

La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

The statement of the child victim in criminal proceedings. The child victim of sexual crime. The relevance of the new Article 433 of the Criminal Procedure Act.

Dra. Rosa Arrom Loscos

Profesora Catedrática de la Escuela Universitaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares.

Fecha de Presentación: noviembre 2015. Fecha de Publicación: diciembre de 2015.

Resumen.

El presente trabajo pretende, como uno de sus principales objetivos, poner de manifiesto el cambio sustancial operado, a raíz de la aprobación del Estatuto de la Víctima del Delito, en materia de las declaraciones en el proceso penal de los menores víctimas de delito. En efecto, las reformas introducidas por el señalado Estatuto apuntan a que la mencionada declaración del menor víctima, junto con las de sujetos especialmente vulnerables, se construya en fase de investigación de forma contradictoria; de este modo, la diligencia en cuestión se encuadra, dándose determinadas circunstancias, en la modalidad anticipatoria de la prueba. Por ello, resulta necesario precisar, previa determinación del marco legal actual, bajo qué circunstancias y con qué efectos se produce, a lo largo del proceso, dicha declaración, en especial, cuando el menor ha sido víctima de un delito contra su libertad e indemnidad sexual. Así, resulta obligado detenerse en las importantes novedades introducidas para apreciar en toda su importancia los cambios producidos.

También se abordarán, por su gran importancia, aspectos tales como la capacidad para declarar del menor, así como el interesantísimo tema de la credibilidad de su testimonio desde la perspectiva de la Psicología del Testimonio. De igual modo, se valorará la previsión legal para que la emisión de dicha declaración en el seno del proceso no impida alcanzar la finalidad esencial de preservar al máximo a la víctima del efecto negativo que sobre ella produce el contacto con instancias procesales (la llamada victimización secundaria), proponiéndose, en su caso, las concretas medidas legales que se orienten a preservar tal fin. Igualmente, se analiza en este trabajo el impacto que la señalada declaración produce sobre la presunción de inocencia del imputado, estudiando, entre otras cuestiones de indudable calado procesal, la construcción de la prueba de cargo cuando la declaración del menor víctima se produce en determinados contextos en los que el factor temporal cobra una especial significación (corta edad, grave trauma, fallecimiento o paradero desconocido del mismo). Esta cuestión exige, por su entidad, un análisis diferenciado, por cuanto su tratamiento supone una excepción a la regla general consistente en atribuir la virtualidad de la prueba de cargo tan sólo a la practicada en el juicio oral con contradicción, inmediación y publicidad y porque, además, como he señalado, se han introducido, a través del EVD, cambios que suponen, a mi entender, una modificación esencial de las previsiones legales existentes, hasta el momento presente, en relación a la materia de anticipación de la prueba.

Abstract.

The present work aims to, as one of its main objectives, to highlight the substantial change in terms of the statements in the criminal prosecution of child victims of crime, following the adoption of the Statute for the victim of crime (EVD). Indeed, the reforms introduced by the designated status are running to the Declaration of the minor victim, along with the particularly vulnerable subjects, be built under investigation in a contradictory way; Thus, the care in question fits, giving certain circumstances in the pre-emption of the test mode. Therefore, it is necessary to specify, prior determination of the current legal framework, under what circumstances and with what effects occur, throughout the process, the Declaration of the minor victim of a crime against their freedom and indemnity sexual, stopping at introduced important innovations to appreciate the changes operated in all its importance.

Also, they will be addressed by its particularly important aspects such as the ability to declare the child, as well as the interesting issue of the credibility of his testimony from the perspective of the psychology of the testimony. Similarly, the legal provision will be valued so that the issuance of

this Declaration in the midst of the process should not be impeded reaching the essential aim of preserving the maximum victim of the effect negative causing about her contact with procedural instances ("secondary victimisation"), proposing, where appropriate, specific legal measures that are geared to preserve this purpose. Also discussed in the work the impact statement designated on the presumption of innocence of the accused, addressing, among other no doubt draft procedural issues, the construction of the test charge when the minor victim statement occurs in specific contexts in which temporary factor takes on special significance (young, serious trauma, death or unknown whereabouts of the same). This issue requires, by its special entity, an analysis of differential, because their treatment is an exception to the general rule that is consistent in attributing the virtuality of the test charge only to the practiced in the trial with contradiction, immediacy and advertising and because, Furthermore, involving changes, through the EVD, I understand, a modification of the existing legal provisions, to the present moment, in relation to the matter in advance of the test.

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. NORMATIVA APLICABLE.
- III. LA DECLARACIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.
 - A. La capacidad para testificar del menor.
 - B. La declaración del menor como prueba de cargo; el problema de la credibilidad de la declaración del menor. La importancia y valoración del dictamen pericial.
- IV. LA RELEVANCIA DE LA UBICACIÓN TEMPORAL DE LA DECLARACIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO PENAL.
 - A. El *momento natural* de la declaración del menor: el juicio oral.
 - B. Excepciones a la regla general: la prueba anticipada, relevancia de la facultad contenida en el art 730 de la LECrim.
 - a) La prueba anticipada, su justificación y evolución. La situación antes de la entrada en vigor del EVD: el art 448 de la LECrim, de la literalidad del

precepto a una interpretación extensiva. El caso *Pupino*. La prueba anticipada en el momento presente.

b) La facultad del art 730 de la LECrim y su relación con el art 448 de la LECrim.

V. MEDIDAS PARA EVITAR LA CONFRONTACIÓN VISUAL. PREVISIONES DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.

Palabras clave

Menor víctima, superior interés del menor, declaración del menor víctima, diligencia de investigación prueba anticipada, contradicción, prueba de cargo, victimización secundaria.

Keywords

Child victim, superior interest of the child, the child victim statement, diligence research advance evidence contradiction incriminating evidence, secondary victimization.

I.- INTRODUCCIÓN¹

Una de las principales novedades que introdujo la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, fue la de Con la aprobación mediante la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante EVD), asistimos en el momento presente, por fin, a la consecución de un viejo anhelo y reivindicación en materia de protección y asistencia a los sujetos pasivos de un ilícito penal. En efecto, dicho Estatuto es reflejo de la culminación de toda la normativa alumbrada en esta materia en los últimos años, tanto desde una perspectiva interna como internacional y comunitaria. De este modo, las víctimas han visto como, de forma progresiva, son objeto de una, cada vez mayor, atención por parte de los distintos operadores jurídicos. Igualmente, de forma significativa, se ha venido atendiendo por parte de los citados operadores a la adopción de medidas legales de protección hacia aquéllas, reflejo, a su vez, del mayor grado de sensibilización, tanto de los Estados como de las sociedades, frente al sufrimiento y grave daño que los delitos causan en las personas que padecen el hecho en cuestión. Sin duda, de entre este colectivo destacan, por su especial vulnerabilidad, las víctimas menores de edad.

¹ El presente trabajo tiene su precedente inmediato en la comunicación, posteriormente expuesta como ponencia,

Ciertamente, la realidad social y la de la práctica de nuestros Tribunales revelan, como una verdad por desgracia incuestionable, que sobre nuestros niños se proyectan con frecuencia, entre otros tipos de conductas reprobables, actuaciones delictivas que atentan contra la libertad e indemnidad sexual de los mismos.

La importancia del tema resulta indudable, siendo muchas las cuestiones que desde la óptica procesal se suscitan y que, por ello, merecen ser abordadas y analizadas².

Qué duda cabe que el padecimiento por un menor de una agresión sexual es una de las experiencias más traumáticas y devastadoras que puede sufrir un niño. No olvidemos que la gran mayoría de estos actos abominables se producen en el seno del hogar familiar, bien sea por los propios progenitores, por parientes o personas allegadas a la familia respecto de las que el menor normalmente siente confianza, existiendo una relación de superioridad del adulto respecto del niño.

A ello se debe unir la fragilidad y mayor vulnerabilidad de estas pequeñas víctimas que ven en algunos casos, cuando la agresión se produce, en el contexto familiar, cómo aquellas personas que debieran velar por ellos y procurar su felicidad pervierten lo que debería ser una relación basada en el amor, la protección y el respeto a la dignidad y los derechos fundamentales del menor, convirtiendo la vida del pequeño en un infierno sembrado de confusión, dolor, temor y sentimientos de culpabilidad.

Ha sido una constante en nuestro ordenamiento jurídico que el inicio de un proceso penal a raíz del descubrimiento de estos hechos haya tenido como consecuencia, entre otras actuaciones, la necesidad de que el menor preste declaración en fase de instrucción, siempre que tenga edad para ello, configurando la correspondiente diligencia de investigación. Dicha diligencia, al presentar ese carácter investigador, carece, como tal, de virtualidad por sí misma para destruir la presunción de inocencia de la que goza el imputado, pues sólo la llamada prueba de cargo (que es la que se practica en el acto del juicio con publicidad, contradicción e inmediatez) tiene, en principio, tal fuerza.

Por ello, el menor víctima de agresión sexual debía rememorar los hechos, al menos, en dos momentos procesales distintos: primero, durante la sustanciación del sumario; segundo, a lo

² Un 23 % de las niñas y un 17% de los niños son víctimas de abusos sexuales en España antes de cumplir los 17 años; sin embargo, tan sólo un 10% llegan a un proceso judicial, siendo el 72 % de las víctimas niñas entre 8 y 11 años (los informes de la organización Save the Children de 2012 consideran creíbles el 79% de los relatos).

largo de la celebración del juicio oral a través de la prueba testifical, sin perjuicio de una primera declaración en sede policial.

No resulta difícil comprender el sufrimiento añadido que supone para el menor el verse involucrado en un proceso judicial en el que tendrá que responder en un entorno que le es hostil a cuestiones que afectan a su más estricta intimidad, profundamente dolorosas y que le inspiran sentimientos de vergüenza, generándose lo que los estudiosos han dado en llamar "victimización secundaria".

Pues bien, el presente trabajo pretende poner de manifiesto el cambio sustancial operado en la materia a raíz de la aprobación del Estatuto de la Víctima del Delito (EVD), pues entiendo, como iré explicando, que las reformas introducidas por el señalado Estatuto apuntan a que la declaración del menor víctima, junto con las de sujetos especialmente vulnerables, se construya en fase de investigación de forma contradictoria; de este modo, la diligencia en cuestión se encuadra en la modalidad anticipatoria de la prueba. Por ello, resulta necesario determinar con precisión, previa delimitación del marco legal actual, bajo qué circunstancias y con qué efectos se produce, a lo largo del proceso, la declaración del menor víctima de un delito contra su libertad e indemnidad sexual, deteniéndonos en las importantes novedades introducidas para apreciar en toda su importancia los cambios operados.

También se abordarán, por su especial importancia, aspectos tales como la capacidad para declarar del menor, así como el interesantísimo tema de la credibilidad de su testimonio desde la perspectiva de la Psicología del Testimonio. De igual modo, se valorará la previsión legal para que la emisión, en el seno del proceso, de dicha declaración no impida alcanzar la finalidad esencial de preservar al máximo a la víctima del efecto negativo que sobre ella produce el contacto con instancias procesales (la indicada "victimización secundaria") y, en su caso, se propondrán concretas medidas legales que se orienten a tal fin. Igualmente, procederé a analizar el impacto que la señalada declaración produce sobre la presunción de inocencia del imputado, abordando, entre otras cuestiones de indudable calado procesal, la construcción de la prueba de cargo cuando la declaración del menor víctima se produce en determinados contextos en los que el factor temporal cobra una especial significación (corta edad, grave trauma, fallecimiento o paradero desconocido del mismo). Esta cuestión exige, por su significada entidad, un análisis diferenciado, por cuanto su tratamiento supone una excepción a la regla general consistente en atribuir la virtualidad de la prueba de cargo tan sólo a la practicada en el juicio oral con contradicción, intermediación y publicidad y porque, además, se han introducido, a través del EVD,

cambios que suponen, a mi entender, una modificación esencial de las previsiones legales existentes, hasta el momento presente, en relación a la materia de anticipación de la prueba.

II.- LA NORMATIVA APLICABLE

La sensibilidad del Legislador hacia las víctimas, articulada en torno a concretas previsiones legales que les confieran un marco legal de protección, es una realidad, como he adelantado, relativamente reciente, lo que nos conduce a la noción de la llamada discriminación positiva.

Entendemos por discriminación positiva la aplicación del principio de igualdad (arts 14 y 9 de la CE) en el sentido que permita reequilibrar situaciones que evidencian desequilibrio entre ciudadanos, al presentar algunos de ellos un déficit social respecto al resto. Dichas situaciones justifican la adopción de medidas legales que, lejos de suponer privilegio alguno a favor de estos ciudadanos, en peor posición que el resto, se adoptan para compensar esa situación de desequilibrio a la que he aludido con el único fin indicado de reequilibrar la balanza (vid, especialmente al respecto, STC 3 de julio de 2006, RTC 2006/214)³.

Pues bien, cierto es que aunque en las víctimas en general y los menores víctimas en especial se observa claramente esa situación de déficit, ha sido una constante histórica, como digo hasta tiempos relativamente recientes, que los esfuerzos del legislador de turno se haya orientado a perfilar de forma completa y rigurosa el llamado estatuto procesal del imputado, relegando a la víctima a un segundo plano. De este modo, si la víctima no se constituía en parte acusadora, su posición en el proceso se limitaba a declarar en calidad de testigo, ejercitando, en su caso, el MF la acción penal y la civil de resarcimiento.

No será hasta los años 70 cuando nazca la ciencia de la Victimología, iniciándose, a partir de ese momento, una corriente legal que se orienta a la protección y asistencia a las víctimas de los delitos uno de cuyos frutos lo constituyen, como veremos, las previsiones legales relativas a la declaración de menor víctima en el proceso.

³ Al respecto, ESCALER BASCOMPTE, “La atención a la víctima después de las últimas reformas procesales”, en Justicia 2004, N°1-2.

YLLANES SUÁREZ, “El estatuto de la víctima: aspectos esenciales”, en Manuales de Formación Continuada, N°32, 2005.

También TAPIA PARREÑO, “Recientes reformas en materia de protección de menores víctimas en los procesos penales”, LA LEY, N° 6655, 20 de febrero de 2007, AÑO XXVIII, Ref D-44.

Especialmente, en materia de víctimas menores de edad, esta preocupación y anhelo de protección encuentra su reflejo a nivel internacional en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (en vigor desde el 2 de septiembre de 1990), en cuyo art 3.1 se indica que: "...en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"⁴.

El cambio de mentalidad operado ha obtenido su reflejo en nuestro ordenamiento interno, si bien inicialmente de forma dispersa, pues no han sido pocos los preceptos y leyes existentes destinadas a la protección y asistencia de las víctimas. En este nuevo escenario, y como lógica consecuencia, se ha venido apreciando un progresivo fortalecimiento de la posición de las víctimas en el proceso penal. La nota negativa, relativa al notable grado de dispersión en la materia al que aludía, ha sido corregida en parte por la citada Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito; norma ésta a la que, por su importancia y novedad, haré referencia, cuando proceda, a lo largo de este trabajo.

En general, configuran en la actualidad el marco legal español de protección a las víctimas las siguientes previsiones normativas:

- La LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de peritos y testigos en causas criminales...
- La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (art 15)⁵.

⁴ También al respecto, el Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de los niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de Mayo de 2000; especialmente, vid art 8.1 del Protocolo por el que se obliga a los Estados partes a adoptar todas las medidas necesarias para preservar sus derechos a lo largo de la sustanciación del proceso penal.

Igualmente relevantes, son las Directrices, sobre la justicia concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, aprobadas por la Resolución 2005/20, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas y Las Reglas de Brasilia, sobre el acceso a la justicia de personas especialmente vulnerables, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia marzo de 2008.

⁵ Buena muestra del arranque de este progresivo fortalecimiento de la posición de las víctimas se observa en el art 15 de la disposición citada, inserto en el Capítulo II, rubricado "De las medidas de protección de las víctimas". En efecto, en el mismo se estableció el deber de informar a estos sujetos (por parte los Jueces, Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal, autoridades y funcionarios públicos que intervinieran en estos procesos) de la posibilidad y el procedimiento para solicitar las ayudas previstas en la señalada Ley 35/1995, así como de las distintas resoluciones

- LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁶.

emitidas a raíz de la sustanciación de un proceso penal; además, en el art 16 se introdujeron las Oficinas de Atención a las Víctimas.

Igualmente, en esta materia supusieron un gran avance la Ley 38/2002, de 24 de octubre y LO 8/2002, de 24 de octubre, en virtud de las que se reguló el procedimiento de enjuiciamiento rápido y se reformó la normativa del procedimiento abreviado, incorporándose y ampliándose, entre otros, estos derechos de comunicación y notificación.

Con estas normas, especialmente con la segunda, se produjo una positivización notable de los derechos de las víctimas hasta el punto de que se empezó a hablar de un estatuto procesal de las mismas; así, se consagraron deberes de información tanto en sede policial como judicial (arts 771.1º y 776.1º LECrim) en relación a los contenidos de los arts 109 y 110 de la LECrim (actualmente modificados por la DF 1ª.1 del EVD). Por su parte, el art 779.1.1ª de la LECrim estableció la obligación del Juez de Instrucción de notificar el sobreseimiento de las actuaciones a los ofendidos o perjudicados, aunque no se hubieren personado en la causa, persistiendo este deber de información en relación a las actuaciones que pudieran afectar a la seguridad de las víctimas. Tal es el caso de las relativas a la situación procesal del imputado en relación al art 544 ter de la LECrim regulador de la orden de protección (modificado por la DF 1ª 13 del EVD).

Por supuesto, los arts 785.3 (modificado por la DF 1ª.24 EVD), 789.4, 791.2 (DF1ª.25 EVD) y 792.4 de la LECrim determinaron el deber de los órganos jurisdiccionales de informar a las víctimas, aunque no se hubieran personado en la causa, de la fecha y hora del juicio, así como de llevar a cabo la notificación de la resolución que recayera en el mismo, obligación ya recogida en el art 15 de la citada LO 35/1995.

