P.1 y ss. 2005, p. 3.

⁷⁷ Pérez-Cruz Martín, A. J. “Videoconferencia y proceso penal” El Derecho Editores. Diario de Jurisprudencia El Derecho, n. 2182. P. 1 y ss. 2005, p.4.

modo, se asegura la posibilidad de contradicción de las partes y se respeta el derecho de defensa del acusado.

Consideramos relevante destacar que la videoconferencia no es en sí misma un medio de prueba, sino un instrumento técnico que posibilita la realización de dicho medio probatorio⁷⁸. Así, si se realiza una declaración testifical mediante videoconferencia, será dicha declaración la que reciba la calificación de medio de prueba, y será ésta la que deba sujetarse a las reglas procesales, así como dar cumplimiento a las garantías de las partes del proceso.

La utilización de la videoconferencia en el proceso penal queda reconocida en el artículo 229.3 LOPJ. En virtud de este precepto, se podrá emplear la videoconferencia para la realización de la declaración testifical; siempre y cuando lo acuerde el órgano judicial y se asegure la posibilidad de contradicción de las partes y se salvaguarde el derecho de defensa. Así mismo, alude el artículo 230.1 LOPJ a la obligación de juzgados y Tribunales de emplear “medios electrónicos, técnicos, informáticos y telemáticos”⁷⁹ en el ejercicio de sus funciones.

Tal y como se desprende de los anteriores artículos, la función de la videoconferencia en el proceso penal no se limita a la declaración de testigos, sino que también podrá emplearse en interrogatorios o careos, por ejemplo. Dicho esto, por su especial conexión con el tema que aquí nos ocupa, centraremos nuestro estudio en el empleo de la videoconferencia en la realización de declaraciones testificales a menores de edad.

La LECrim, en su artículo 325, permite que la comparecencia se realice por videoconferencia cuando la presencia personal resulte particularmente perjudicial para el sujeto. En su artículo 731bis, hace referencia expresamente al caso de los menores al avalar el uso de la videoconferencia en la declaración testifical. El artículo 448 LECrim alude a la posibilidad de realizar la declaración testifical del menor en fase de instrucción a través del medio técnico que resulte conveniente; a fin de evitar la confrontación visual con el inculcado. Por último, el artículo 707 LECrim restringe la confrontación visual entre el testigo menor con la parte

⁷⁸ Pérez-Cruz Martín, A. J. “Videoconferencia y proceso penal” El Derecho Editores. Diario de Jurisprudencia El Derecho, n. 2182. P. 1 y ss. 2005, p.4.

⁷⁹ Artículo 230.1 LOPJ.

inculpada, admitiendo que se realice la declaración en el juicio oral en estos casos a través de el medio técnico que resulte conveniente.

Tal y como se muestra, la videoconferencia como medio técnico para realizar la prueba se avala por el ordenamiento jurídico español como medio protector del menor frente a los efectos perjudiciales que podría suponer su confrontación visual con la parte inculpada.

La jurisprudencia del TS avala así mismo la utilización de este medio técnico en el proceso. Así lo declara el TS en sus sentencias de 9 de enero de 2013⁸⁰ y 17 de marzo de 2015⁸¹.

Por último, es necesario considerar la eventual incidencia de este método con los derechos fundamentales de las partes así como con los principios fundamentales procesales. Tal y como se ha introducido *ut supra*, la videoconferencia no constituye por sí misma un medio de prueba. Será por tanto el medio de prueba correspondiente (a título de ejemplo la declaración testifical) el objeto sobre el que se deberá analizar la posible vulneración de derechos fundamentales o principios procesales fundamentales⁸².

El primer principio procesal que puede quedar cuestionado en la utilización de la videoconferencia es el principio de inmediación. Tal y como establece la LOPJ, la prueba debe practicarse en la sede del órgano judicial, y concurriendo ante éste⁸³; por lo que la declaración vía videoconferencia parece *a priori* un obstáculo al cumplimiento de estos requisitos. Sin embargo, este principio se cumple plenamente tanto en la fase de instrucción, pues el sistema de la videoconferencia permite al juez instructor presenciar la practica de la prueba; como en la fase de juicio oral, pues gracias a la transmisión simultánea de imagen y sonido, el Tribunal tendrá conocimiento de la declaración del menor.

En segundo lugar, sería posible poner en tela de juicio el cumplimiento de los principios de oralidad, concentración, y unidad de acto. No obstante, se admite la

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2013 19/2013 [RJ 2013/4382].

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015 161/2015 [RJ 2015/2795].

⁸² Pérez-Cruz Martín, A. J. “Videoconferencia y proceso penal” El Derecho Editores. Diario de Jurisprudencia El Derecho, n. 2182. P.1 y ss. 2005, p.4.

⁸³ Artículos 268 y 229.2 LOPJ.

equiparación de presencia física y virtual a efectos jurídicos; por lo que no se consideran vulnerados estos principios⁸⁴.

Por último, se ha constatado anteriormente el pleno respeto del principio de contradicción, gracias a la oportunidad otorgada a la defensa de formular preguntas y contradecir la declaración testifical.

El empleo de la videoconferencia para la declaración testifical del menor no es sino una nueva señal del compromiso asumido por el Estado Español de otorgar un mayor nivel de protección al menor. La elusión de la confrontación visual entre menor e inculpado comportará efectos positivos para la recuperación del primero, y la posibilidad de ulterior reproducción de la declaración grabada permitirá reducir la intervención del menor en el proceso, lo cual resultará así mismo positivo para él.

4.1.4. El fiscal y la defensa del menor en el proceso penal.

“El fiscal está presente en todas las esferas de nuestro ordenamiento en las que se ventilan intereses de menores desprotegidos, desamparados, o en situación de riesgo”.⁸⁵ El papel del Ministerio Fiscal en la defensa de los derechos del menor en el ámbito penal es fundamental. Entre las principales responsabilidades atribuidas al fiscal para la defensa del menor destacan la conveniencia de interponer querrela o denuncia en caso de víctima menor de edad⁸⁶; y la obligación de instar a la autoridad competente para que ésta adopte las medidas convenientes para la custodia y protección de la víctima menor⁸⁷. En concreto, la protección del testigo menor de edad por el fiscal es así mismo contemplada en la LECrim, tal y como se ha analizado a lo largo del presente trabajo⁸⁸.

Se fija el papel del fiscal como principal agente protector del menor (ya sea víctima, testigo, o responsable del acto punible) a lo largo del proceso. Se plantea sin embargo una posible carencia del vigente sistema: se pretende que el fiscal defienda y proteja al ciudadano menor de edad, pero no se dispone de ningún

⁸⁴ Pérez-Cruz Martín, A. J. “Videoconferencia y proceso penal” El Derecho Editores. Diario de Jurisprudencia El Derecho, n. 2182. P. 1 y ss. 2005, p.7-8.

⁸⁵ Instrucción de la Fiscalía General del Estado n. 3/2008, de 30 de julio.

⁸⁶ Artículos 191, 201, 287 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP).

⁸⁷ Artículo 233 CP.

⁸⁸ Artículos 433, 448 y 707 LECrim.

mecanismo para que el fiscal pueda conocer las peculiaridades, intereses y circunstancias personales del menor; lo que sin duda resultaría adecuado para acometer una completa defensa del mismo⁸⁹.

Dicho esto, resulta innegable la importancia para el menor de la presencia del fiscal en el proceso penal; que deberá velar por los intereses de aquel y procurar su protección y la reducción de su excesiva victimización. Pese a que, tal y como hemos visto, el propio ordenamiento prevé mecanismos restrictivos de esta victimización secundaria, resulta muy aconsejable la existencia de un agente dentro del proceso cuyo cometido sea que velar por el interés superior del menor en el proceso.

4.1.5. Otros mecanismos de protección

La protección del menor en nuestro ordenamiento no se agota con las medidas recientemente expuestas. Cabe destacar así mismo la restricción de los careos y el reconocimiento del menor como víctima de violencia de género.

En primer lugar, la LECrim prevé la práctica de careos en su artículo 455, donde establece que éstos sólo se realizarán cuando sean el único medio de verificar la existencia del delito o la culpabilidad del procesado. Vemos por tanto que esta ley otorga a este mecanismo un carácter residual⁹⁰. Pero la LECrim va más allá, pues establece, en este mismo precepto, que en caso de testigos menores de edad, la práctica del careo sólo será posible si el juez considera que resulta imprescindible y no dañoso para el interés del menor. Además, la Ley exige que se recabe informe pericial⁹¹. Se observa cómo el legislador otorga al juez un papel fundamental, pues dispone éste de discrecionalidad para valorar, a la luz de las circunstancias concretas del caso y especialmente del menor, la conveniencia o necesidad del careo.