Las previsiones de la Ley 35/1995, de las Leyes 38/2002, de 24 de octubre y LO 8/2002, de 24 de octubre, han sido sistematizadas, completadas y perfeccionadas por el EVD.

En efecto, este derecho de información, existente desde el primer momento de contacto de la víctima con las autoridades y que debe actualizarse a medida que vaya trascurriendo el proceso penal, es recogido, como digo, por el EVD con carácter general en el art 3.1 y, de forma más específica, en el art 5 (en relación al derecho de información sobre ayudas, asistencia, protección, etc) y en el art 7 (respecto al derecho de información de la víctima en el seno de las diversas actuaciones integrantes del proceso penal) de la citada norma.

Cabe destacar que en el apartado m) del art 5.1 del EVD, se indica que la víctima, a los efectos de recibir dicha información, aportará con carácter prioritario la dirección de correo electrónico frente a la dirección postal o domicilio convencional, pues este último sólo opera en defecto del primero.

Por su parte, el art 7 del EVD (en relación con el art 13) se refiere, como he adelantado, al derecho de las víctimas que así lo hayan solicitado a tener conocimiento de cuantas resoluciones se vayan dictando a lo largo del proceso penal (resoluciones sobre medidas cautelares, órdenes de protección o medidas aisladas de protección, sentencia sobre el fondo, resoluciones en ejecución de sentencia dictadas por los JVP, etc).

⁶ La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en desarrollo del art. 39.4 CE así como de la Convención de los Derechos del Niño, señala en su art. 11.2 dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, a saber: "la supremacía del interés del menor" y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal", disponiendo en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección "se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor".

Corolario de lo anterior es la previsión del art. 17 de la citada LO que contiene el mandato a cuyo tenor "en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, (...) la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra".

- LO 14/1999, de 9 de junio por la que se reformaron los arts. 448 (reformado recientemente por la DF1ª.12 del EVD), 455, 707 (igualmente reformando DF 1ª.19 del citado EVD) y 713, todos de la LECrim⁷.

- Las ya citadas Ley 38/2002, de 24 de octubre y LO 8/2002, de 24 de octubre, en virtud de las que se reguló el procedimiento de enjuiciamiento rápido y se reformó la normativa del procedimiento abreviado.

- El art 229.2 de la LOPJ, reformado por la LO 19/2003, de 24 de diciembre y art. 229.3 del mismo cuerpo legal, reformado por la LO 13/2003, por el que se introduce el mecanismo de la video-conferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido. Igualmente, el mecanismo debe permitir la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.

El señalado mecanismo de la video-conferencia, o sistema similar de comunicación, encuentra su reflejo en la LECrim tanto en instrucción, art 325 (en la redacción dada al precepto por la LO13/2003, de 24 de octubre), como en el juicio oral, artículo art 731 bis (introducido por la citada LO 13/2003) y también en el párrafo 2º del ya señalado art 707 (introducido por la LO 14/1999 y posteriormente reformado por la LO 8/2006 y el EVD)⁸.

⁷ El artículo 448 de la LECrim, de especial importancia por la interpretación finalista que del mismo (en relación con el art 730 de la LECrim) se ha llevado a cabo por la jurisprudencia, regula la posibilidad de practicar la prueba de forma anticipada (esto, es fuera de su marco temporal natural que es, como sabemos, el juicio oral), en dos supuestos:

- en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer la muerte o incapacidad física o intelectual del testigo antes de la apertura del juicio oral;
- por haber de ausentarse el testigo del territorio nacional.

A este precepto me referiré ampliamente a lo largo de este trabajo.

⁸ El EVD establece en su art 19 una previsión general que englobaría de forma genérica el uso de la video-conferencia, así:

“Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada”.

Una previsión más específica la encontramos en el art 25.2 a) y b) al señalar que durante la fase de enjuiciamiento podrá ser adoptada, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en clara alusión a la video-conferencia):

- Artículo 25 de la LO 5/2000 modificado por la DF 2ª de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, relativo a los derechos de la acusación particular y en concreto a la participación de la misma en la práctica de la prueba a lo largo del proceso, indicando respecto al careo su carácter restrictivo, pues sólo se prevé cuando resulte fundamental en la averiguación de los hechos o en la averiguación de la participación en los mismos del menor trasgresor.

- LO 27/2003, reguladora de la Orden de Protección, por la que se introdujo el art 544 ter de la LECrim⁹.

- LO 1/2004, Ley de Medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género.

“... medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba, para lo cual podrá hacerse uso de tecnologías de la comunicación, así como, medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas”.

Cabe señalar, como más adelante explicaré, la defectuosa técnica, a mi juicio, del precepto, pues, siendo la rúbrica del mismo Medidas de protección, sin más, no se hace la matización necesaria en relación a la clase de medidas de protección a las que se alude, a saber, medidas de protección en sentido estricto y medidas de protección en relación a los posibles perjuicios que pueden proyectarse sobre la víctima a raíz de su contacto con el proceso.

Desde mi punto de vista, resultaría más clarificador reservar la denominación medidas de protección a aquéllas que persiguieran evitar la reiteración delictiva sobre la víctima y aludir para las segundas a medidas minimizadoras de la victimización secundaria, pues son distintos los presupuestos para su adopción, así como la órbita en la proyectan sus consecuencias.

⁹ Entiendo que la orden de protección se encuadra doctrinalmente, a pesar de que en la propia Exposición de Motivos de la Ley 27/2003 y abundante jurisprudencia imprecisamente digan lo contrario, en la categoría de medidas de protección y no de medidas cautelares. En efecto, si bien en ambas resulta necesaria la existencia de *fumus boni iuris* (es decir, deben darse indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo), en las medidas cautelares penales lo que debe constatarse es la existencia de un *periculum in mora* (es decir, la adopción de la medida se justifica por la necesidad de asegurar la eficacia del proceso penal, bien evitando la alteración o destrucción de pruebas, bien asegurando la necesaria presencia del imputado en el acto del juicio). Por contra, la medida de protección se otorga, no para conjurar un peligro en la demora, que pudiera afectar al proceso penal, sino para conjurar un *periculum in damnum*, esto es, riesgo de reiteración delictiva, lo que entronca directamente con la protección de la víctima.

Por otro lado, el art 13 de la LECrim reformado por la Ley 27/2003 confiere a dicha orden el carácter de primeras diligencias, pues en el señalado precepto se consignan una serie de actuaciones, preferentes a cualesquiera otras tras la perpetración de un hecho delictivo, tales como la recogida y aseguramiento de las pruebas, detención e identificación del presunto autor, protección de las víctimas y familiares, previéndose para tal finalidad la adopción de las medidas cautelares del art 544 bis (alejamiento, prohibición de comunicación, aproximación, residencia, etc.) o la orden de protección regulada en el art 544 ter de la LECrim en la redacción dada por la Ley 27/2003 (el EVD ha introducido en la DF 1ª.14 un 544 quiquies).

Sentado ésto, diremos que la orden de protección se sustenta en una resolución judicial en forma de auto, adoptándose tras la correspondiente audiencia contradictoria cuya finalidad esencial es la de constatar el supuesto de hecho que permite su adopción (art 544 ter 1º LECrim). Una vez acordada, se otorga al beneficiario de la misma un estatuto integral de protección formado por medidas penales, civiles y de prestación o asistencia social.

- LO 8/2006, de 4 de diciembre por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORRPM), en cuya Exposición de Motivos dedica una atención especial a las víctimas menores de edad y sus derechos (como el de ser informado en todo momento se haya personado o no en el proceso de las resoluciones que le interesen, etc)¹⁰.

Por otro lado, no podemos dejar de señalar la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal, de 28 de junio de 1985¹¹. Igualmente, debemos citar, por su incidencia y trascendencia, la importantísima Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001 (2001/220/ JAI), sobre el estatuto de las víctimas en el proceso penal¹².

Dicha Decisión ha sido sustituida por la posterior Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012¹³.

Igualmente, cabe mencionar la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, así como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento

¹⁰ La citada norma modificó, entre otros, los arts 448 y 707 de la LECrim (reformados recientemente por el EVD, como ya he indicado), referidos respectivamente a las declaraciones de los testigos en el sumario y en el juicio oral. Ambos preceptos indicaban que en el caso de que se trate de testigos menores de edad víctimas de abusos sexuales el Juez debía acordar las medidas necesarias para evitar la confrontación visual entre el presunto agresor y el menor, con la importante consecuencia de no resultar preceptivo el previo informe pericial para acordar dichas medidas. Estas previsiones se mantienen, como veremos, en la redacción que se da a estos preceptos en el EVD. También vid Circular FGE 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de menores víctimas y testigos.

¹¹ Las distintas Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa orientadas a preservar al menor del impacto que sobre el mismo produce el proceso penal, se recogen en el Convenio Europeo para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Este Convenio prevé la posibilidad de que la declaración del menor se lleve a cabo, en fase de instrucción, bajo la modalidad de prueba anticipada (art 35.2); así como también prevé el uso de modernas tecnologías para evitar la confrontación visual (art 36.2).

¹² Si bien a nivel nacional, tras la citada Decisión Marco se alumbraron, como vemos, normas encaminadas a proteger y asistir a las víctimas de delitos, así como a regular sus derechos, lo cierto es que el Informe de la Comisión Europea de abril de 2009 puso de manifiesto que ningún Estado miembro había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima, destacando la necesidad de un desarrollo general y efectivo sobre la materia por parte de los diferentes Estados. Esta carencia ha sido corregida por el EVD.

¹³ La Directiva 2012/29UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, ha sido objeto de trasposición en el EVD. Hay que señalar que, si bien el horizonte temporal marcado por dicha Directiva para proceder a su incorporación al derecho interno se extiende hasta el 16 de noviembre de 2015, su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico (EVD) se ha llevado antes de esa fecha, pues el EVD ha aprovechado la ocasión para proceder a la trasposición de esas otras Directivas a las que he aludido con horizonte temporal más limitado.

Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

Igualmente, hay que citar la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección¹⁴.

Así mismo, en el entorno del Consejo de Europa cabe destacar, entre otras disposiciones encaminadas a la protección de las víctimas en el marco del proceso penal:

- Recomendación Nº R (2006) 8, de 14 de junio de 2006, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre asistencia a las víctimas de delitos
- Recomendación Nº R (2005) 9, de 20 de abril de 2005, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre la protección de testigos y colaboradoras de la justicia.
- Recomendación Nº R (97) 13, de 10 de septiembre de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre la intimidación de testigos y los derechos de la defensa.
- Recomendación Nº R (87) 21, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización.
- Recomendación Nº R (85) 11, de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal.

Finalmente, cabe citar otros instrumentos emitidos por organismos internacionales, tal es el caso de la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, que parte de la necesidad de tener en cuenta la especial vulnerabilidad de las víctimas de este tipo de delincuencia y, sobre todo, la que sufren los niños.

También resulta interesante destacar el ya citado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la prostitución de los niños en la pornografía, hecho

¹⁴ Sobre el tema de la orden europea de protección, vid mi trabajo en el capítulo “La orden europea de protección, análisis de la Directiva 2011/99 del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2011”, de la obra El principio de igualdad ante el Derecho privado, publicado por Dykinson, Madrid 2013.

en Nueva York el 25 de mayo de 2000. El art 8 del Protocolo dispone que los Estados-Partes adoptarán medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el Protocolo.

Por su parte, el punto nº 14 de las “Pautas sobre Justicia en causas relativas a niños víctimas y testigos de delitos”, aprobadas por la Resolución 2005/20 del ECOSOC (Naciones Unidas), exige que la intervención de los menores en estos procedimientos se realice en un ambiente adecuado a las especiales necesidades del niño (habilidades, edad, madurez intelectual y capacidad), debiendo desarrollarse en un lenguaje que el niño utilice y comprenda. El punto nº 23 postula que deben hacerse todos los esfuerzos para evitar que el menor sea sometido a excesivas intervenciones.

Por último, volviendo a la normativa interna y tal y como ya he adelantado, la Ley 4/2015, de 27 de abril regula por primera vez de forma ordenada y sistemática el Estatuto de la Víctima del Delito. Entiendo, a modo de primera impresión, que la citada Ley 4/2015 merece, desde una perspectiva general, un juicio positivo por cuanto da, así lo he indicado, carta de naturaleza a la situación procesal de las víctimas, acomodando nuestra normativa patria a la europea¹⁵. De este modo, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, una norma dota de nombre y contenido como tal al Estatuto de la Víctima del Delito¹⁶, acabando, en gran parte, con la situación de dispersión normativa señalada. Así, se pasa a regular sistemáticamente el conjunto de derechos, medidas y mecanismos de protección que asisten a estos sujetos, destacando la gran preocupación del Legislador por preservar a las víctimas del daño añadido que a éstas les genera el inevitable contacto con las instancias judiciales a raíz de su participación en el proceso, ya sea en calidad de víctimas, ya sea atendiendo a su doble condición de víctima y parte cuando ejerce la acción penal.

¹⁵ En un trabajo más amplio sobre el EVD, en el momento presente en preparación, tendré la oportunidad de pronunciar me con mayor profundidad, y desde una perspectiva más global, sobre dicha norma.

¹⁶ Interesa señalar que el art 2 del EVD aporta, de forma novedosa, un concepto de víctima tanto directa como indirecta. Así, se entiende como víctima directa toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio (físico, psíquico, emocional, económico, etc), sea sobre su propia persona o sobre su patrimonio.

Por otro lado, tienen consideración de víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona, el cónyuge, conviviente y los hijos, progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo la guarda de la víctima y personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

Aclara el precepto que, en caso de no existir los anteriores, se considerarán víctimas indirectas a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

En este sentido, en la Exposición de Motivos del Estatuto de la Víctima del Delito se indica, como parte de su declaración de intenciones:

La finalidad de elaborar una Ley constitutiva del Estatuto jurídico de la víctima del delito es ofrecer, desde los poderes públicos, una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, y no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar y con independencia de su situación procesal.

Por ello, el presente Estatuto, en línea con la normativa europea en la materia y con las demandas que plantea nuestra sociedad, pretende, partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ello, los del conjunto de la sociedad.

Con este Estatuto, España aglutinará en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima, de un lado transponiendo las Directivas de la Unión Europea en la materia y, de otro, recogiendo la particular demanda de la sociedad española.

III.- LA DECLARACIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.

A) La capacidad para testificar del menor

Sin duda, la capacidad para ser testigo en el proceso penal español es muy amplia, pues toda persona con capacidad para percibir y dar cuenta de lo percibido, sea cual sea su edad, puede declarar en calidad de testigo ante un Juez o Tribunal. En este sentido, la STS 6 de abril de 1992, RJ 2857, indicó, de acuerdo con este criterio, que pueden ser sujetos capaces para declarar en el proceso penal los menores y no serlo algún sujeto mayor de edad (por ejemplo un invidente sobre hechos en los que la visión juega un papel esencial).

En su consecuencia, el menor que declara tras haber padecido una agresión o abuso sexual ostenta, sea o no parte en el proceso, la condición de testigo, siempre que goce de esa capacidad natural para percibir y dar cuenta de lo percibido a la que he aludido. Dicha declaración presentará el carácter de infungible, pues es fruto de una experiencia personal vivida y relatada por dicho testigo sin que sea misión de éste efectuar valoraciones sobre lo sucedido.

Ciertamente, el testigo menor víctima ostenta una posición sui generis, pues cuando la víctima en el proceso penal asume una actitud activa, ejercitando la acción penal y civil de resarcimiento, se sitúa en una forma peculiar respecto de la prueba testifical, dado que no se trata de un tercero ajeno al proceso¹⁷.

Esta "capacidad natural" encuentra su límite objetivo en el proceso civil en la edad de 14 años; así, el art 361.2 de la LEC considera inválidas las declaraciones de los menores de 14 años a no ser que a juicio del Tribunal posean el discernimiento necesario para conocer y poder declarar verazmente (al respecto, STS 1600/2000, de 20 de octubre y STS 175/2008, de 14 de mayo)¹⁸.

Sin embargo, tal limitación en el proceso penal no existe, pues en dicho proceso no se contempla un sistema de tachas de testigos ni de incapacidades, limitándose a indicar el art 417.3º de la LECrim, tras excluir a aquellos ligados por el deber de secreto, que: ".....no podrán ser obligados a declarar los que tengan algún impedimento físico o moral".

Por su parte, el art 433 de la LECrim, objeto de modificación recientemente en virtud de la DF1ª.11 del EVD, establece, en sede de instrucción, disposiciones específicas para el interrogatorio del impúber. En concreto, el texto del precepto tras la reforma reza como sigue:

“Al presentarse a declarar, los testigos entregarán al secretario la copia de la cédula de citación. Los testigos mayores de edad penal prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el Juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal.

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

¹⁷ BUJOSA VADEL, “La prueba de referencia y garantías procesales”, en la LEY, AÑO XXVIII, N° 6821, 15 de noviembre de 2007, págs 10 y 11.

¹⁸ En este punto, la jurisprudencia (SSTS. 339/2007 de 30 de abril) en la órbita civil ha contemplado la admisibilidad de la declaración de menores de edad, incluso cuando tienen una edad inferior a los 14 años, (art. 1246.3 Cc), fijándose en el hecho de esa "capacidad natural".

En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible.

El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.”¹⁹

Qué duda cabe que la referencia a los testigos mayores de edad penal es una clara alusión a los mayores de 14 años (por eso prometen o juran decir la verdad).

Así pues, como cualquier testigo, el menor mayor de 14 años debe prometer o jurar decir la verdad y cabe atribuirle responsabilidad por las consecuencias penales que se deriven de la transgresión de dicha promesa o juramento. De este modo, respecto de los testigos menores de 14 años que faltan a la verdad ninguna consecuencia punitiva generará dicha conducta; por el contrario, los menores mayores de 14 quedarán afectos, en su caso, a la LO 5/2000, LORPM²⁰.

¹⁹ Este precepto será estudiado con detalle tanto por las novedades que introduce, desde mi punto de vista, en relación a la prueba anticipada, como también por las muchas dudas y problemas que suscita a la vista de su redacción, ubicación y contenido.

²⁰ En efecto, de la lectura de dicha L.O. 5/2000, de 12 de enero se concluye que la misma fija, en relación a la aplicabilidad de la misma, un límite superior que se sitúa en los dieciocho años y un límite de edad inferior que es el de los catorce años (art 1). En definitiva, el Legislador excluye del ámbito subjetivo de la Ley a los niños e incluye a los adolescentes, aplicándoles una respuesta penal especializada sustentada por los conocimientos e información que otras ciencias no jurídicas nos reportan, tales como la psiquiatría infantil, juvenil y la evolutiva, así como la sociología y pedagogía.

De este modo, los 18 años marca la edad a partir de la cual un individuo será juzgado conforme a las normas que regulan la responsabilidad penal de los adultos (C.P.); en caso contrario, cuando la franja de edad del presunto infractor se sitúe entre los 14 y 18 años, le será de aplicación la señalada L.O.R.P.M. Por su parte, esa cota inferior de edad de 14 años determina la inimputabilidad de los sujetos por debajo de dicho margen y la sujeción de los mismos, para el caso de que realicen conductas antisociales o delictivas, a las normas sobre protección de menores previstas en el C.C. y en las demás disposiciones vigentes (art 3).

En este orden de cosas cabe señalar que la decisión política de la fijación del límite inferior de edad penal se basa en lo que la doctrina científica denomina condiciones de madurez. Ciertamente, parece existir unanimidad doctrinal en afirmar que el ser humano llega en la adolescencia a un nivel de cognición superior denominado de operaciones formales. Este cambio va tener una importancia trascendental en la vida del individuo, pues determina una nueva forma de interpretar la realidad, una nueva visión de la sociedad, etc.

Los autores coinciden en afirmar que las operaciones formales se inician entre los 11 y 12 años y se consolidan entre los 14 y 16. De acuerdo con la citada doctrina científica existente sobre la materia, las notas definitorias del llamado pensamiento formal pueden ser resumidas en las siguientes: 1º)- Lo real es concebido como un

Durante la declaración del menor es regla general que, tanto el MF como quienes ejercen la patria potestad, guarda o tutela estén presentes en el interrogatorio. Excepcionalmente, se puede acordar por resolución judicial que ello no sea así, tal sería el caso de apreciar el Juez competente presiones de los padres respecto de los hijos para influir, por ejemplo, en el sentido de la declaración de éstos (art 433.3 de la LECrim y en similar sentido art. 21 c) EVD).

Se debe precisar que a los menores les son aplicables, de igual forma que a los adultos, las exenciones y dispensas respecto de dicho deber de los arts 416, 417 y 418 de la LECrim. Ahora bien, el hacer uso de estas dispensas en el juicio oral (art 707 en relación con el art 416 de la LECrim) no puede neutralizar su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial. Así la SSTs 31/2009, de 27 de enero y 129/2008, de 10 de febrero, entre otras, señalan en idénticos términos:

"No haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior en cuanto mecanismo de solución de un conflicto entre deberes que bien puede subsistir y plantearse de nuevo en otra declaración, ni entraña renuncia a optar por la abstención de declarar como testigo en el juicio Oral, entre otras razones porque la distinta naturaleza que corresponde a la declaración sumarial, que no tiene carácter de actividad probatoria, y la que es

subconjunto de lo posible. Así, en fases anteriores el niño sólo es capaz de pensar en elementos concretos que tiene delante de sí, pudiendo, como máximo, concebir situaciones posibles adicionales, pero que son, en todo caso, una prolongación de lo real y pasando, normalmente, por una serie de tanteos empíricos. Por el contrario, cuando se adquiere el pensamiento formal el sujeto es capaz de resolver un problema invocando todas las soluciones causales posibles entre sus elementos, y posteriormente a través de la experimentación verificará tales situaciones.^{2º}- Con el pensamiento formal el sujeto aborda todas las posibilidades de un hecho mediante el instrumento intelectual conocido como hipótesis. ^{3º}- El pensamiento formal presenta un carácter preposicional, esto es, el sujeto expresa las hipótesis mediante afirmaciones o enunciados que las representan, pero no sólo las expresa y razona de forma deductiva, sino que además las somete a un análisis lógico, utilizando, por ejemplo, la disyunción, la implicación, la exclusión y otras operaciones lógicas. Por tanto, mientras que en operaciones concretas el sujeto sólo manipula operaciones directas (de primer grado) en operaciones formales, es capaz de convertir esas operaciones en proposiciones y operar sobre ellas. Así pues, como hemos advertido, la opción de la L.O., al objeto de fijar los tramos de edad apuntados a los efectos de determinar el sujeto pasivo de la misma, conjuga los anteriores aspectos en los que se basa la evolución psicosocial del menor.

Gracias a este desarrollo cognitivo, que posibilita posicionarse en la perspectiva de otros, y a la experiencia derivada de interacciones sociales recíprocas en condiciones de mutua igualdad y respeto, el niño es capaz de pasar de una moral heterónoma, impuesta por la presión de los adultos, a una moral autónoma, donde las normas emergen de las citadas relaciones de cooperación y reciprocidad. Sobre el tema vid MARCHESI, CARRETERO Y PALACIOS, *Psicología evolutiva*, Madrid 1985, págs 342 ss. PIAGET, «La evolución intelectual entre la adolescencia y la edad adulta», en *Lecturas de psicología del niño*, vol II, Madrid 1978; del mismo autor, *El juicio y el razonamiento del niño*, Buenos Aires 1972; MARCHESI, CARRETERO Y PALACIOS, ob cit; COLEMAN, J.C., *Psicología del adolescente*, Madrid 1985; ROCHEBLAVE-SPENLE, *El adolescente y su mundo*, Madrid 1978.

propia de la testifical en Juicio Oral, que es verdadera prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, pone de relieve la posibilidad de usar de diferente manera la dispensa de declarar en testimonios de tan distintas consecuencias, que es lo que está presente en el fundamento de esa dispensa, concedida en función de las posibilidades de perjudicar con la declaración los intereses del pariente procesado o acusado. Por tanto admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra el acusado en el Juicio Oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial incriminatoria. Es cierto que la dispensa ejercitada en el Juicio Oral no elimina ni la realidad de la declaración sumarial ni su validez; pero también es verdad que precisamente su validez y eficacia originaria como mera diligencia sumarial sin valor probatorio es la que la dispensa luego ejercitada en el Juicio Oral no modifica. Lo que sí impide es que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. Hacer esa conversión es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa".

Como indican con acierto las señaladas sentencias, tampoco es legítimo en estos casos la incorporación de la declaración testifical prestada en el sumario, a la actividad probatoria del juicio oral, por la vía del art. 730 de la LECrim, pues dicho precepto no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción. En efecto, su presupuesto de aplicación es la irreproducibilidad en el juicio oral de la diligencia en cuestión, ya sea por razones que afectan a la propia naturaleza de la diligencia que hacen que se "consume" en el acto (por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario) o sea por causas de imposibilidad de práctica en el juicio oral²¹.

En este segundo supuesto, que incluye los casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o imposibilitados sobrevenidamente, es necesario que resulte imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Por tanto, el art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no

²¹ Esta afirmación se hace a reserva de lo que diré del señalado art 730 de la LECrim, en relación al papel que el mismo juego respecto a los requisitos de la prueba anticipada y a la flexibilización de los mismos acontecida en lo relativo al concepto de imposibilidad material, en relación a la equiparación, en determinados supuestos, de este tipo de imposibilidad y la llamada imposibilidad legal.

Dicho precepto permite, como sabemos, que se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el juicio oral.

También hay que advertir que el EVD, en su DF 1ª 21, introduce una segunda parte en el señalado art 730 en relación a la prueba anticipada; novedad ésta a la que me referiré ampliamente.

puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el juicio oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley, estando el testigo presente en las sesiones del juicio oral. De este modo, calificar tal circunstancia de "imposibilidad jurídica" para justificar la aplicación del art 730 desvirtúa el precepto, contradice su fundamento y desnaturaliza su condición de excepción.

En su consecuencia, no debe permitirse la lectura de las declaraciones sumariales del testigo que en juicio oral hace uso de su derecho a no declarar.

Igualmente, entiende el TS que tampoco resulta legítima la incorporación de la diligencia sumarial con base al art. 714 de la LECrim por mor del cual se permita la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el juicio oral. El citado precepto se justifica en la medida en que se pretende medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del juicio oral a través de la declaración del testigo en ese momento procesal (juicio oral), teniendo como presupuesto que la contradicción se produzca. Ciertamente, no nos hallamos en este supuesto en el caso, por ejemplo, del testigo pariente, pues, cuando es dispensado de declarar, no se produce ninguna contradicción dado que ni afirma ni niega nada en relación a lo declarado en el sumario.

B) La declaración del menor como prueba de cargo; el problema de la credibilidad de la declaración del menor. La importancia y valoración del dictamen pericial.

Tanto el TS como el TC han admitido que la declaración del menor, si éste tiene capacidad para percibir y dar cuenta de lo percibido, puede desvirtuar la presunción de inocencia²².

Ello sin embargo, como señaló en su FJ 12 la STS de 22 de abril de 1999 (RJ 4866/1999), tal conclusión no debe conducir en los procesos por abusos o agresiones sexuales a menores, debido a la presión social lógica derivada de estos actos abominables, a que se invierta el principio constitucional de presunción de inocencia, afirmándose "a limine" la culpabilidad del acusado en tanto no resulte acreditado lo contrario. Así, es precisamente en este tipo de procesos en los que, como he dicho, se observa tanta presión mediática y social en los que la actuación del Tribunal debe ser si cabe más exquisita en relación a la preservación de los

²² Sobre la idoneidad de la declaración de un menor para configurar prueba de cargo, vid, entre otras, SSTS 317/2008; 470/2003; 104/2002, 862/2000, 434/1999, 486/1999.

derechos constitucionales del acusado, al margen de la naturaleza del delito por execrable que éste sea (en igual sentido, recientemente SSTS 381/2014, de 21 de mayo; 95/2014, de 20 de febrero y 3917/2014, de 14 de octubre).

Salvado este "peligro" sobre el que nos alerta el Alto Tribunal, nada impide que la declaración del menor adquiera carácter de prueba cuando la misma sea practicada en el acto del juicio bajo las exigencias de contradicción, oralidad, publicidad e inmediatez²³, no pudiendo ser sustituida por el correspondiente informe pericial.

Qué duda cabe que tal declaración adquiere mayor importancia en los delitos "clandestinos", tal es el caso de los delitos de abusos y agresiones sexuales. En efecto, este tipo de ilícitos penales se caracterizan, especialmente, por cometerse fuera de las "miradas" de posibles testigos por lo que la declaración de la víctima se convierte, en no pocas ocasiones, en la única prueba de cargo existente para destruir la presunción de inocencia²⁴. Si a ello le unimos el que dicha declaración es prestada por un sujeto menor, en muchos casos de corta edad, la dificultad para conseguir la averiguación de la verdad, sin duda, se incrementa.

En este contexto, serán de gran ayuda e importancia las declaraciones de testigos de referencia y/o la construcción anticipada de la prueba en relación a la declaración del menor, periciales sobre la credibilidad del testimonio, etc; aspectos, todos éstos, que iremos analizando con detalle a lo largo de este trabajo.

Ha sido una constante histórica el cuestionar la credibilidad del testimonio de los menores²⁵, aduciendo argumentos tales como: su especial vulnerabilidad a la sugestión, su capacidad innata

²³ Esta afirmación debe ser matizada a reserva de lo que diré en relación a los supuestos del art 730 de la LECrim sobre imposibilidad sobrevenida, y ahora con la nueva redacción también previsible, y prueba anticipada "ex" art 448 de la LECrim.

²⁴ Como he indicado "supra", en este tipo de delitos no existen unos estándares de prueba menos exigentes, pues el derecho a la presunción de inocencia presenta un carácter absoluto sin que quepan atenuaciones, la jurisprudencia es clara; así, las SSTS 597/2008, de 1 de octubre, 409/2004, de 24 de marzo, 104/2002, de 29 de enero; y 2035/2002, de 4 de diciembre, advierten: "...nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y el inculpado, so pena de propiciar situaciones de incontestable impunidad".

²⁵ A pesar de las oscilaciones históricas a las que he hecho referencia, lo cierto es que hoy por hoy la jurisprudencia tiende a atribuir credibilidad al testimonio del menor, si bien tiene en consideración varios factores tales como contradicciones, edad y, especialmente, como veremos más adelante, los informes periciales.

Al respecto, vid, entre otras, SSTS 19 de noviembre de 1990 (RA 7345), de 5 de diciembre de 1994 (RA10068), de 13 de abril 1998 (RA 4018) y 29 de octubre (RA7670), 715/2003 de 16 de mayo; 224/2005 de 24 de febrero; 1313/2005 de 9 de noviembre; 1031/2006, de 31 de octubre; 175/2008, de 14 de mayo.

de fantasear, su posible falta de capacidad para distinguir entre lo real y lo ficticio, tendencia a mentir cuando son manipulados por un adulto, etc. La situación descrita ha sido calificada por los expertos como "prejuicio carente de fundamento empírico"²⁶.

Lo cierto es que tales creencias han sido utilizadas en numerosas ocasiones por las defensas para cuestionar la credibilidad de los menores en el seno proceso, causándoles por ello un daño y un padecimiento emocional añadido, es decir, incrementándose el grado de la tan temida victimización secundaria de estos sujetos.

Por el contrario, en la actualidad los expertos de la Psicología del Testimonio²⁷ concluyen, a través de sus investigaciones, que no hay razones para afirmar que los niños tengan una menor capacidad para distinguir entre acontecimientos reales o ficticios. De igual modo, los mencionados expertos concluyen que los niños no son más sugestionables que los adultos, así, se ha observado que, ante hechos traumáticos vividos por los menores, éstos son más propensos a negarlos que a hacer afirmaciones sobre hechos que no han ocurrido.

El punto de partida de este análisis sobre la declaración del menor arranca de la premisa consistente en que las declaraciones basadas en hechos reales (auto experimentados) son cualitativamente diferentes de las declaraciones que no se basan en la realidad y son mero producto de la fantasía. Los criterios de realidad reflejan los aspectos en los que difieren específicamente los testimonios reales de los falsos²⁸.

²⁶ GIMENO CUBERO, "Creencias erróneas sobre los testigos y testimonios: sus repercusiones en la práctica legal" en Delitos contra la libertad sexual, Iuris, núm. 59, págs 56 ss, citado por FÁBREGA RUIZ, "Problemática de la declaración testifical en los menores en los procesos penales", LA LEY AÑOXXVI. Número 6289, 6 de julio 2005, nota 3.

²⁷ Como señalan JOSÉ JOAQUÍN MIRA, MARGARITA DIGES, "Psicología del testimonio: concepto, áreas de investigación y aplicabilidad de sus resultados", en Papeles del Psicólogo, febrero, nº 48, 1991, por Psicología del Testimonio entendemos el conjunto de conocimientos que, basados en los resultados de las investigaciones de los campos de la Psicología Experimental y la Psicología Social, intentan determinar la calidad (exactitud y credibilidad) de los testimonios que sobre los delitos, accidentes o sucesos cotidianos, prestan los testigos presenciales.

²⁸ El procedimiento para valorar la credibilidad del testimonio de los menores se basa en dos tipos de datos igualmente importantes. Los primeros se obtienen de la declaración del niño obtenida por el encargado de evaluar la credibilidad de su testimonio. Esta declaración debe ser lo suficientemente extensa como para permitir el análisis, pero, como veremos, debe realizarse de forma narrativa libre, sin preguntas ni interrupciones. El segundo bloque de datos se obtienen de las declaraciones previas realizadas por el menor ante las distintas instancias legales.

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

Como indican, Manzanero, A.L. y MUÑOZ, J.M. (2011), La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales. Madrid: SEPIN, los procedimientos de análisis de la credibilidad de las declaraciones de menores posibles víctimas de agresiones sexuales fueron esbozados por primera vez por Arntzen

(1970), en Alemania, y Trankell (1972), en Suecia. Más tarde, fueron revisados y ampliados por Undeutsch (1982), Steller y Koehnken (1989). Undeutsch ha sido considerado el padre de estos procedimientos (fue el primero en publicarlos en inglés en Undeutsch, en 1982), procediendo a su difusión en el congreso internacional sobre credibilidad, auspiciado por la OTAN y celebrado en Italia en 1988. En castellano se darían a conocer unos pocos años después (Manzanero y Diges, 1992, 1993; Manzanero, 1996, 2001) y desde entonces se han realizado exhaustivos trabajos sobre su validez.

Tal y como he indicado, será Undeutsch quien a partir de los criterios de Trankel y de su experiencia en el campo de la evaluación de declaraciones de niños víctimas de abusos sexuales, desarrolló el primero de los distintos procedimientos de análisis de la credibilidad de que se dispone en la actualidad: el Análisis de la Realidad de las Declaraciones (SRA) (Undeutsch, 1967). Undeutsch agrupó los criterios de análisis en dos grandes categorías según se refieran a la declaración considerada aisladamente, o a la secuencia de las declaraciones que el niño ha realizado en los diferentes momentos de la investigación. En cada caso, la presencia de un criterio en la declaración favorece su credibilidad (salvo en el caso de los criterios negativos) a la vez que su ausencia no la hace disminuir. En total, Undeutsch lista 16 criterios: 14 a buscar en la declaración que hemos obtenido del menor con las garantías ya comentadas y 2 que consideran esta declaración en relación con las previamente realizadas por el menor a lo largo del proceso.

En cuanto a los criterios referidos a la declaración del menor en el contexto de las anteriores declaraciones, señalar que su presencia restaría credibilidad (por ejemplo falta de consistencia con declaraciones anteriores, cambios en la declaración, etc) siempre que fueran referidas a puntos clave de la descripción fáctica.