⁸⁹ Zarraluqui Sanchez-Eznarriaga, L. “La defensa de los menores y el fiscal”, El Derecho Editores. Revista de Derecho de Familia El Derecho, n. 9. 2013, p.7.

⁹⁰ Ramos Méndez, F., Enjuiciamiento Criminal. Undécima lectura constitucional. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2008, p. 230.

⁹¹ Artículo 455 LECrim.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de marzo de 2002⁹², establece que el careo es una diligencia cuya principal finalidad es “constatar, precisar y matizar los interrogatorios ya producidos”; y posee un carácter excepcional.

En segundo lugar, el instinto protector no se limita a la víctima menor de edad, sino que es posible detectar una cierta sensibilización hacia las víctimas de determinados delitos, como es el caso de la violencia de género. En este contexto se promulga la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LMPIVG). En el artículo 1 LMPIVG se reconoce expresamente al menor la condición de víctima de violencia de género. Así mismo, contempla la Ley una serie de medidas cuya adopción contribuye a reducir los efectos perniciosos derivados de la vivencia y sufrimiento de estos delitos por parte del menor. A título de ejemplo, el artículo 61 LMPIVG atribuye al juez o Tribunal la facultad de adoptar las medidas cautelares que estime necesarias para proteger al menor víctima de la violencia. En los artículos 65 y 66 LMPIVG se detalla el régimen que debe aplicarse en la adopción de las medidas de suspensión de la patria potestad o custodia del menor, y de las medidas de regulación del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores, respectivamente.

Una vez estudiados los mecanismos de protección previstos por el ordenamiento jurídico español, nos adentramos en el estudio de la defensa del menor en otros países. Asentados los estándares internacionales aplicables a todos ellos, resulta interesante estudiar cómo estos países dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas en virtud de los tratados.

4.2.La Cámara Gesell y la Casa del Niño

El sometimiento del menor testigo o víctima a sucesivas declaraciones sobre los hechos vividos supone para el mismo una situación especialmente traumática. La protección del menor en el proceso penal implica el esfuerzo por evitar someter a éste a una victimización secundaria, y una de las formas de alcanzar este objetivo es tratar de

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2002 414/2002 [RJ 2002/6891].

reducir el contacto del menor con los tribunales a aquel que resulte imprescindible. En esta línea han surgido en el panorama internacional dos figuras que posibilitan una ejecución de la declaración del menor en condiciones más favorables para éste. Se trata de la Cámara Gesell y la Casa del Niño; y su uso se centra especialmente en casos de delitos de abuso sexual contra menores. Ambos sistemas permiten evitar la confrontación visual entre víctima o testigo y presunto culpable.

La Cámara Gesell fue creada por Arnold Gesell (1880-1961), filósofo dedicado al estudio de las diferentes etapas de desarrollo del menor⁹³. La Cámara está integrada por dos habitaciones separadas por una pared de cristal que permite ver desde una de las habitaciones lo que ocurre en la otra, pero no a la inversa. La víctima o testigo prestando declaración se situará en una habitación junto al encargado de formular las preguntas. En la habitación contigua se situará el juez o Tribunal, posiblemente junto con el abogado del inculcado y profesionales expertos, quienes podrán evaluar la conducta del menor testigo o víctima. Así mismo, cuenta esta figura con un completo sistema de vídeo y audio que permite grabar la declaración del menor para su posterior reproducción. Su estructura permite evitar que el menor establezca contacto visual con el inculcado al prestar declaración, por lo que la experiencia resultará mucho menos traumática para el mismo.

La grabación de la declaración de la víctima resulta fundamental, pues se constituirá ésta como prueba anticipada para su posterior reproducción en el juicio oral. De este modo se reduce la comparecencia personal del menor implicado, sin perjudicar con esto el derecho de defensa del inculcado, que quedará a salvo gracias a la posibilidad de participación de su abogado en la declaración (mediante la formulación de preguntas al menor a través de la persona situada al otro lado de la pared).

La Cámara Gesell se emplea en la actualidad en países como Argentina⁹⁴ u Honduras⁹⁵; y se erige como un eficaz medio en la investigación de delitos de abusos sexuales contra menores. En España, se acordó el pasado año la implantación de esta

⁹³ Sierra Celaya, G.M., “Cámara de Gesell como herramienta investigativa en los abusos sexuales de niños y niñas. Caso de Honduras”. *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, n. 7, 2013. P. 10 y ss.

⁹⁴ Zanetta Magi, M. “La Cámara Gesell en la investigación de delitos sexuales” www.revistapersona.com.ar.

⁹⁵ Sierra Celaya, G.M., “Cámara de Gesell como herramienta investigativa en los abusos sexuales de niños y niñas. Caso de Honduras”. *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, n. 7, 2013. P. 10 y ss.

figura tanto en Valencia⁹⁶ como en Málaga⁹⁷. Sin embargo, la utilización de este mecanismo en la práctica es aún muy escasa; y resulta por tanto difícil encontrar evidencias de la eficacia de este novedoso método.

Por otro lado, la Casa de los Niños, implantada en Islandia, supone así mismo un eficiente mecanismo de protección de menores víctimas de agresiones sexuales. Impulsada por Bragi Gudbrandsson, director general de la Agencia Gubernamental para la Protección de los Niños de Islandia, la Casa de los Niños es un entorno decorado como si de un hogar se tratase, con juguetes, muebles infantiles o lápices de colores. La Casa consta de dos pisos. En el piso superior, el menor es interrogado por un profesional experto (generalmente un psicólogo o trabajador social), quien se comunica a través de un dispositivo auditivo con el juez, abogado del acusado, o fiscal, entre otros. Éstos observan la entrevista desde el piso de abajo, a través de un monitor de televisión, y pueden formular preguntas al menor indirectamente a través del experto. La declaración es grabada para su posterior revisión o reproducción⁹⁸.

A través de este mecanismo sólo resulta necesaria una declaración por parte del menor, en lugar de someter a éste a sucesivos interrogatorios en las diferentes fases de la tramitación del proceso penal. La Casa del Niño no sólo se emplea para declaraciones de menores, sino que se aprovecha también para realizar a éstos exámenes o tratamientos médicos precisados tras el abuso sexual, logrando eludir la visita del menor al hospital, lo que sin duda incrementaría su trauma. La efectividad de este método en Islandia queda reflejada en el incremento de la proporción de casos descubiertos en comparación a la situación anterior a la implantación de la Casa.

Se aprecia como ambas figuras persiguen semejantes objetivos, y logran evitar una excesiva victimización del menor. La implantación de este tipo de medidas reafirma el compromiso por parte de los Estados de asumir sus obligaciones internacionales relativas a una mayor protección del menor.

⁹⁶ Decanato de los Juzgados de Valencia. “Guía práctica para la aplicación del estatuto de la víctima en los Juzgados de Valencia” (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Comunidad-Valenciana/Actividad-del-TSJ-Comunidad-Valenciana/Protocolos-y-convenios/Decanato-de-los-Juzgados-de-Valencia--Guia-practica-para-la-aplicacion-del-Estatuto-de-la-Victima-en-los-Juzgados-de-Valencia>; última visita 3/04/17).

⁹⁷ Acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 17 de noviembre de 2016 (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Acuerdos/Acuerdos-de-la-Comision-Permanente/Acuerdos-de-la-Comision-Permanente-del-CGPJ-de-17-de-noviembre-de-2016>; última visita 3/04/2017).

⁹⁸ Alfageme, A. “La Casa de los Niños que han sufrido abusos”, *El País*, 2 de noviembre de 2015.

5. CONCLUSIONES

La especial condición del menor como sujeto frágil y vulnerable acentúa la necesidad de protección por parte de la justicia penal española. Esta protección ha de sustentarse sobre el interés superior del menor, principio consagrado en el seno de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, de la que España es parte. Se reconoce en esta línea la titularidad de derechos ostentada por el menor; y, en consecuencia, el derecho del mismo a ser escuchado. Fruto del ejercicio de este derecho se prevé la declaración del menor víctima o testigo en el proceso penal, a fin de que el órgano judicial pueda tomar en consideración el juicio u opinión formulado por el mismo.

La cuestión principal radica en la necesidad de prever una forma de prestar declaración que no resulte especialmente pernicioso para el menor. En esta línea, diseña el legislador español una serie de mecanismos tendentes a la protección del menor en el proceso, la mayoría de los cuales se refieren a la declaración del menor a lo largo del mismo.