Respecto a los criterios en relación a las declaraciones aisladas del menor, se agrupan a su vez en tres grandes subcategorías: criterios fundamentales (e.j.: concreción, riqueza de detalles, etc), manifestaciones especiales de estos criterios (e.j.: detalles que exceden la capacidad del niño, por ejemplo, complicaciones inesperadas), y criterios negativos o de control (e.j.: falta de consistencia con las leyes de la naturaleza). Sólo éstos últimos afectarían negativamente con su presencia a la credibilidad de la declaración. Por su parte, los criterios a considerar en la declaración analizada en el contexto de las declaraciones previas se centran en el grado de falta de persistencia.

Además de la mera presencia/ausencia de cada uno de estos criterios, Undeutsch señala que la evaluación final de la declaración del niño debe considerar los siguientes factores: a) la intensidad con que ha sido pronunciado cada uno de los criterios; b) el número de detalles que aparecen en la declaración; c) la capacidad de la persona que declara y las características del suceso.

Una vez valorados estos factores, la declaración se evaluará como: creíble, probablemente creíble, indeterminada, probablemente increíble o increíble.

El procedimiento originalmente diseñado por Undeutsch ha dado lugar a nuevos métodos semi-estructurados de análisis de la credibilidad de las declaraciones como el denominado: "Criterios de contenido para el análisis de las declaraciones" (CBCA) (Steller y Köhnken, 1990).

El CBCA añade tres criterios a los considerados por Undeutsch en la SRA y los reorganiza en cinco bloques en función de que sus contenidos hagan referencia a características generales del suceso (e.j.: estructura lógica), sean contenidos específicos (e.j.: complicaciones inesperadas), se refieran a peculiaridades de contenido (e.j.: asociaciones externas), sean contenidos relacionados con la motivación (e.g.: culpabilidad) o se refieran a elementos específicos de la ofensa.

Tras la consideración de estos criterios, Steller y Köhnken (1990) recomendaron, como una fuente de información adicional, aplicar una check-list de validez de la declaración (SVA) que considera 11 nuevos factores agrupados en cuatro categorías según se refieran a características psicológicas del niño (ej susceptibilidad a la sugestión), características de la entrevista (ej adecuación general), la motivación del niño (ej contexto donde se produce la primera declaración) o a cuestiones relacionadas con la investigación (ej consistencia). Así cabe distinguir:

A) Características generales: 1ª) estructura lógica; 2ª) producción inestructurada; 3ª) cantidad de detalles.
B) Contenidos específicos: 1ª) incardinación en contexto (engranaje contextual); 2ª) descripción de interacciones; 3ª) reproducción de conversaciones; 4ª) complicaciones inesperadas.

C) Peculiaridades del contenido: 1ª) detalles inusuales; 2ª) detalles superfluos; 3ª) detalles exactos mal interpretados o incomprensión de detalles relatados con precisión; 4ª) asociaciones externas relacionadas; 5ª) referencias al estado mental subjetivo del menor; 6ª) atribuciones al estado mental del agresor.

D) Contenido relacionado con motivación: 1ª) correcciones espontáneas; 2ª) admisión de falta de memoria; 3ª) dudas sobre el propio testimonio; 4ª) autodesaprobación; 5ª) perdón al acusado.

E) Elementos específicos de la ofensa: detalles característicos.

Por lo que respecta al S.V.A. es un instrumento para valorar la validez de la declaración en el contexto de la entrevista, así como el grado de adecuación de la misma (actitud del menor y aspectos de la exploración). Por lo tanto, incluye la evaluación del análisis de la declaración basado en criterios (CBCA que se destina, como sabemos, a determinar si el testimonio del menor es técnicamente creíble), cuyos resultados deben ser integrados en esta agrupación. Consta de 11 criterios repartidos en cuatro categorías:

A) Características psicológicas: 1ª) adecuación de lenguaje y conocimiento; 2ª) adecuación del afecto; 3ª) sugestibilidad o susceptibilidad a la sugestión.

B) Características psicológicas: 1ª) preguntas sugestivas, directivas o coactivas; 2ª) adecuación global de la entrevista.

C) Motivación para informar en falso: 1ª) motivos para informar; 2ª) contexto de la revelación o del informe original; 3ª) presiones para informar en falso.

D) Cuestiones de la investigación: 1ª) consistencia con las leyes de la naturaleza; 2ª) consistencia con otras declaraciones; 3ª) consistencia con otras evidencias.

En el momento actual, la técnica más utilizada en el contexto forense español para valorar la credibilidad del testimonio de menores presuntas víctimas de abuso sexual infantil es el Sistema de Análisis de la Validez de las declaraciones (Statement Validity Assessment; Steller y Köhnken, 1989; Raskin y Esplín, 1991). Esta técnica se compone de tres elementos principales: una entrevista al menor dirigida a obtener un testimonio lo más extenso y preciso posible; análisis del relato del niño bajo los criterios de realidad (CBCA); y aplicación de la Lista de Validez que pondera factores externos al relato

En igual sentido, JIMÉNEZ CORTÉS Y MARTÓN ALONSO, "Valoración del testimonio de abuso sexual infantil (ASI)", en Cuadernos Médico- Forense, 12 (43-44), Enero-Abril 2006, págs 100 y 101, al indicar que la C.B.C.A. (evaluación de la credibilidad del relato) y la S.V.A. (evaluación de la validez de la declaración) son las técnicas actualmente más utilizadas.

Para obtener una valoración global del testimonio en ASI (Abuso Sexual Infantil) todos los datos obtenidos deben ser puestos en relación, integrando los derivados del análisis de la declaración con los derivados del análisis de la validez de la entrevista, datos que además deberán ser contrastados.

Se ha puesto de manifiesto por MANZANERO, A.L. y MUÑOZ, J.M. (2011). (cf. La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales), la importancia de que se cuente con profesionales especializados en Psicología del Testimonio, pues de lo contrario: "... los errores de discriminación de los procedimientos de análisis de credibilidad basados en el contenido de la declaración, además, podrían incrementarse en la medida en que los profesionales que los aplican no tengan la especialización necesaria. Para la aplicación de estos procedimientos se requiere de amplios conocimientos sobre los procesos perceptivos y de memoria, tanto desde el punto de vista de la psicología cognitiva como desde los factores que afectan a la memoria de los testigos. Además, es necesario el trabajo experimental en el área ya que el conocimiento de la metodología experimental es lo que nos permitirá tanto analizar los datos de las investigaciones al respecto como el dominar la formulación y falsación de hipótesis, metodología experimental empleada por estas técnicas. De otra forma, tratar de aplicar los criterios como si de una regla se tratara, sin considerar los factores que concurren en el caso concreto objeto de examen, aumentará la subjetividad de la valoración".

En este sentido, MANZANERO Y MUÑOZ indican que no estamos ante pruebas estandarizadas en el sentido psicométrico del término (uniformidad en el proceso de aplicación, corrección e interpretación y utilización de puntuaciones baremadas para interpretar los resultados). No existe una regla de decisión respecto a considerar cuántos criterios determinan que una declaración sea calificada como creíble o no creíble. Es decir, no se puede establecer una relación entre cantidad de criterios y credibilidad. Y tampoco existe una regla que precise el peso que

A ello hay que añadir algo muy importante, a mi juicio, los niños no pueden fabular sobre hechos que no se encuentran en su campo vital como son las relaciones sexuales, por lo que si un niño de 5 años describe con detalle lo que acontece en una felación difícilmente cabe entender que pueda haber inventado ese lamentable episodio.

Sí es cierto que tienen una menor memoria y que sus descripciones serán más concisas y breves pero, sin duda cabe afirmar que son "cognitivamente competentes" para dar cuenta de lo vivido y distinguir entre realidad y fantasía. Como ya he indicado los menores, respecto a lo que han vivido, demuestran una gran capacidad para mantener su versión de los hechos frente a versiones alternativas o preguntas sugerentes.

Por otro lado, desde una perspectiva jurídica la jurisprudencia es pacífica y considera que la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, si bien esa misma jurisprudencia concluye, con todo, que es necesario que el tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos en la señalada declaración, pues los mismo son muestra de un umbral mínimo (con ciertos matices) de credibilidad²⁹.

En efecto, de no superarse ese umbral mínimo sustentado por los tres requisitos que formulan a continuación, se procedería a su desestimación; por el contrario, de superarlo se pasaría a un segundo momento de valoración de la declaración en confrontación con otros datos obrantes en el proceso³⁰.

cada criterio debe recibir. En definitiva, la responsabilidad última de la valoración de la credibilidad del testimonio, desde el punto de vista técnico, recae en la formación y experiencia del perito.

²⁹ Digo con matices porque el propio TS ha afirmado, siguiendo la línea marcada por las sentencias de 30 de junio de 2.005 y la de 13 de septiembre de 2.007, que no pueden establecerse en esta cuestión criterios apriorísticos. En este sentido, la primera de las sentencias señaladas recuerda que la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS no ha establecido la necesidad de cumplir unos requisitos rígidos para que la declaración de la víctima pueda ser valorada como prueba de cargo suficiente; de manera que, si se demuestra su concurrencia, haya de concluirse necesariamente que existe prueba y, si no se aprecian, también necesariamente hubiera de afirmarse que tal prueba no existe. Simplemente, se han señalado pautas de valoración, criterios orientativos, que permiten al Tribunal expresar a lo largo de su razonamiento sobre la prueba aspectos de su valoración que pueden ser controlados en vía de recurso desde puntos de vista objetivos.

Ahora bien, el Tribunal Supremo ha declarado que cuando la carencia es aplicable a los tres requisitos, ello determina un vacío probatorio o ausencia de prueba, en el cual la condena, violaría el derecho constitucional a la presunción de inocencia

³⁰ Entre otras: SSTs 379/1997, de 23 de marzo; 732/1997, de 19 de mayo; 434/1999, 486/1999; 487/2000; 862/2000; 104/2002; 470/2003; 173/2004, de 12 de febrero; 409/2004, de 24 de marzo; 108/2005, de 31 de enero; 1058/2005, de 28 de septiembre; 667/2006; 1295/2006; 278/2007; 303/2007; 1331/2009, de 15 de diciembre; así como SSTC,

En este sentido, cabe referirse como requisitos de la declaración del menor, a los efectos de alcanzar ese mínimo exigible:

1º) Ausencia de incredulidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento (cuyo origen no resida en la misma agresión), enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Por ello, habrá que proceder a realizar un análisis circunstanciado de las relaciones anteriores entre acusado y víctima a los efectos de constatar la existencia de las señaladas motivaciones, pues, de existir, ello condicionaría la credibilidad del testimonio del ofendido. En definitiva, se trataría de comprobar la posible influencia de tales móviles sobre el ánimo de la víctima que la llevarán a denunciar en falso³¹.

Se debe matizar que la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, deber operar como llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de las declaraciones de la víctima, no pudiéndose descartar aquéllas que, aun teniendo esas características, gocen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

2º) Verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, en definitiva, es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho. En este sentido, las SSTS 1102/2009, de 5 de noviembre y 1033/2009, de 20 de octubre se refieren a la necesidad relativa a la concurrencia de algún dato: "...ajeno y externo a la persona del declarante y a sus manifestaciones; que, sin necesidad de constituir por sí mismo prueba

44/1989, de 20 de febrero, 201/1989; 160/1990; 229/1991.

³¹ Este peligro lo encontramos, principalmente en los procesos de separación y divorcio. En estos casos, a fin de valorar esta credibilidad, el móvil de resentimiento, enemistad o interés anterior a los hechos hay que buscarlo no ya en el propio menor sino en el entorno familiar que puede influir sobre su testimonio. En los casos de separaciones matrimoniales conflictivas en las que existe litigio sobre la custodia o/y el ejercicio del derecho de visita, la experiencia judicial lamentablemente acredita que no son excepcionales las denuncias por supuestos malos tratos o abusos que no responden a la realidad y tienen como finalidad influir sobre la decisión de custodia. Por ello, estas situaciones deben examinarse con suma atención y cuidado para evitar una posible condena injustificada de quien no tiene medio alguno de demostrar su inocencia enfrentado como única prueba acusatoria a las manifestaciones cambiantes de un niño de temprana edad que puede estar influenciado por su entorno familiar. (vid. SSTS nº 430/1999, de 23 de marzo, nº 990/1995, de 11 de octubre y nº 331/1996, de 11 de abril).

En esta línea, la STS nº 1582/2002, de 30 de septiembre recomienda extremar las cautelas:

"...si la declaración de la víctima es la única prueba de la existencia misma del delito y si se produce en el marco de una ruptura sentimental entre los progenitores, pues no puede descartarse la utilización fraudulenta de los menores para otros fines distintos de su protección".

bastante para la condena, sirva al menos de ratificación objetiva a la versión de quien se presenta como víctima de un delito"³².

En este contexto cobran especial protagonismo los informes periciales que instruirán al Tribunal sobre las posibles inclinaciones del menor a fabular, la madurez y credibilidad del testimonio del mismo, su sugestionabilidad etc; así como las declaraciones de los testigos de referencia (familiares, profesores, etc), pues completan la declaración del menor víctima³³.

3º) Persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

³² La importancia de las corroboraciones periféricas respecto al refuerzo de la credibilidad del testimonio de la víctima se pone de manifiesto, entre otras, en la sentencia del TS 140/2004, de 9 de febrero, al señalar: "...la declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992, 11 de octubre de 1995, 17 de abril y 13 de mayo de 1996 y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en los delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim)... puesto que, como señala la Sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de circunstancias concurrentes en el hecho. ..."

³³ Ciertamente es que, con carácter general, los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 de la LECr (si bien queda prohibida su utilización en las causas por injurias y calumnias vertidas de palabra, art 813 LECrim), tienen una limitada eficacia probatoria en relación al hecho delictivo. En efecto, no es posible pasar directamente de lo declarado por el testigo de referencia, aun siendo cierto, a entender acreditada la existencia de los hechos relatados por el testigo directo al testigo de referencia. Si admitiéramos sin excepción tal posibilidad, otorgaríamos al testimonio de referencia un valor probatorio privilegiado al margen de las exigencias de inmediación y de contradicción necesarias para todo acto de prueba (SSTC 97/1999, 79/1994, 35/1995, 7/1999, 155/2002, 146/2003)

Ahora bien, la jurisprudencia conviene que los principios procesales, a veces plasmados en derechos constitucionales con rango de derecho fundamental, no pueden ser considerados absolutos. Caben, pues, restricciones y limitaciones de los mismos, con base a criterios de necesidad y proporcionalidad, en aras a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo. Así, siendo el criterio general que cualquier sentencia de condena debe tener como fundamento una convicción de la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable, siendo característica esencial de la misma el haber sido formada a través de la correspondiente actividad probatoria realizada con todas las garantías (entre otras muchas STC 164/2007), no es menos cierto que en este contexto los llamados testimonios de referencia resultan aceptables en determinadas circunstancias. En este sentido, su ámbito de actuación es doble:

- en primer lugar, servirán, tras su debida valoración, para corroborar periféricamente la declaración de la víctima; por ejemplo las declaraciones testificales de los padres, profesores, amigos, policía, etc, respecto del menor víctima;
- en segundo lugar, servirán, tras la mencionada valoración, para sustituir la declaración de la víctima en los supuestos de imposibilidad de comparecencia del testigo directo a la llamada al juicio oral, tal sería el caso de testigos fallecidos, de menores víctimas de escasa edad o altamente traumatizados (entre otras muchas, vid, SSTC 217/1989, 131/1997, 209/2001, 263/2005, 324/2005, STS 13/2009.)

Como señala la STS 18 de junio de 1998 en su FJ 1º (RJ 5590/1998), se trata de una persistencia material de la incriminación, consistente no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial en las diversas declaraciones.

Por tanto, será el Juez competente el que, en contacto directo con la declaración del menor, “pase” por ese especial tamiz, construido sobre la base de las tres exigencias señaladas, la citada declaración a los efectos de valorar libremente la certeza positiva o negativa de los hechos narrados por aquél³⁴. En esta crucial tarea y enlazando con el requisito de la verosimilitud, se encuentra, como he señalado en líneas anteriores, otro de los medios de prueba de los que dispone el juzgador para conformar su convicción, a saber, el dictamen pericial sobre la credibilidad del testimonio.

El psicólogo con la formación adecuada para afrontar el estudio sobre credibilidad del testimonio es el psicólogo forense experimentado. En efecto, este profesional ha profundizado y experimentado en los procesos psicológicos tales como la percepción, memoria, pensamiento, lenguaje, etc. Esta cualidad los diferencia de otro tipo de psicólogos que actúan también en el ámbito forense como el psicólogo clínico o el evolutivo. Además, el psicólogo no debe ser o haber sido terapeuta del menor, pues la relación terapeuta-paciente podría contaminar a la que debe establecerse entre perito forense y víctima, dado que son de distinta naturaleza.

La necesidad de practicar periciales de credibilidad de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual ha tenido como consecuencia, tal y como he venido indicando, que los psicólogos que trabajan en el campo de la Psicología del Testimonio vertebren su trabajo en dos pilares fundamentales, a saber: determinación de un listado de criterios que permitan realizar el análisis de la credibilidad y dominio de los procedimientos de entrevistas a menores que deban declarar en cuanto víctimas de delito sexual.

³⁴ En la valoración de la credibilidad del testimonio de la víctima no debe jugar a favor la circunstancia de que la misma haya renunciado o no a las indemnizaciones civiles que le pudieran corresponder. En este sentido, la sentencia, 404/2005 de 25 de marzo de 2005, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sostiene que el hecho de no solicitar indemnización civil no puede nunca conducir, sin más, a dotar de credibilidad a la declaración de la víctima, pues pueden existir otros motivos, distintos a los económicos, que impulsen a una persona a presentar una denuncia. El Alto Tribunal concluye que no se puede colegir, del hecho de que la víctima solicite indemnización, que su declaración goce de menor credibilidad por tal circunstancia frente a aquéllas que renuncian al ejercicio de la acción civil de resarcimiento y así señala que: “...este no es un elemento de credibilidad que refuerce, la declaración de la víctima, de modo que no puede valorarse como tal”.