En primer lugar, la pre constitución o anticipación de la prueba permite realizar el acto probatorio antes de la fase del juicio oral, generalmente en la fase de instrucción, para su posterior reproducción en el plenario. Se logra así eludir la comparecencia personal del menor en el juicio oral, reduciendo el contacto del menor con los Tribunales. El reconocimiento de validez de la declaración del menor pre constituida o anticipada en el juicio oral es objeto de amplio debate doctrinal, en el que posturas a favor y en contra se encuentran. Sin embargo, se aprecia una cierta tendencia entre los Tribunales a aceptar este mecanismo, otorgando importancia a las especiales condiciones del menor, que aconsejan su no comparecencia en el juicio oral.

En segundo lugar, prevé el legislador español la intervención en el proceso de expertos que posean conocimientos avanzados sobre el menor. Una de las formas de esta intervención es a través del examen del menor por parte del experto y posterior elaboración de un informe pericial que verse sobre la veracidad de la declaración del menor. Se facilita así un estudio exhaustivo y especializado de la declaración del menor en el proceso. No obstante, la práctica de dicho mecanismo incluye una importante matización: en ningún caso gozará el informe pericial de eficacia acreditativa sobre la

veracidad (o falta de aquella) de la declaración del menor. Así, es competencia exclusiva del órgano judicial la valoración de dicho testimonio en el proceso. El informe pericial se erige de este modo como un elemento de soporte o ayuda, del que podrá servirse el órgano judicial.

En tercer lugar, la creciente revolución tecnológica impulsa el uso de medios electrónicos en la sede de las Administraciones Públicas. Estos nuevos instrumentos facilitan la comunicación del ciudadano con la Administración. La Administración de Justicia ha asumido el importante compromiso de incluir estos nuevos avances en el funcionamiento del proceso. Este compromiso se ve materializado en el uso de técnicas como la videoconferencia.

La videoconferencia es un sistema que permite una comunicación bidireccional plena gracias a la transmisión simultánea de sonido, imagen y datos. Este medio permite que la práctica de una declaración en la que intervengan personas situadas en localizaciones diferentes y distantes entre sí. En la actualidad, es común el empleo de esta técnica para la declaración del menor en el proceso penal. Debemos tener en cuenta que la videoconferencia no constituye por sí sola un medio de prueba; sino que es un instrumento técnico que permite la práctica del acto probatorio o de investigación. De este modo, será dicha prueba, y no la videoconferencia en sí, la que haya de cumplir con las garantías legalmente exigidas y principios procesales fundamentales.

En cuarto lugar, resulta innegable la importancia del papel del fiscal como agente protector del menor en el proceso. Se cuestiona sin embargo la posible necesidad de un mayor contacto entre fiscal y menor con anterioridad al comienzo del proceso, a fin de que el fiscal pueda conocer los intereses y circunstancias personales del menor, para lograr así una completa defensa del mismo.

Existen otra serie de mecanismos, vigentes en países como Argentina, Honduras o Islandia, tendentes también a la protección del menor en el proceso. Así, la Cámara Gesell y La Casa del Niño son dos sistemas que tratan de proporcionar al menor un entorno seguro y tranquilo en el que poder éste prestar declaración sin la necesidad de establecer un contacto visual directo con el inculcado (gracias a una pared de vidrio, en el primer caso, y dos pisos diferenciados, en el otro). Por otro lado, se logra evitar que el

menor deba prestar declaración más de una vez a lo largo del proceso, lo que resultaría perjudicial para el mismo.

Finalmente, debemos recordar que la protección del menor no es absoluta. En ningún caso quedará justificada la salvaguarda del menor si se vulneran los derechos titularidad del inculpado. Así, el derecho de defensa y derecho a la presunción de inocencia encuentran su principal concreción en el derecho de prueba, que no puede quedar desvirtuado por la exoneración de la comparecencia del menor en el juicio oral. Se trata por tanto de buscar un equilibrio entre los bienes jurídicos objeto de protección. En esta línea se asienta el principio de contradicción, que se erige como requisito fundamental para que las medidas de protección de la víctima o testigo menor de edad no impliquen una vulneración de los derechos del acusado. El principio de contradicción supone en este contexto otorgar al inculpado la posibilidad de formular preguntas y contradecir lo establecido por el menor en la declaración. Debe tratarse de contradicción real y no efectiva; lo que supone que bastará con que el inculpado o su defensa cuenten con el conocimiento y oportunidad de acudir a la declaración (y formular cuestiones) para que se entienda cumplida la contradicción de partes, independientemente del posterior ejercicio de esta facultad por la parte inculpada.