Así pues, la nada sencilla labor del psicólogo a la hora de valorar la credibilidad del testimonio del menor comienza con la preparación de la entrevista. Esta tarea exige un estudio cuidadoso y detallado de todas y cada una de las páginas del sumario del caso³⁵.

Tras ser analizadas todas las declaraciones formuladas por el niño y los restantes testigos, incluyendo la del presunto agresor, se puede proceder a realizar la entrevista. Una vez llevado a cabo el trabajo del psicólogo experto en Psicología del Testimonio procede por parte de éste la emisión del dictamen correspondiente.

Cuestión de capital importancia es determinar el valor, a los efectos del proceso, que se le debe atribuir a este dictamen pericial. En este sentido, la Sala 2ª del TS (SSTS. 715/2003, 224/2005, 1313/2005, 1031/2006, 175/2008, 721/2010 de 15.7 y 969/2009) ha indicado de forma reiterada que un dictamen pericial psicológico sobre un testimonio no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical, pero puede constituir un valioso complemento de la valoración que en los hechos haga el órgano jurisdiccional. Ahora bien, el juicio del psicólogo nunca podrá sustituir al del Juez, aunque sí podrá ayudar a formar su convicción.

En efecto, el peritaje sobre credibilidad de la declaración de la víctima establece, al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esta ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Sin embargo, estos informes no pueden manifestarse sobre si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Así, la fijación sobre la existencia de los hechos es función del Tribunal el cual, a través de su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación, determinará la existencia positiva o negativa de aquéllos.

Por todo ello, la prueba pericial psicológica se revela como un mecanismo probatorio de indiscutible valor para apreciar el testimonio de un menor víctima de un delito de naturaleza sexual.

En este sentido, el peritaje sobre la credibilidad de la declaración de un menor, al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por la ciencia de la Psicología del testimonio,

³⁵ ALONSO QUECUTY, Papeles del psicólogo, cit; QUEREJETA, "La validez y credibilidad del testimonio. La psicología forense experimental, en Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián", Nº 13, 1999, págs. 158 ss.

puede ayudar al Tribunal a establecer si existen o no elementos que permitan dudar de la fiabilidad de lo relatado por dicho menor³⁶.

En su consecuencia, si bien la pericial psicológica se revela como una herramienta de gran ayuda para el Juez, es responsabilidad del juzgador el efectuar el análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de lo declarado por los testigos contando con los asesoramientos que estime necesarios.

Son muchas las sentencias que abonan esta afirmación, entre otras SSTS 1102/2009, de 5 de noviembre y 42/2010 de 27 de enero, señalando con acierto esta última:

"La credibilidad del testimonio de la víctima nunca puede dejarse única y exclusivamente a la valoración del perito....Como ya hemos recordado en ocasiones precedentes (Cfr. STS de 23-6-2009, nº 488/2009), incluso tratándose de supuestos en los que esa pericia psicológica ha llegado a practicarse, conviene no perder de vista que el fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos (art. 456 LECr). Appreciar significa precisamente ponderar el valor de las cosas. Se tendería a subvertir la naturaleza procesal de la prueba pericial, atribuyendo a ésta un alcance prácticamente definitivo.

El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional, pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria (...). Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de pseudoponente con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial. Lo que los peritos denominan conclusión psicológica de certeza, en modo alguno puede aspirar a desplazar la capacidad jurisdiccional para decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado (Cfr. STS 485/2007, 28 de mayo)".

A los efectos de nuestro estudio, resulta procedente traer a colación la STS 707/2007, de 19 de julio, dictada al hilo de la resolución de un recurso de casación por supuesto error en la

³⁶ Así, reiterada jurisprudencia ha destacado el valor de la prueba pericial psicológica (siempre que sea llevada a cabo por perito imparcial y cualificado que aplique métodos de reconocido prestigio en su círculo profesional), sometida a contradicción procesal, revelándose como una herramienta de indiscutible valor para apreciar el testimonio de menores víctimas de un delito de naturaleza sexual (SSTS nº 715/2003 de 16 de mayo, 224/2005 de 24 de febrero, 1313/2005 de 9 de noviembre, 1031/2006, de 31 de octubre, 175/2008, de 14 de mayo).

valoración de la prueba, respecto a unos informes periciales presentados ante la AP de Alicante en un proceso por agresión sexual.

En la señalada sentencia se sostiene por el TS lo acertado de la actuación de la AP al destacar con claridad los "fallos" que hacían cuestionables los citados informes, pudiendo ser resumidos en los siguientes:

- las entrevistas fueron semiestructuradas y no abiertas lo que se tradujo en que el menor no pudo relatar los hechos con libertad³⁷;
- igualmente, se apreció inducción del perito a las respuestas a través de amenazas veladas al menor y cuando éste confesaba lo deseado se le premiaba;
- se incluyeron datos en las preguntas no mencionados por la menor;
- se detectó parcialidad de la psicóloga al adherirse a las tesis de la madre sin plantear alternativas, etc.

Ante la cuestionabilidad del informe pericial emitido, la AP de Alicante valoró en la sentencia que emitió otros elementos como: la declaración del acusado, declaración de la pediatra que no observó signos de abusos como sostenía la madre, la coincidencia en el tiempo de la denuncia y la demanda de divorcio con petición de custodia por parte del padre, la tensa relación entre ambos cónyuges.

Por todo ello, el TS entiende que no existe el invocado por el recurrente "error en la apreciación de la prueba" y que la actuación de la AP fue correcta al dictar sentencia absolutoria al apreciar que no existía prueba de cargo.

Un ejemplo en sentido contrario, es decir, valorando positivamente un dictamen pericial, lo encontramos en la SAP de Navarra 70/2008, de 1 de abril, en la que también se observa una mención detallada y expresa a los criterios que llevan al citado órgano a acoger los razonamientos sobre credibilidad de la declaración del menor.

³⁷ Recientemente, la STS 632/2014, de 14 de octubre, vuelve a alertar sobre la importancia de la narración libre inicial del menor como pieza clave de la entrevista, pues de lo contrario puede quedar contaminada la prueba.

En efecto, en la mencionada resolución se alude a criterios de credibilidad tales como: producción poco estructurada, pero coherente, aportación de detalles, incardinación en un contexto espacial y temporal, descripción de interacciones y reproducción de conversaciones y descripción de sentimientos propios.

Por otro lado, la citada sentencia de la AP de Navarra, 70/2008, también se refiere a los criterios de validez, esto es, aquéllos que desde la consideración de factores externos contribuyen a dotar de fiabilidad al testimonio; así, se dice, por ejemplo, que la menor no tiende a la exageración, gestualización pues no encuentra la expresión correcta; testimonio consistente respecto a la exploración judicial y a lo expresado por los padres, inexistencia de motivos para denunciar en falso.

Añade la AP que la psicóloga explicó satisfactoriamente, dada la corta edad de la niña, porque no se debían comprobar la concurrencia de los 19 criterios de la "lista de validez", concluyendo que la declaración de la niña era absolutamente creíble.

En definitiva, la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes. Sin duda, entre estos apoyos destaca el dictamen pericial si bien, en modo alguno, debe desplazar al juzgador, pues es un medio de prueba que se valorará libremente por aquél.

IV.- LA IMPORTANCIA DE LA UBICACIÓN TEMPORAL DE LA DECLARACIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO.

A) El "momento natural" de la declaración del menor: el juicio oral.

Por todos es conocido que la declaración de la víctima en el proceso penal es pieza clave para "armar" el acervo probatorio de la acusación; sea ésta acusación particular (en cuyo caso la víctima adquiere la condición de parte), sea acusación pública (MF), sea acusación popular (si nos hallamos en los supuestos legales que la contemplan y la permiten en el seno del ordenamiento jurídico español).

Ya sabemos que, con carácter general y de acuerdo con una línea jurisprudencial ya muy consolidada e iniciada en la STC 31/1981, de 28 de julio, sólo pueden considerarse, en principio, pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral. De este modo, únicamente pueden considerarse verdaderas pruebas aptas para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el acto del juicio ante el Juez o Tribunal que ha de dictar la sentencia (con oralidad, inmediación y contradicción). Ciertamente, la convicción del juzgador sobre los hechos juzgados debe ser conformada en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes, existiendo abundantísima jurisprudencia, tanto del TS como del TC que confirman y completan esta línea doctrinal³⁸.

En suma, cabe concluir, a reserva de lo que indicaré en las páginas siguientes, que el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 de la CE conduce a la exigencia del respeto de la contradicción y del derecho de defensa de las partes contendientes, ofreciendo a las mismas iguales o equivalentes mecanismos de defensa y ataque. Así pues, el derecho a ser oído en juicio y a actuar en defensa de los propios derechos e intereses es garantía esencial del Estado de Derecho³⁹.

Esta necesidad, sin duda, es expresión del derecho de todo acusado a un juicio justo, es decir, del derecho a un juicio público con todas las garantías (art 24.2 CE), siendo los derechos de defensa y contradicción dos de sus principales manifestaciones. En tal sentido, el art. 6.3 del

³⁸ En este sentido, también vid, STS 1059/2005, de 28 de septiembre; STS 1425/2005, de 5 de diciembre; STS 1199/2006, de 11 de diciembre; STS 192/2009 y STS 134/2010, de 10 de diciembre.

Recordemos, tal y como señala la STS 935/2005 de 15 de julio en su FJ 2º que, respecto de la actividad probatoria en general en el proceso penal, cabe destacar dos momentos fundamentales, a saber:

a) Uno de carácter objetivo referido a la constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:

* determinación de si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas;

* precisar si dichas diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo.

En esta primera fase opera el principio de presunción de inocencia.

b) Una segunda fase, de carácter predominante subjetivo, de valoración destinada a ponderar en conciencia los diversos elementos probatorios que integrarán la convicción del Juzgador.

En esta última fase juega el principio in dubio pro reo.

³⁹Al respecto, vid SSTC 128/1996 de 9 de julio; 41/1997;144/1997; 218/1997; 26/1999;138/1999; 91/2000;154/2000; 93/2005 de 18 de abril y 12/2006.

Igualmente, vid. SSTS 202/1998, de 13 de febrero; 555/2008, de 25 de septiembre; 175/2006, de 20 de febrero; 363/2006, de 28 de marzo; 197/2007, de 5 de marzo.

Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 se refiere en la letra d) del señalado precepto al derecho a:

"...interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra".

En su consecuencia, el derecho a un juicio contradictorio y el derecho de defensa comporta el poder proponer pruebas de descargo, defenderse de las pruebas de cargo, así como la posibilidad de participar en las diligencias y trámites del proceso⁴⁰.

Sin embargo, dicha afirmación no puede entenderse de manera absoluta de tal modo que conduzca a negar eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen.

En efecto, en los casos en que se aprecie fugacidad de las fuentes de prueba o imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, cabe excepcionar a la regla general los supuestos de prueba anticipada. Así, la sentencia del T.C. 49/98, FJ 2º señala, refiriéndose a éstas:

"... se admite la eficacia probatoria de las actuaciones no producidas en el acto del juicio oral, cuando resulta imposible su reproducción en el mismo, si bien dicha eficacia le subordina a que el acto de investigación participe de los caracteres esenciales de la prueba, intervención de la autoridad judicial y posibilidad de contradicción, con respeto estricto del derecho de defensa (SS. TC.62/85, 137/88,182/89, 10/92, 79/94, 32/95, 200/96, 40/97)".

No aceptar tal posibilidad de anticipación de la prueba supondría, como sostiene la STC 41/1991, de 25 de febrero⁴¹:

⁴⁰ En esta línea, el TEDH entiende que existe vulneración del Convenio cuando existe merma real de las oportunidades defensivas del acusado; bien por quiebra del principio de audiencia en el juicio o durante la sustanciación de un recurso; bien por impedirle o dificultar el acceso al sumario o por impedir o dificultar la producción de la prueba de descargo o ya sea por impedirle defenderse adecuadamente de la prueba inculpativa contra él propuesta (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta; 22 de abril de 1992, caso Vidal; 11 de enero de 2000 y 27 de febrero de 2001 caso Lucha).

⁴¹ No es éste el momento para adentrarnos en las diferencias, que sin duda a mi juicio existen, entre prueba anticipada y preconstituida. Sí diré que entiendo que existe una cierta confusión en algún sector doctrinal y jurisprudencial entre estas dos modalidades de prueba. Entre las diferencias más notables podemos señalar que la prueba anticipada exige siempre la presencia judicial y por ello su ámbito siempre es procesal (ej la declaración de un testigo), mientras que la llamada prueba preconstituida pueda acontecer extraprocesalmente (ej diligencia de alcoholemia), no requiriendo por ello de presencia judicial en el momento de su alumbramiento, si bien será necesaria su introducción en el proceso para su sometimiento a contradicción. Igualmente, esta última comprende

".... hacer depender el ejercicio del ius puniendi del Estado del azar o de la malquerencia de las partes (por ejemplo, mediante la amenaza a los testigos; STC 154/1990, FJ 2); pudiendo dejarse sin efecto lo actuado sumariamente. Un sistema que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal; siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías"⁴².

B) Excepciones a la regla general: la prueba anticipada y relevancia de la facultad contenida en el art 730 de la LECrim.

a) La prueba anticipada, su justificación y evolución. La situación antes de la entrada en vigor del EVD: el art 448 de la LECrim, de la literalidad del precepto a una interpretación extensiva. El caso Pupino. La prueba anticipada en el momento presente.

La conclusión con la que finaliza el apartado anterior nos lleva a la necesidad de estudiar con detalle la prueba anticipada en relación a la declaración del menor víctima de un delito de naturaleza sexual, para determinar en qué circunstancias, practicada la misma bajo aquella modalidad anticipatoria, pudiera erigirse, desde una perspectiva temporal, como prueba de cargo susceptible, por tanto, de destruir la presunción de inocencia. En definitiva, se trata de conjurar al máximo el peligro de que la eficacia procesal de la declaración de la víctima pudiera verse afectada por el elemento temporal, generando situaciones de indeseable impunidad.

una serie de actuaciones que se consuman en el acto, por lo que son irrepetibles; por el contrario, la declaración prestada bajo la modalidad de prueba anticipada bien pudiera ser, por ejemplo si el testigo de avanzada edad finalmente sobrevive al acto del juicio oral, de nuevo emitida en el mismo.

⁴² En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado, esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor, bien cuando se prestan o con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51). Concluye el Tribunal Europeo que (Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, § 40): "...los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario" (SSTC 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4, 148/2005, de 6 de junio, FJ 2, 1/2006, FJ 4)".

En relación al tema, señalar que el art 448 de la LECrim es el precepto que ha venido regulando la materia de la prueba anticipada en relación al procedimiento ordinario por delitos graves. En efecto, el citado art 448 de la LECrim (y el art 449 en relación al art 448) establecía, de forma casi idéntica a la de la redacción dada por la DF 1ª.12 del reciente EVD que⁴³:

“Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su Abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”⁴⁴.

⁴³ Siendo cierto que la modificación del art 448 de la LECrim ha sido mínima, la nueva redacción del art 433 de la LECrim (DF 1ª.11 EVD), de forma sorpresiva, pues debería a mi juicio haberse introducido la novedad en el señalado art 448, introduce aspectos que dan un giro sustancial al tema de la prueba anticipada.

⁴⁴La redacción actual, como veremos, difiere en que añade a las declaraciones de testigos menores de edad, llevadas a cabo de modo que se evite la confrontación con el agresor, las de los sujetos especialmente vulnerables. Igualmente, la redacción anterior establecía el término “se llevará”, más acertada entiendo, y la actual redacción habla de “podrá llevarse a cabo” (art 448.3).

Por su parte, los arts 777.2 (para el procedimiento abreviado) y el art 797.2 (para el procedimiento de enjuiciamiento rápido), ambos de la LECrim, prescriben en idénticos términos:

“Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, se temiese que una prueba o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción deberá practicar inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes”.

Así pues, de la literalidad del art 448 de la LECrim cabía colegir que tan sólo se podría en fase de instrucción acordar la prueba anticipada cuando (estos dos motivos se mantienen, como veremos, en la redacción actual):

- a) nos halláramos ante una situación de imposibilidad de declaración del testigo en el acto del juicio por hallarse ausente del territorio nacional;
- b) la imposibilidad proviniese de existir motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o mental.

Por tanto, desde esa literalidad del precepto a la que he aludido, cabía afirmar que tan sólo en estos casos el Legislador contemplaba que el órgano competente debiera acordar de forma anticipada la declaración del menor, bajo la exigencia, eso sí, del ineludible requisito de la contradicción. En su consecuencia, el menor víctima de abuso o agresión que no se hallase en estos casos no podría, atendiendo a la letra del art 448 de la LECrim, acogerse al beneficio que supone poder declarar de forma anticipada. De esta forma, debería declarar de nuevo en sede de juicio oral con el incremento del grado de victimización que ello supone, especialmente, para menores de escasa edad o gravemente traumatizados.

A la vista de lo señalado en las líneas precedentes la valoración del precepto no podía ser positiva, pues ¿justificaba la prueba anticipada el que un testigo debiera ausentarse del territorio nacional y no el que a un menor víctima de un delito sexual o de maltrato se le evitara el padecimiento de una nueva declaración en la que tendría que rememorar hechos sufridos por él, altamente traumatizantes?

A mayor abundamiento, en el caso de los niños de corta edad nos encontrábamos con el problema añadido de que la fidelidad del relato que trasladase el pequeño podía verse afectada por el lapso de tiempo, no precisamente breve, que transcurre entre el momento en que aquél presta declaración en fase de investigación y el correspondiente al juicio oral. A ello había que

De la dicción de los preceptos transcritos, se puede concluir que el ámbito objetivo del art 448 de la LECrim se aprecia más restrictivo que el contemplado en los preceptos que regulan la materia en sede de procedimiento abreviado y enjuiciamiento rápido.

sumar, como ya he indicado y al margen de la edad de la víctima, el sufrimiento añadido para el niño ante una nueva exposición en relación a la experiencia vivida.

Cierto es que el art 448 de la LECrim ha venido siendo objeto de una interpretación amplia cuyo pistoletazo de salida podemos situarlo en el importante Caso Pupino, recogido en la sentencia del TJUE, Gran Sala, de 16 de junio de 2005, proa. C-105/2003⁴⁵. En efecto, a partir de la citada resolución se produce un notable cambio de orientación en nuestra jurisprudencia que entiende subsumible dentro del art 448 de la LECrim los supuestos de declaraciones de niños de corta edad y especialmente traumatizados, declaraciones que se harán como expresamente indica el señalado precepto en su párrafo tercero; "...evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba"⁴⁶.

El punto de arranque de este cambio en nuestra jurisprudencia descansa, como ya sabemos, en las declaraciones que el TJCE realiza en la señalada sentencia, pues en la misma se declara que los arts. 2,3 y 8 apartado 4 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, debieran interpretarse en el sentido de que: "el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta".

Y ello porque, como alertó la Gran Sala, a pesar de que las decisiones marco no tienen efecto directo, pues así lo ha querido el "constituyente" de la Unión (artículo 34, apartado 2, letra b) del tratado) aquéllas sí tienen carácter vinculante, ya que obligan a los Estados miembros "en cuanto al resultado que deba conseguirse". Este carácter supone para las autoridades nacionales, especialmente para las judiciales, el deber de interpretar las normas de su derecho interno ajustándose a los términos de las decisiones marco (apartados 33 y 34 de la sentencia y punto 36 de las conclusiones). Añade el Tribunal que su competencia prejudicial, "ex" artículo 35 del Tratado UE, quedaría privada del efecto útil si los particulares no pudieran hacer valer ante sus jueces domésticos las decisiones marco con el fin de obtener un entendimiento de su

⁴⁵ Cabe citar, entre otras, algunas resoluciones recientes de nuestros órganos jurisdiccionales, acogiendo tal doctrina, así: STC 53/2013, de 28 de febrero y STS 470/ 2013, de 5 de junio.

⁴⁶ Se pone de este modo fin a situaciones aberrantes en las que, en no pocas ocasiones, se había confrontado al menor con su agresor.

derecho nacional acorde con los objetivos marcados por el legislador de la Unión en una decisión marco (apartado 38 de la sentencia).

En su consecuencia, al aplicar el derecho interno, los jueces nacionales han de hacer todo lo posible para alcanzar el resultado previsto en una decisión marco, tomando en consideración, si fuese menester, todo el derecho nacional (apartados 43 y 47 de la sentencia). Los únicos límites a este deber se encuentran en los principios generales del derecho, singularmente los que proclaman la seguridad jurídica y la irretroactividad de las normas sancionadoras o no favorables, quedando proscritas las interpretaciones contra legem, que no pueden cobijarse en la mencionada regla de interpretación conforme (apartados 44 y 47 de la sentencia).

Así pues, esta obligación genérica condujo a afirmar, así lo entendió el TJCE, que el órgano jurisdiccional estaba también obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional (en nuestro caso art 448 de la LECrim) y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la mencionada Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (en la actualidad sustituida, como sabemos, por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de Octubre de 2012). En virtud de la citada Decisión se obligó a brindar a los sujetos pasivos de hechos delictivos, que fueran especialmente vulnerables, un trato específico acorde con su situación (art. 2, apartado 2). En particular, se previó que testificasen en condiciones que permitieran su efectiva protección frente a las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública (artículo 8, apartado).

Entendió el TJUE en la sentencia que comentamos que la consecución de estos objetivos (previstos en la decisión marco) conduce a afirmar la posibilidad consistente en que el órgano jurisdiccional nacional tenga la opción de utilizar, para el caso de víctimas especialmente vulnerables el recurso de la prueba anticipada tal y como viniera contemplado en la normativa de cada Estado miembro con el objetivo de reducir al mínimo los interrogatorios y que se pierdan el mínimo de elementos de prueba, debiendo el órgano jurisdiccional cerciorarse de que en el desarrollo de dicha actividad se hace en términos equitativos, de forma que se preserven los derechos a que se refiere el art 6 CEDH en la forma tal y como son interpretados por el TEDH.

Por todo lo expuesto, nuestra jurisprudencia optó por una interpretación amplia del art 448 de la LECrim, a la luz de la hoy reemplazada Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, lo que permitió que los menores declarasen anticipadamente en fase de instrucción, evitando la confrontación visual.

Con base al mismo fundamento, se optó por una interpretación finalista del antiguo art 730 de la LECrim⁴⁷, en relación con el art 448 de la señalada norma, entendiendo que valía lo declarado en fase de instrucción (más, en su caso, los posibles testimonios de referencia) para evitar nueva declaración del menor en el juicio oral en caso de menores muy pequeños o especialmente traumatizados⁴⁸.

⁴⁷ Decía el artículo artículo 730 de la LECrim (actual art 730.1):

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

Este precepto será analizado con detalle en un apartado posterior de este trabajo

⁴⁸Buena muestra de este cambio de tendencia en nuestra jurisprudencia es la STS 19/2013, de 9 de enero, al señalar:

“Recientemente hemos dicho - STS 925/2012, 8 de noviembre - que no siendo pacífico admitir la preconstitución probatoria durante la fase de investigación o instrucción (arts. 433.2 y 448.3 y 4 LECrim) como sustitutivo de la deposición de los menores en el acto del juicio oral, sí que lo es convenir que en supuestos como el examinado ese tipo de preconstitución facilita el enjuiciamiento pues impide la contaminación del material probatorio e introduce desde el primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción. De esa forma además se logra una más eficaz tutela de la víctima menor en consonancia con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, (“ Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho ”); con la muy reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre (Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre; arts. 20 a 24, singularmente); o con la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmada por España el 12 de marzo de 2009 (arts. 30 o 35, que alientan una serie de medidas como la necesidad de que las declaraciones de niños y niñas, se desarrollen en lugares adecuados y sean conducidas por expertos especialmente capacitados para ello y que su número sea limitado y el estrictamente necesario, así como que se adopten medidas para que dichas entrevistas sean grabadas y que dichas grabaciones puedan ser aceptadas como prueba en el juicio oral).

[...] Como se ha argumentado por los especialistas, no se trata solo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejan esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad. La concurrencia de un profesional experto en la realización de esas entrevistas tiene un valor especial, aunque desde luego resulta irrenunciable la dirección y supervisión judicial y la contradicción asegurada por la presencia de todas las partes (STEDH caso S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002; sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el conocido caso Pupino, de 16 de junio de 2005; así como STC 174/2011, de 7 de noviembre, y STS 96/2009, de 10 de marzo).

De este modo, se relevó de una de las exigencias de la prueba anticipada consistente en una nueva comparecencia del testigo en el juicio oral al interpretar el art 730 en relación con la LO de PJ del Menor y equiparar el concepto de imposibilidad del señalado precepto (referido a imposibilidad material) a las situaciones de menores de corta edad o especialmente traumatizados.

Pues bien, con la entrada en vigor del EVD se ha operado, a mi juicio, una novedad esencial en relación a la materia a la vista de las nuevas previsiones legales. Debo admitir que una primera valoración del articulado del EVD y de la DF1^a.12 que reforma el citado art 448 me llevó a concluir que nada había cambiado esencialmente. Sin embargo, cuando revisé con detenimiento todas las Disposiciones Finales topé con la DF.1^a.11 por la que se da una nueva redacción al art 433 de la LECrim, situándose en su párrafo 4^o novedades de interés; así el señalado párrafo 4^o, recordemos, establece:

“En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible”.

Si analizamos con detalle el párrafo transcrito, observaremos que, para el caso de testigos menores de edad o personas con capacidad judicialmente modificada, se contempla que la diligencia consistente en el testimonio de estos sujetos se adopte bajo la forma contradictoria (forma que no se contempla para otros sujetos ex art 433.1 de la LECrim), siempre que sea posible. Por tanto, si bien es cierto que, con carácter general, nuestro ordenamiento jurídico, a la vista del art 433 de la LECrim, prevé para la diligencia de declaración de testigo en la fase de instrucción que la misma adopte la modalidad de diligencia de investigación, es decir sin

Podemos concluir, en suma, que nuestra jurisprudencia no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes de los que son elocuentes muestras las SSTS 96/2009, 10 de marzo; 593/2012, 17 de julio; 743/2010, 17 de junio y ATS 1594/2011, 13 de octubre”.

contradicción, lo cierto es que indica, para el caso de los testigos menores de edad o personas con capacidad judicialmente modificada, que dicha declaración se haga, como digo, bajo forma contradictoria⁴⁹. En efecto, en este supuesto, si se acuerda la limitación o exclusión de la presencia de las partes en la tramitación de la diligencia, se dice en el precepto que: “... el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible). En su consecuencia, lo que está realmente introduciendo el párrafo 4º del art 433 de la LECrim es, sorprendentemente, el tercer supuesto de prueba anticipada⁵⁰. Y digo sorprendentemente no porque no aplauda la novedad, sino porque la ubicación me parece totalmente desafortunada, pues debería, a mi juicio, haberse configurado como tercer supuesto dentro del art 448 de la LECrim, que es el que regula dicha modalidad anticipatoria de la prueba, y no dentro del art 433. A su vez, curiosamente, el último párrafo del art 448 de la LECrim⁵¹, tendría una ubicación más adecuada en el citado art 433, puesto que es éste el precepto que explica cómo se desarrolla la diligencia de la declaración testifical.

En cualquier caso, desde mi punto de vista la dicción del párrafo 4º del art 433 de la LECrim plantea serios problemas y muchas dudas. Como acabo de señalar, este párrafo tercero parece introducir una tercera vía de la prueba anticipada, más allá de los supuestos previstos en el art 448 de la LECrim. En efecto, el señalado art 433 abre la puerta a que en algunos supuestos, con el objeto de evitar causar un grave daño a sujetos menores de edad o especialmente vulnerables a raíz de una falta de madurez en los mismos, se les pueda tomar declaración por experto con la posibilidad de que éste directamente les traslade las preguntas, de haberse limitado o excluido la presencia de las partes en la diligencia. Si eso sucede, las citadas partes podrán trasladar las cuestiones que estimen convenientes para que el experto las formule al menor, pues se impone al Juez la obligación de tomar las medidas necesarias al respecto (para salvar la necesaria contradicción), siempre que sea posible.

Sin perjuicio de todo lo que se dirá más adelante sobre el tema, la primera cuestión que llama mi atención es que la novedad se construya en torno al término “podrá” y no “deberá” que es el

⁴⁹ La falta de madurez de estos sujetos, y el posible daño que el hecho de la declaración les pudiera irrogar, justifica la intervención de experto en la diligencia con el objetivo de minimizar el posible daño que pudiera irrogarse al menor.

⁵⁰ Recordemos que este tercer supuesto, hasta ese momento de entrada en vigor del EVD, había sido incorporado a nuestro ordenamiento por la vía de esa interpretación extensiva que nuestra jurisprudencia ha venido haciendo del art 448 de la LECrim y a la que he venido aludiendo.

⁵¹ En este sentido, indica el señalado precepto: “La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”.

adecuado, a mi juicio, cuando se dan la imposibilidad previsible, fundamento de la prueba anticipada y que pretende conjurar el riesgo de que determinadas conductas delictivas queden impunes al verse favorecidas por el factor temporal (consecuencia que, sin duda, conecta con una cuestión de orden público). En efecto, si nos detenemos en la redacción del art 448 de la LECrim (precepto rector en materia de prueba anticipada), el mismo se construye imperativamente y no potestativamente al señalar que el Juez "...mandará...". En cualquier caso, entiendo que la parte podría invocar el cuerpo de doctrina jurisprudencial consolidado existente, tanto a nivel europeo como nacional, y que aboga por una interpretación amplia de los preceptos reguladores de la prueba anticipada en relación a la declaración de sujetos menores de edad o especialmente vulnerables, así como por la necesidad de aplicar los mecanismos necesarios para minimizar el contacto entre agresor y víctima⁵².

Además, y sin perjuicio de que la novedad se debiera haber incorporado como tercer supuesto del art 448 de la LECrim, entiendo que habría sido preferible redactar el señalado art 433 de un modo más claro, acogiendo la modalidad anticipatoria de la prueba para el caso de menores de edad y sujetos especialmente vulnerables, sin establecer salvedades que lo que hacen, en definitiva, es alejar la mencionada redacción de la interpretación jurisprudencial y doctrinal que sobre la prueba anticipada se ha ido gestando en los últimos tiempos.

Así, la redacción del párrafo 4º del art 433 nos lleva a concluir que, cuando no sea posible que las partes trasladen sus preguntas al menor a través del experto, esa diligencia, al fallar la contradicción, se construiría como diligencia de investigación, lo que nos alejaría, como he dicho, de toda esa importante corriente doctrinal y jurisprudencial a la que he aludido en relación a la modalidad anticipatoria de la prueba.

A mayor abundamiento, el precepto introduce el problema de la fijación de la falta de madurez del menor o del sujeto especialmente vulnerable, siendo al respecto aplicables las previsiones que en esta materia realiza, en cuanto a los presupuestos, competencia y procedimiento, el EVD en sus artículos 23, 24, 25 y 26.

Sea como fuere (por interpretación jurisprudencial o ahora por disposición legal) admitida, pues, la aplicabilidad de la prueba anticipada a las declaraciones de los menores en general y en

⁵² El impacto negativo que causaría al menor el contacto con su agresor se reduce, sin duda, cuando es el experto el que interactúa con dicho menor, manejando el escenario y trasladándole las preguntas en cuestión. Entiendo que, en los casos de víctimas menores de edad o sujetos vulnerables, no debería ser una opción sino que debería aplicarse de forma obligatoria, a la luz de ese mismo cuerpo de doctrina jurisprudencial consolidado al que he venido aludiendo.

especial a la de los menores víctimas de delito sexual (arts 448 y 433 de la LECrim para el procedimiento ordinario por delitos graves), interesa precisar los requisitos de carácter general de la señalada prueba anticipada, pudiendo ser resumidos en los siguientes⁵³:

a) Existencia de motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo, al hacerle la prevención referida en el art. 446 de la LECrim acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste: "la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península".

A estos dos supuestos se debe añadir, a la vista de lo comentado en líneas anteriores, el tercer supuesto de prueba anticipada "ex" art 433.4 de la LECrim.

En cualquier caso, el marco de la adopción de la prueba anticipada exige de una imposibilidad previsible, atendidas las circunstancias, referida al riesgo de demorar su práctica hasta el día de celebración del juicio oral. Esta modalidad probatoria exige el respeto, ya lo hemos dicho, del derecho de contradicción y defensa, si bien la inmediación y la publicidad de las actuaciones quedan matizadas en la práctica de dicha modalidad probatoria.

En el momento presente, entiendo que la necesidad de esta interpretación amplia del art 448 de la LECrim⁵⁴ no hace sino reforzar lo que ahora ya es previsión legal, pues, como ya hemos señalado y respecto de las víctimas menores o especialmente vulnerables, el art 433.3 de la LECrim, al prever que las declaraciones testificales de estos sujetos en fase de instrucción se adopten bajo forma contradictoria lo que en realidad está regulando, no es una diligencia de investigación sino una verdadera prueba anticipada.

b) En cuanto al modo de practicarse, el acusado debe estar asistido de Letrado (por él designado o de oficio) para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Así pues, el testigo- víctima menor debe ser examinado "a presencia del procesado" (aplicando las medidas correspondientes para evitar la confrontación visual) y de su Abogado defensor (a salvo el supuesto del art. 449 de la LECrim), a presencia del Fiscal y del querellante si quisieren asistir al

⁵³ Vid, entre otras: STS 192/2009, de 24 de febrero; 788/2010, de 22 de septiembre; 89/2011, de 18 de febrero; 148/2011, de 9 de marzo.

⁵⁴ Iniciada a raíz del comentado Caso Pupino y seguida, ya lo hemos reiterado, por abundante jurisprudencia; entre otras muchas, SSTS 1229/2002, de 1 de julio; 332/2006, de 4 de marzo; 626/2006, de 2 de junio; 151/2007, de 28 de febrero.

acto, permitiéndoles formular las preguntas que procedan. La diligencia deberá recoger las contestaciones a estas preguntas y ser firmada por los asistentes⁵⁵.

Así pues, como indica reiterada jurisprudencia, la prueba anticipada exige efectiva contradicción, no pudiendo ser sanada su falta con la simple lectura de lo actuado en el acto del juicio; situación distinta lo sería que la oportunidad de contradicción no fuera efectiva por causas no imputables a la actividad del órgano jurisdiccional (STC 134/2010). Este último supuesto se observa, por ejemplo, cuando acontece pasividad de las defensas o rebeldía del imputado⁵⁶.

⁵⁵ Sobre el tema la STC 134/2010 de 10 de diciembre señala (si bien se observa confusión entre las nociones de prueba anticipada y preconstituida) :FJ 3º: "En relación con la eficacia probatoria de las declaraciones testificales prestadas durante la fase de instrucción, posteriormente incorporadas al juicio oral, reiteradamente hemos puesto de manifiesto la trascendencia constitucional del respeto al principio de contradicción en salvaguarda del derecho de defensa, a la luz de lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos y libertades fundamentales ratificados por España. Por ello, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; de 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; de 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51; de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, § 40; de 10 de noviembre de 2005, caso Bocos Cuesta, § 68 y de 20 de abril de 2006, caso Carta, § 49), este Tribunal ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción resulta constitucionalmente aceptable siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado, esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor, bien cuando se prestan, bien con posterioridad (en este sentido, SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; 148/2005, de 6 de junio, FJ 2, y 1/2006, de 16 de enero, FJ 4). En concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado como: materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada del imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador [SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 5; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3, y 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c)]".