En conclusión, el interés superior del menor como sujeto vulnerable requiere una adecuación de la respuesta protectora de la justicia penal a la víctima o testigo del delito. Dicho esto, pese a la importancia de esta protección, no podrá desatenderse el respeto a los derechos fundamentales de la parte inculpada.

6. BIBLIOGRAFÍA

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).

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

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 de julio de 1985).

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

Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE 12 de enero de 1996).

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE 29 de diciembre de 2004).

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).

Instrucción de la Fiscalía General del Estado n. 3/2008, de 30 de julio.

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos. Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. 2005. Resolución n. 20/2005.

Directrices del Consejo de Europa sobre la justicia adaptada a los menores, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010.

Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Observación General n. 6, de septiembre de 2005, “Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”. P. 74-97.

Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Observación General n. 12, de 20 de julio de 2009, “El derecho del niño a ser escuchado”. P. 202-227.

Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Observación General n. 14, de 29 de mayo de 2013, “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”. P.258-277.

2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 31/1981 [EDJ 1981/31].

Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de diciembre de 1996 200/1996 [EDJ 1996/9677].

Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2002 57/2002 [EDJ 2002/6730].

Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de febrero de 2003 41/2003 [EDJ 2003/3858].

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2003 470/2003 [RJ 2003/4767].

Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2003 80/2003 [EDJ 2003/8885].

Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2003 187/2003 [EDJ 2003/136205]

Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de mayo de 2006 142/2006 [EDJ 2006/80228].

Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2002 1229/2002 [EDJ 2002/28378].

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2005 1313/2005 [EDJ 2005/207177].

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2005 1177/2005 [RJ 2005/7602]

Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006 332/2006 [RJ 2006/1636].

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2006, 626/2006 [RJ 2006/3778].

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2006 677/2006 [EDJ 2006/98737].

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006 2143/2005 [EDJ 2006/275425].

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 151/2007 [RJ 2007/1549].

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007 707/2007 [RJ 2007/4820].

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2008 15/2008 [RJ 2008/1399]

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009 96/2009 [RJ 2009/3298].

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2009 950/2009 [RJ 2009/5602].

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2013 19/2013 [RJ 2013/4382].

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2013 1033/2013 [RJ 2013/8363].

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 51/2015 [RJ 2015/373].

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015 161/2015 [RJ 2015/2795].

3. Libros

Cobo del Rosal, M., Zabala López-Gómez, C., *El acoso sexual*, Cesej Ediciones, Madrid, 2006.

Colás Turégano, A., “Derecho Penal de menores”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

García Ramírez, J., Romero Santos, L., y García González, F., “La técnica del interrogatorio”, Editorial Rasche, Madrid, 2013.

Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Criminal. Undécima lectura constitucional*. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2008.

Ravetllat Ballesté, I., “Competencias autonómicas en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia: estudio hilo del artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *REAF* n.21, abril 2015, p. 159-201.

Revilla González, J. A., “La víctima y el menor infractor”, en AAVV, “El menor en el proceso penal”, González Pillado, E. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

Subijana Zunzunegui, I. J., “El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento”, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 1-50.

De Urbano Castrillo, E., “El Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”, en AAVV, “Derechos procesales fundamentales”, Gutiérrez-Alviz Conradi, F (coord.), Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005.

4. Obras doctrinales y otros artículos

Acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 17 de noviembre de 2016 (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Acuerdos/Acuerdos-de-la-Comision-Permanente/Acuerdos-de-la-Comision-Permanente-del-CGPJ-de-17-de-noviembre-de-2016>; última visita 3/04/2017).

Alfageme, A. “La Casa de los Niños que han sufrido abusos”, *El País*, 2 de noviembre de 2015.

Almenar Berenguer, M., “La problemática del testigo menor de edad en el proceso penal”. *El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho*, n. 3. 2007, p.1-6.(disponible en: http://online.elderecho.com/seleccionProducto.do;jsessionid=AA21212D34E264F22371B00110830B39.TC_ONLINE02?producto=UNIVERSAL&orden=relevancia&universal=Videoconferencia%20y%20proceso%20penal#presentar.do%3Fnref%3D7D76062A%26producto%3DA%26fulltext%3Don; última consulta 1/04/2017).