⁵⁶ En este sentido, la STS 148/2011, de 9 de marzo, señala en su FJ 1º que cuando una declaración sumarial no garantiza, en el momento de ser prestada, la contradicción, dando la oportunidad a la defensa de interrogar y confrontar las manifestaciones efectuadas por un testigo de cargo, sin que dicho déficit de contradicción resultase imputable a la parte acusada o a su defensa, ello conduce a la inevitable falta de validez de una prueba que no puede ser sanada después mediante la simple lectura en otras (también STC 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4º). En igual línea, STC 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4º: "...la prueba testifical anticipada es válida en cuanto practicada con las garantías constitucionales indispensables, y es por ello valorable por el órgano judicial, cuando se posibilite su contradicción, sea en el momento de la misma y con su lectura posterior en la vista oral, sea en esta vista con la presencia del declarante y con "lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios" (STC 284/2006, de 9 de octubre, FJ 3). En consecuencia, hemos estimado que una declaración realizada en el sumario, sin garantizar en el momento de su práctica la posibilidad de que la defensa del acusado tuviera la oportunidad de interrogar y confrontar las manifestaciones efectuadas por un testigo de cargo, y sin que la falta o déficit de contradicción resultara imputable a la parte acusada o a su defensa, determina la falta de validez de una prueba que no puede ser sanada mediante la simple lectura en el acto del juicio oral de la declaración sumarial" (STC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4).

En su consecuencia, cabe afirmar que en el caso de las declaraciones testificales anticipadas de los menores de edad y en especial de los niños de corta edad o especialmente traumatizados producidas en el contexto de la investigación, también se debe respetar dicha garantía de contradicción, pues la imposibilidad legal en la que se asienta, desde esa interpretación amplia a la que en repetidas ocasiones nos hemos referido, se funda en una imposibilidad previsible, fundamento del art 448 de la LECrim, (que no imposibilidad sobrevenida) en el sentido de que, de diferir la testifical de los menores víctimas al momento del juicio, puede suceder, bien por el trascurso del tiempo, bien por la afectación psicológica de las citadas víctimas, que los hechos juzgados pudieran quedar impunes. Esta indeseable consecuencia evidencia la necesidad de que el menor preste declaración cuanto antes, evitando, eso sí, toda confrontación con el agresor. A esta exigencia de contradicción atiende el nuevo art 433.4 de la LECrim, al ordenar al Juez que se dé traslado a las partes para que puedan efectuar preguntas o pedir aclaraciones a la víctima.

c) En tercer lugar, la imposibilidad por la que se ha practicado anticipadamente la prueba durante el sumario, para comparecer al Juicio Oral, legitimadora de su anticipada práctica en aquella fase procesal, subsista después de practicada la instrucción, puesto que si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada según el art. 448 en la fase sumarial.

Esta tercera exigencia hay que entenderla desde un plano que la jurisprudencia entiende aplicable a la prueba anticipada en general. Así respecto a la declaración de menores víctimas o sujetos especialmente vulnerables la jurisprudencia ha venido flexibilizando el requisito de forma notable.

Altamente clarificadoras son las SSTS 3916/2014, de 14 de octubre y la 470/2013, de 5 de junio. En esta última se dilucida sobre una posible vulneración de derechos fundamentales al alegar el recurrente, entre otros motivos, violación del derecho a la presunción de inocencia, por no haberse practicado la declaración de las menores víctimas del delito en el acto del juicio oral.

En el supuesto enjuiciado por la STS 470/2013 se trataba de dos niñas de corta edad (7 y 8 años) que fueron expuestas a un acto de exhibicionismo y abuso, existiendo un informe psicológico anterior al enjuiciamiento que señala que al acercarse el día del juicio las menores

En similar sentido, STC 134/2010 de 10 de diciembre, FJ 3º.

habían manifestado una creciente intranquilidad. Por tal razón, se recomendaba expresamente la psicóloga que las menores no volvieran a tener relación con el sistema judicial y policial para evitarles un daño psíquico, denegando por ello el Tribunal a quo la comparecencia de las menores al acto del juicio de forma razonada y razonable, ajustándose de forma precisa a las exigencias jurisprudenciales que evitan la victimización secundaria de las menores.

Se aducía por la defensa que no había existido verdadera prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, porque las víctimas, únicos testigos directos, no habían comparecido en el juicio oral y no habían podido ser interrogadas por la defensa del acusado, vulnerándose el principio de contradicción. Consideró la parte recurrente que se había producido en la sentencia impugnada una indebida valoración del testimonio realizado por las víctimas durante la instrucción, reproducido videográficamente en el juicio, completando dicha prueba con declaraciones de testigos de mera referencia, lo que a su juicio constituía una prueba manifiestamente insuficiente. Igualmente, la parte recurrente estimó que en el caso enjuiciado no concurrían las circunstancias excepcionales que permiten prescindir de la declaración de las víctimas en el plenario, máxime cuando constituyen la prueba más relevante, estando en juego la declaración de culpabilidad del acusado, por lo que se ha vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia de 5 de junio.

Sin embargo, el TS desestima el motivo con base a la doctrina existente tanto del TJUE como del TS, al señalar en su FJ undécimo:

“...Señala la Sala sentenciadora que "en el período de instrucción se tomó declaración a ambas menores, esa declaración fue dirigida por una psicóloga judicial, estando presente en las mismas dependencias, tanto la juez de instrucción, como el secretario judicial, la fiscal y la letrada de la defensa; esta declaración fue grabada con unas magníficas condiciones de imagen y sonido, y fue vista íntegramente en el acto del juicio, otorgando seguidamente la palabra a la Fiscal y a la defensa, previa entrevista reservada con su representado, para que alegasen las cuestiones que considerasen, no haciendo uso de ello.

En el momento de proposición de prueba en el escrito de conclusiones provisionales, la defensa solicitó que la declaración de las menores se hiciera personalmente en el acto del juicio, lo cual fue desestimado en el auto de esta Sala en donde ya se le exponía a esa parte que ello bien podía suponer un nuevo ataque a la integridad de las menores, porque en el informe psicológico ya se apuntaba que al acercarse el día de acudir al Juzgado las menores habían manifestado intranquilidad, recomendando la psicóloga que no volvieran a tener contacto las menores con la

institución judicial ni policial, (informes obrantes a los folios 67 a 69 y 70 a 72). Al inicio de las sesiones del juicio, el letrado defensor volvió a interesar esa prueba testifical, que fue nuevamente denegada por este Tribunal con cita en la jurisprudencia del TS, pero esencialmente con base en el perjuicio que una nueva declaración sobre estos hechos, ante personas desconocidas en las sesiones de un juicio, bien podían producir una nueva victimización que pretende evitarse, a lo que cabe añadir que nos encontramos ante dos menores de una edad muy escasa en relación con hechos y experiencias del tipo que hoy se conocen, que cuando se vio la grabación de su declaración era fácilmente apreciable que ambas menores no querían hablar del tema, que gesticulaban y adoptaban posturas de vergüenza, escondiendo la cabeza, y sobre todo el rostro cuando hablaban, y que si bien eran prolijas en detalles que rodeaban los hechos, cuando se llegaba a estos en concreto, eludían las preguntas y las contestaciones en la medida de lo posible. Si a ello añadimos que esa prueba preconstituida fue practicada con observación de los requisitos que la jurisprudencia ha expuesto, con asistencia de todas las partes, la defensa del imputado incluida, en igualdad de condiciones y oportunidades, y fue vista en el plenario, con posibilidad de efectuar observaciones después, debemos asegurar que nos encontramos ante una prueba testifical practicada con todas las garantías legales, que ha tenido acceso al plenario en condiciones de ser valorada y ponderada por el Tribunal".

Por lo anterior el Alto Tribunal concluyó que la prueba anticipada fue practicada cumpliendo los requisitos para su validez, a saber: 1ª) concurrencia del requisito material, por lo anteriormente expuesto (existencia de imposibilidad) 2º) requisito subjetivo, consistente en la declaración inicial de las menores fue prestada en el sumario, en presencia y con intervención del Juez de Instrucción, como consta en las actuaciones; 3º) requisito objetivo al constar que a la declaración sumarial asistió la abogada del imputado, garantizándose la posibilidad de contradicción y el derecho fundamental a la asistencia letrada, a fin de que pudiese formular preguntas a las dos testigos; 4ª) requisito formal, pues se procedió formalmente en el juicio a la introducción del contenido de la declaración sumarial a través del visionado del DVD en que se documenta, conforme a lo previsto en el art. 730 LECrim.

Por todo ello, el TS entiende que "...la garantía y certeza del testimonio, proviene de haberse realizado a presencia judicial y bajo la fe del Secretario. La contradicción y el derecho de defensa se han garantizado mediante la intervención de los letrados en la declaración sumarial y el visionado en el acto del juicio, con posibilidad de la defensa de cuestionar su contenido en relación con el conjunto de las pruebas practicadas en el juicio".

Un paso más, en el sentido de entender que la contradicción queda salvaguardada cuando se ha tenido por la parte la oportunidad de trasladar a la víctima las preguntas oportunas, lo tenemos en la STC 57/2013, de 11 de marzo. Como he dicho, en la misma también se alude a esa posibilidad de contradicción necesaria para entender salvaguardado el derecho de defensa. En efecto, en la señalada sentencia se aborda una supuesta lesión del derecho a un proceso con todas las garantías que el demandante asociaba al déficit de contradicción que le produjo el no haber podido interrogar a las menores en el juicio oral, para el cual no fueron propuestas como testigos por la acusación pese a que, en fase sumarial, sólo fueron exploradas por el equipo psicosocial, sin intervención previa o simultánea de las partes.

La sentencia citada, STC 57/2013, invocando la STC 174/2011 (FFJJ 3 y 4), entiende que, pese a que en nuestra tradición jurídica la forma natural de refutar las manifestaciones inculpativas que se vierten contra un acusado es el interrogatorio personal del testigo practicado en el acto del juicio oral (art. 6.3 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), esta regla general admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución en ocasiones integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción” (STEDH de 19 de febrero de 2013, asunto Gani contra España, § 38).

Así, indica el TC que el testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia debido a la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado. Ello justifica que, excepcionalmente se pueda modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido inculpativo de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado.

Por tanto, en atención al interés del menor cuando la víctima es menor de edad se entiende legítimo adoptar medidas de protección a su favor, pudiendo llegar a rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada. Ahora bien, estas medidas dice el TC que han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

En el supuesto recogido en la STC 57/2013 las menores fueron exploradas por experto, siendo conocida por el imputado dicha exploración y habiendo sido accesible su contenido a través de la correspondiente grabación a la defensa. De este modo, se tuvo la posibilidad procesal de

cuestionarla, durante su realización o en un momento posterior (ya sea en fase de investigación o en el juicio oral), indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados.

En la exploración participó una psicóloga y una trabajadora social y, como digo, fue grabada en soporte audiovisual, siendo su reproducción íntegra propuesta como prueba y llevada a efecto en la vista del juicio oral. El informe pericial elaborado incorporó la versión de los hechos que facilitaron las menores pues, para su realización, las expertas obtuvieron de éstas la exteriorización verbal de sus recuerdos, procediendo a continuación a evaluar la credibilidad de tales manifestaciones.

Así mismo, durante los siguientes meses, hasta la apertura del juicio oral en enero de 2010, la defensa no solicitó ninguna otra diligencia de investigación, ni pidió una nueva exploración de las menores, ni cuestionó el Auto de 11 de septiembre de 2009 por el que la Juez instructora dio por suficiente y finalizada la investigación de los hechos denunciados. Tampoco en su escrito de defensa propuso como prueba la declaración en juicio oral de las menores, en ninguna de sus modalidades, lo que refuerza la impresión de que resultaba patente que se habían observado las garantías constitucionales. En este caso, por tanto, los órganos judiciales responsables de la investigación o el juicio no se pronunciaron sobre la posibilidad de interrogatorio directo de las menores, ni lo obstaculizaron o impidieron.

Concluye el TC que : “El conjunto de vicisitudes procesales que han sido descritas permite afirmar que, en este caso, precisamente conforme a la doctrina fijada en la STC 174/2011, aplicada a un caso cuyas diferencias se han expuesto, el demandante tuvo posibilidad suficiente de ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción frente a las manifestaciones prestadas por las menores durante su exploración pericial en fase sumarial, dado que fueron grabadas en video, recogidas en el informe psicosocial elaborado e, inmediatamente después, puestas a disposición de la defensa, pudiendo ser cuestionadas con suficiente antelación antes de que la instrucción fuera concluida. La defensa del demandante conoció la exploración de las menores, tuvo pleno acceso a su contenido íntegro y a su grabación audiovisual. Por tanto, tuvo posibilidad de cuestionarla durante todo el proceso judicial y pudo solicitar la ampliación de la misma a fin de que, en una nueva exploración, se les plantearan otros aspectos, preguntas o matizaciones. El ordenamiento jurídico procesal no lo impedía. El demandante no lo consideró entonces necesario u oportuno y además —como ya se ha dicho— no propuso como prueba a practicar en el juicio oral la exploración de las menores. Por todo lo expuesto, no se aprecia el déficit de contradicción que sería constitucionalmente relevante si, de haber pretendido

cuestionarlas, le hubiera sido impedido por los órganos judiciales (SSTEDH S.N. c. Suecia, antes citada, § 49-50; B. contra Finlandia, de 24 de abril de 2007, § 44 o el Auto Accardi y otros contra Italia, de 20 de enero de 2005) o si, por falta de suficiente información o puesta a su disposición, o por impedimento legal, no hubiese podido contradecir la exploración en la forma que ha sido indicada. Todo lo cual conduce a la desestimación de la pretensión de amparo en cuanto denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por insuficiente contradicción”

En el momento presente, no debemos de olvidar que, aunque la introducción del tercer supuesto de prueba anticipada se lleve a cabo fuera del art 448 de la LECrim (esto es, en el 433.4), a mi juicio, se trata de una verdadera prueba anticipada. Por ello, también en este caso entiendo que es aplicable al mismo toda la doctrina vertida por nuestra jurisprudencia en relación al art 448 de la LECrim, anterior al nuevo art 433.4 de dicha Ley, en el sentido de equiparar la imposibilidad material (muerte, incapacidad, etc) de los supuestos del señalado art 448 a la imposibilidad legal en el caso de menores de corta edad o especialmente traumatizados, posibilitando por esta vía la cabida en este precepto del supuesto de las declaraciones de los menores víctimas, así como que se les releve de tener que declarar en el acto del juicio oral.

Por tanto, el razonamiento expuesto “sigue jugando” para justificar que las declaraciones de esos sujetos queden incluidas dentro del ámbito de la prueba anticipada.

Como indiqué, la imposibilidad legal que ha venido justificando la ampliación del ámbito de aplicación del art 448 de la LECrim, en especial, menores de corta edad o especialmente traumatizados, persistiría una vez llegado el juicio oral. En efecto, la imposibilidad derivada del relato de hechos por parte de un niño de corta edad que debe reproducir dicha declaración en el acto de un juicio oral lejano en el tiempo a la primera declaración, persistirá y se hará más patente si cabe en ese momento, pues la memoria a corto plazo de los niños en esa franja de edad imposibilitaría un relato certero por parte de éstos. Por otro lado, la imposibilidad derivada de daños psicológicos respecto a niños altamente traumatizados reforzaría su justificación ante una posible nueva declaración^{57, 58}

⁵⁷ También vid. STS 151/2007, de 28 de febrero de 2007, por la que se admite la incomparecencia en el plenario de un menor- víctima con la finalidad de preservarla y con base al principio de superior interés del mismo, dando por suficiente la exploración a través de la prueba anticipada, con presencia del Juez, Fiscal, partes y Letrados, médicos y psicólogos.

En la indicada sentencia se señala que la actuación fue grabada y reproducida en el Juicio Oral, constando en autos el informe de un psiquiatra desaconsejando la presencia del menor en el acto del juicio. Entiende el TS (invocando la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, así como diversas normas internacionales entre las que destaca la

Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989) que en este tema se hallan en conflicto, por un lado, el derecho de defensa con la implicación del derecho a interrogar al testigo directo, por otro, la protección de la integridad moral del menor.

Concluye el Alto Tribunal, que no se produce indefensión cuando el menor no declara en el Juicio Oral, habiéndolo hecho ya bajo la forma de prueba anticipada (con presencia judicial y de todas las partes por lo que habrán podido formular las preguntas útiles y pertinentes que hayan considerado necesarias), siendo visionada la mismas en el juicio oral y existiendo informes que indican el grave quebranto que supondría para el menor tener que declarar esta vez en el acto del Juicio.

Otra de las muchas resoluciones jurisprudenciales, reflejo de este planteamiento, que ahora obtiene reflejo legal, es la STS 96/2009, de 10 de marzo, en la que se abordaba un caso de abusos sexuales de los que fue víctima una niña de cinco años y ocho cuando se celebró el juicio oral. Así, esta sentencia profundiza amplia y rigurosamente en la materia, rechazando la impugnación de la defensa del acusado fundamentada en el hecho de que la menor víctima de los abusos sexuales no estaba imposibilitada de comparecer ante el Tribunal sentenciador por lo que la prueba anticipada carecía de eficacia. Ante ello, el TS resuelve:

"Al analizar el concepto de "imposibilidad" de la comparecencia del testigo de cargo, señalábamos en dicha resolución que junto a la procedente de materiales obstáculos para la realización del testimonio, se han de incluir también los casos en que exista riesgo cierto de producir con el testimonio en el Juicio Oral graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual. Éste es ya un valor incorporado al derecho positivo, y en cuanto su vulneración es repudiada por el orden jurídico, nada impide reputar como casos de imposibilidad los que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegida por la ley. Para valorar adecuadamente la necesidad de la prueba en el Juicio Oral ha de ponderarse, como subraya la Sentencia de esta Sala 151/2007 de 28 de febrero, el derecho del acusado pero también el derecho del menor a la protección de su libre desarrollo de la personalidad y la protección de la infancia. Esa Sentencia, reiterando lo dicho por la Sentencia 429/2002 de 8 de marzo, recuerda que la L.O. 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que es desarrollo tanto del art. 39.4 de la Constitución Española como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2 como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, "la supremacía del interés del menor" y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal", y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección "se evitará" toda interferencia innecesaria en la vida del menor". Y en el art. 17 de la misma Ley Orgánica se contiene el mandato de que "en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudique el desarrollo personal y social del menor, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que inciden en la situación personal y social en que se encuentra". El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, precisa que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderán será el interés supremo del niño". Esta jurisprudencia -añade la sentencia citada de 28 de febrero de 2007-, que atiende al superior interés del menor en el enjuiciamiento penal, cuando es testigo del hecho criminal, compaginando las exigencias de su específica protección con los que en derecho procesal penal corresponden al acusado de un hecho delictivo, particularmente a oír los testimonios en su contra y a formular preguntas al testigo de cargo (art. 6.3 del CEDH), obliga a una búsqueda de equilibrio y ponderación entre los intereses descritos".