Decanato de los Juzgados de Valencia. “Guía práctica para la aplicación del estatuto de la víctima en los Juzgados de Valencia” (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Comunidad-Valenciana/Actividad-del-TSJ-Comunidad-Valenciana/Protocolos-y-convenios/Decanato-de-los-Juzgados-de-Valencia--Guia>

[practica-para-la-aplicacion-del-Estatuto-de-la-Victima-en-los-Juzgados-de-Valencia](#); última visita 3/04/2017).

Gallego Cenoz, J. “Protección del menor por el estatuto de la víctima del delito frente a delitos sexuales”. *Editorial Aranzadi, S.A.U. Revista Aranzadi Doctrinal* n.2.2016. Parte Fichas de Jurisprudencia. P.2 y ss. (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I5770bfa0c3d711e5bd4201000000000&srguid=i0ad6adc50000015c648690fef858f990&src=withinResu&t&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=> ; última consulta 1/06/17).

Gallego Sánchez, G. “Posibilidad de prescindir de la declaración del menor víctima de un delito sexual en el acto del Juicio Oral. Foro Abierto”. *El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho*, n.4, p. 6. 2010. (disponible en http://online.elderecho.com/seleccionProducto.do;jsessionid=6B47C9F0DDC01D47F9F4BCE1A420C274.TC_ONLINE03?producto=UNIVERSAL&orden=relevancia&universal=posibilidad%20de%20prescindir%20de%20la%20declaraci%F3n%20del%20menor#presentar.do%3Fnref%3D7DAF780A%26producto%3DA%26fulltext%3Don; última consulta 1/04/17).

“Infancia y Justicia: una cuestión de derechos. Los niños y las niñas ante la administración de justicia en España” Save The Children. 2012.

Del Moral García, A. “Declaraciones de menores víctimas de abuso sexual” *El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho*, n.2. 2014. P.3-10. (disponible en: <http://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL&orden=relevancia&universal=Los%20menores%20en%20el%20juicio%20oral%20penal#presentar.do%3Fnref%3D7DE41226%26producto%3DA%26fulltext%3Don>; última visita 3/4/17).

Muñoz Cuesta, F. J., “La declaración del menor en el proceso penal: en especial cuando es víctima de un delito sexual” *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 6, 2013. P.2-8.(disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I350609f0309711e3a3cc01000000000&srguid=i0ad6adc60000015b8d64ae05353ec11c&src=withinRes>

[uts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=](#); última visita 3/4/17).

Pantoja García, F. “Los menores en el juicio oral penal” *El Derecho Editores. Revista Derecho y Jueces El Derecho*, n. 26. 2005. P. 15-17. (disponible en: <http://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL&orden=relevancia&universal=Los%20menores%20en%20el%20juicio%20oral%20penal#presentar.do%3Fnref%3D7D556795%26producto%3DA%26fulltext%3Don>; última visita 3/4/17).

Pérez-Cruz Martín, A. J. “Videoconferencia y proceso penal” *El Derecho Editores. Diario de Jurisprudencia El Derecho*, n. 2182. 2005.

(disponible en <http://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL&orden=relevancia&universal=Los%20menores%20en%20el%20juicio%20oral%20penal#presentar.do%3Fnref%3D7D556791%26producto%3DA%26fulltext%3Don>; última visita 3/4/17).

Sierra Celaya, G.M., “Cámara de Gesell como herramienta investigativa en los abusos sexuales de niños y niñas. Caso de Honduras”. *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, n. 7, 2013. P. 10 y ss.

Zanetta Magi, M. “La Cámara Gesell en la investigación de delitos sexuales” (disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona55/55Zanetta.htm>; última visita 5/7/17).

Zarraluqui Sanchez-Eznarriaga, L. “La defensa de los menores y el fiscal”, *El Derecho Editores. Revista de Derecho de Familia El Derecho*, n. 9. 2013. P. 4-16.

(disponible en <http://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL&orden=relevancia&universal=Zarraluqui%20Sanchez-Eznarriaga%2C%20L.%20%u201C%20La%20defensa%20de%20los%20menores%20y%20el%20fiscal%u201D%2C%20El%20Derecho%20Editores.%20Revista%20de%20Derecho%20de%20Familia%20El%20Derecho%2C%20n.%209.%202013.#presentar.do%3Fnref%3D7DD4C120%26producto%3DA%26fulltext%3Don>; última visita 4/4/17).