En el caso descrito en la sentencia la declaración de la pequeña, en la fase de investigación, se hizo a presencia del Juez de Instrucción, del Secretario Judicial, del Ministerio Fiscal y del Letrado del imputado, quedando por ello

d) La cuarta de las exigencias consiste en la necesaria introducción de lo declarado en instrucción en el Juicio Oral, es decir, que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia, exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Así lo evidencia que lo exija el art. 777 en el procedimiento abreviado sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, referido como está a delitos de mayor gravedad (al respecto, SAP de Madrid 140/2008, de 27 de marzo, sobre la necesidad de la efectiva lectura de la diligencia sin que sea lícito sustituir tal actuación por la estereotipada fórmula de "se da por reproducida").

e) Por último, para intentar compensar el efecto negativo que dicha modalidad de práctica probatoria proyecta sobre la inmediación y publicidad la LECrim (art 448 de la LECrim) exige que de lo actuado se levante acta o que se plasme en soporte audiovisual para su visionado o lectura en el acto del juicio con publicidad e inmediación. Por otro lado, como previsión general de la prueba anticipada, si llegado el acto del juicio nada impidiera que el testigo declarase así debería, como ya he indicado, hacerlo ante el órgano sentenciador (a salvo de lo ya señalado para las víctimas menores de edad y sujetos especialmente vulnerables).

A modo de conclusión cabe señalar que, desde mi punto de vista, tanto el art 448 como el 777 de la LECrim, referidos ambos a la prueba anticipada en fase de instrucción, deberían haber contemplado, como supuestos de adopción de dicha modalidad probatoria, los casos de declaraciones de testigos en los que a la vez concurran la doble condición de víctimas y minoría de edad, muy en especial, en los casos de menores víctimas de delitos sexuales y particularmente cuando estos sujetos presentan corta edad o se hallan gravemente traumatizados. De este modo, tal modificación introduciría, también para estos casos (además de los previstos para testigo ausente o gravemente enfermo), la obligación impuesta al Juez de

cumplida la exigencia del principio de contradicción establecida por el art. 772.2 de la LECrim . Además, la psicóloga realizó a la niña las preguntas que le fueron requeridas y quisieron hacerle todas las personas presentes en la exploración. En su consecuencia, el principio de contradicción fue perfectamente observado en este caso y la diligencia de exploración grabada en vídeo y audio, reproducida por el Tribunal en el acto del Juicio Oral, releva, tal y como concluye el Alto Tribunal, de la exigencia de nueva declaración de la menor en éste.

⁵⁸ Recordemos que la nueva redacción del art 730 de la LECrim abona esta interpretación, al entender, ahora de forma expresa, que dentro de su ámbito objetivo de aplicación, se hallan las declaraciones de niños de corta edad o sujetos especialmente vulnerables practicadas conforme a las exigencias de la prueba anticipada, relegándose a las víctimas de la obligación de una nueva declaración el día del juicio.

Instrucción, que no facultad, de tomar declaración a la víctima en los términos indicados. A esta conclusión nos lleva la indeseable consecuencia que podría acontecer, de no proceder en la forma indicada, traducida en la impunidad de estas conductas inaceptables, lo que, sin duda, conecta con una cuestión de orden público, si bien el nuevo art 433.4 compensa este riesgo con alguna dificultad.

En el momento presente, ninguno de los dos Proyectos de Ley de Reforma de la LECrim recogen modificación alguna de los señalados preceptos en el sentido que se acaba de proponer; no podemos decir lo mismo del EVD.

En efecto, es cierto que el EVD dedica algunos preceptos a la declaración del menor, las previsiones contenidas en los arts 19, 20, 21, 25 y 26 del mismo, si bien estos preceptos en ningún momento, salvo error u omisión por mi parte, exigen, cuando la declaración de la víctima tiene lugar en fase de instrucción, que la misma se lleve a cabo bajo la forma contradictoria, en especial, en los supuestos de menores víctimas de delito. Sí se alude en el citado art 26.1.a) a que dichas declaraciones sean grabadas por medios audiovisuales para su posterior reproducción en el acto del juicio, en los casos y condiciones previstos por la LECrim; sin embargo, tal previsión, no exige la contradicción.

Así, la verdadera novedad en la materia no se encuentra, pues, en los anteriores preceptos sino, como hemos tenido la oportunidad de comprobar, la misma viene de la mano de la DF 1ª.11 del EVD al reformar el mencionado art 433 en el sentido indicado. Se aprecia en el legislador un buen propósito con dicha modificación, pero una defectuosa plasmación legal, pues muchos son los problemas y dudas que la misma suscita en el sentido ya apuntado en páginas anteriores.

b) La facultad del art 730 de la LECrim y su relación con el art 448 de la LECrim.

Interesa en este apartado precisar el alcance y ámbito objetivo de aplicación del art 730 de la LECrim, pues entiendo que del mismo se desprenden consecuencias bien diferentes según nos hallemos en uno u otro de los posibles escenarios que, a mi juicio, se derivan del mismo.

Con carácter previo, me parece justificado llamar la atención sobre el cambio de redacción que ha sufrido el precepto en virtud de la DF 1ª apartado 21 del EVD:

Con anterioridad a dicha modificación el indicado artículo señalaba:

“Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”⁵⁹.

Del precepto se desprendía, sin duda, una posibilidad probatoria excepcional, la cual se mantiene en la redacción actual, entendiéndose por ello que la misma no pueda extenderse más allá de lo que autoriza su misma excepcionalidad.

Cabía entender como sus requisitos de aplicación los siguientes (aplicables al momento presente):

1º) Era imprescindible que sobreviniera una verdadera imposibilidad fuera congénita o sobrevenida que condujera a la irreproducibilidad en juicio de la prueba (por ejemplo, una inspección ocular, también caso de testigo fallecido sobrevenidamente).

⁵⁹ Así, el precepto contemplaba los supuestos de práctica de diligencias en fase de instrucción que no se practicaron bajo la forma de la prueba anticipada, pues nada hacía prever la imposibilidad de su práctica el día del juicio. En estos casos de imposibilidad sobrevenida, como he indicado, el señalado precepto permitía y permite que dichas actuaciones sean traídas al juicio para su debate contradictorio tal y como la jurisprudencia ha venido admitiendo en casos, por ejemplo, de muerte sorpresiva del testigo o ignorado paradero.

El TS ha indicado que el supuesto regulado por el art. antiguo art 730 de la LECrim venía a cubrir los casos en que, no siendo posible prestarse la declaración testifical en el juicio oral, la imposibilidad se debía a factores sobrevenidos e imprevisibles o congénitos. En ese ámbito disponía el art. 730 de la LECrim que pudieran leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causa independiente de la voluntad de aquéllas, no pudieran ser reproducidas en el Juicio Oral (este ámbito se amplió jurisprudencialmente, así lo veremos, antes de la entrada en vigor del EVD y, posteriormente a la misma, con la nueva redacción del precepto).

Altamente ilustradora es la STS 31/2009, de 27 de enero, en cuyo FJ 4º: "Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en el Sumario, a la actividad probatoria del Juicio oral, por la vía del art 730 de la LECr, que permite que se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el juicio oral. Este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en el Juicio Oral, con plena observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no debe interpretarse más allá de lo que exige su propia condición de excepción. Su presupuesto de aplicabilidad es la irreproducibilidad en el Juicio Oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas-como por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario- o sea por causas sobrevenidas de imposibilidad de práctica en el Juicio Oral. En este segundo supuesto que incluye los casos de testigos desaparecidos o fallecidos o imposibilitados sobrevenidamente, es necesario que resulte imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Por tanto, el art 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el Sumario, siendo por ello su declaración irreproducible. Sin duda, en estos casos cobra un especial protagonismo el testigo de referencia".

2º) De proceder la aplicación del art.730 de la LCrim se consideraba inexcusable la lectura en Juicio Oral de la diligencia sumarial, tratándose éste de un requisito ineludible que no se entendía satisfecho con dar por reproducida la declaración sumarial, en ningún caso⁶⁰.

Parece claro, pues, que el precepto contemplaba la posibilidad de que en el juicio oral determinadas actuaciones llevadas a cabo en la fase de investigación, que no fueran susceptibles de ser repetidas en el acto del juicio, siempre por causas no atribuibles a las partes, pudieran ser incorporadas y traídas al mismo mediante su lectura en dicho acto.

Ya señalé, en esos trabajos preparatorios a los que me he referido (vid nota 1) que, planteada la cuestión sobre la posibilidad de declaración con virtualidad probatoria del menor víctima de abusos sexuales en fase de instrucción, entendía que el marco adecuado, a mi juicio, era el de la prueba anticipada⁶¹ en el contexto y en los supuestos de imposibilidad material y legal que permitía la interpretación amplia de la que había sido objeto el art 448 de la LECrim.

Igualmente, indiqué que existía, a mi entender, una relación clara entre el art 730 y 448 de la LECrim⁶² y que el quid de la cuestión estaba en el concepto de diligencia. Si analizamos la redacción anterior del precepto se refería genéricamente a “diligencias practicadas en el sumario”.

Como señalé, ciertamente, en la fase de instrucción se llevan a cabo diligencias de investigación cuya finalidad es la de determinar la existencia objetiva de un hecho y su posible atribución a uno o varios sujetos; pero también en este ámbito sumarial tienen cabida determinadas diligencias de prueba como es el caso de la prueba anticipada testifical “ex” art 448 de la LECrim, a la que no se aludía expresamente en la redacción previa al EVD del señalado art 730. No obstante, entendí que, por lo anteriormente expuesto, el ámbito objetivo de aplicación del art 730 de la LECrim presentaba un doble frente:

a) por un lado, respecto de la prueba anticipada, en tanto que atemperaba el requisito de la misma consistente en la necesidad de nueva declaración del testigo cuando la misma no fuera

⁶⁰ En el momento presente estos requisitos son de plena aplicación, si bien hay que considerar que, al introducirse dentro del ámbito objetivo del precepto las declaraciones de niños de corta edad o sujetos especialmente vulnerables, se incorpora una imposibilidad previsible (la propia de la prueba anticipada) de tipo legal.

⁶¹ Al respecto LADRÓN DE GUEVARA, “Valor de la declaración de la víctima menor de edad en la fase de instrucción del proceso penal español” (1), DIARIO LA LEY Nº 7106, 3 de febrero de 2009, AÑO XXX, Ref D-32, págs 4 a 10.

⁶² De hecho, en mi ponencia (vid nota 1), uno de los apartados importantes a desarrollar era la importancia de la relación entre el art 448 y 730 de la LECrim.

posible. Este efecto modulador mucho tenía que ver toda la jurisprudencia alumbrada en los últimos tiempos que, gracias a una interpretación finalista del precepto, lo entendía aplicable en el ámbito de la prueba anticipada en el sentido de relegar de la exigencia de nueva declaración de la víctima en el acto del juicio al entender, desde una perspectiva amplia, la noción de imposibilidad del precepto.

b) por otro, operando en los casos de que, tomada la declaración bajo la forma de diligencia de investigación, esto es, sin contradicción no fuera posible una nueva declaración del testigo en el acto del juicio por imposibilidad sobrevenida.

En realidad, lo que hace la nueva redacción del art 730 de la LECrim es recoger, ahora de forma expresa, estos dos supuestos, dando un nuevo impulso en la línea de la interpretación jurisprudencial finalista del precepto a la que he aludido. De este modo, la imposibilidad del art 730 ya no es, desde la literalidad del mismo, sólo una imposibilidad material sino también legal en el caso de declaraciones de víctimas menores de edad o con discapacidad, es decir, sujetos que presentan una especial vulnerabilidad.

Si nos fijamos, el apartado a) es el que ahora incorpora la nueva redacción, en el sentido sugerido:

Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Por tanto, podemos afirmar que la nueva redacción del art 730 de la LECrim acoge dos tipos de imposibilidad, a saber: la relativa diligencia de investigación/ testimonio a la que sobreviene una imposibilidad material (muerte, etc) y la relativa a la imposibilidad legal que se equipara a la material en relación al testimonio de los menores de edad o personas especialmente vulnerables.

En virtud de este último tipo de imposibilidad estos sujetos se verán relevados de la obligación de declarar nuevamente en el acto del juicio, ahora ya por indicarlo una previsión legal, que acoge, como he dicho, la interpretación finalista que al respecto ha venido realizando la jurisprudencia.

Esta situación es posible porque la declaración testifical, como he indicado, puede adoptar en nuestro sistema legal esas dos modalidades, esto es, bajo la modalidad probatoria o bajo la modalidad de diligencia de investigación. En efecto, con carácter general, más allá del supuesto concreto de declaraciones de testigos menores de edad víctimas de delitos sexuales, nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que una diligencia de investigación consistente en la declaración de un testigo víctima, no comprendido en ninguno de los supuestos del 448 de la LECrim, se lleve a cabo sin contradicción.

En este sentido, de la lectura del nuevo art 433 de la LECrim se aprecia con claridad que la modalidad ante la que nos hallamos en los párrafos 1º y 2º es la de diligencia de investigación, pues en ningún momento se exige que la declaración del testigo se lleve a cabo bajo la exigencia de la señalada contradicción. Ciertos es, igualmente, que el párrafo 4º acoge la diligencia en un faceta probatoria para el supuesto de menores de edad o sujetos especialmente vulnerables.

En su consecuencia, desde mi punto de vista, dos son los posibles escenarios; veámoslo:

a) La declaración del menor se ha practicado como prueba anticipada, la vía entiendo correcta, pues la interpretación amplia del art 448 de la LECrim permite extender el concepto de imposibilidad a los supuestos de declaraciones de menores víctimas de delitos sexuales o abusos y el actual 433 contempla la toma de declaración de estos sujetos con contradicción.

Se trata de una imposibilidad previsible por lo que la actuación procesal adecuada es llevar a cabo la diligencia no como diligencia de investigación (que no requiere contradicción) sino como actuación de carácter probatorio (art 448 de la LECrim) con las exigencias que les son propias. Dado que esa imposibilidad legal persistiría en el acto del juicio, el menor quedaría relegado de una nueva declaración, resultando aplicable el art 730 de la LECrim en el sentido de relevar a la víctima de declarar nuevamente en el acto del juicio; si bien, en aras a las exigencias derivadas de principios jurídico-naturales, sería necesaria la introducción en dicho acto de las grabaciones o soportes en los que constar dicha declaración.

b) La declaración del menor se ha llevado a cabo inadecuadamente, según mi parecer, no como diligencia de prueba anticipada sino como diligencia de investigación, por tanto, sin contradicción. En este caso, nos encontraríamos con que, de acuerdo con el art 448 el Juez de Instrucción no habría observado la obligación que le impone el citado precepto de, en estos casos: "...mandar practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción". Igualmente, tampoco habría observado la previsión de

contradicción que, de forma específica, contempla el nuevo art 433 de la LECrim para la declaración de los menores y sujetos especialmente vulnerables. En este supuesto se plantearía el problema de la incorporación al acto del juicio de la declaración del menor ¿Cabría entender aplicable el art 730 de la LECrim? Entiendo que no, pues:

-respecto a la primera parte del art 730, cabe afirmar que la imposibilidad no sería ni congénita ni sobrevenida, sino previsible;

-respecto a la novedad introducida por el nuevo art 730 de la LEC, recordemos que va referida a la prueba anticipada “ex” art 448 de la LECrim, en nuestro caso, al no haberse dado la contradicción, no sería aplicable, pues nos hallaríamos fuera del ámbito objetivo del precepto;

-a mayor abundamiento, y como reiteradamente ha señalado nuestra jurisprudencia, la facultad del art 730 para estos supuestos debe ser utilizada de forma restrictiva y excepcional.

En estos casos debería, entiendo, acordarse la declaración del menor en el juicio, adoptándose todas las medidas necesarias para evitar la confrontación visual entre agresor y víctima con la finalidad de minimizar el impacto que la nueva declaración pudiera tener sobre dicho menor, siendo su declaración infungible y no sustituible por las manifestaciones en el juicio de los peritos que hayan valorado a la víctima. Sostener lo contrario, llevaría, desde mi punto de vista, a forzar en exceso el principio de defensa hasta un extremo no aceptable, siendo además una interpretación que, entiendo, no permitiría el precepto.

Precisamente, para intentar minimizar el señalado impacto del proceso sobre el menor, nuestro ordenamiento jurídico ha introducido todas las medidas que tienden a evitar la confrontación visual entre presunto agresor y víctima⁶³.

Debo realizar una matización a la afirmación que acabo de efectuar. Entiendo que, tan sólo en el caso de que un informe pericial justificase un deterioro en el equilibrio psicológico del menor posterior a la declaración de éste en instrucción, cabría aceptar una imposibilidad sobrevenida que justificase la introducción por la vía del art 730 de la LECrim de lo declarado en fase de investigación por el menor. Así, dicha declaración sería traída a juicio y leída en dicho acto,

⁶³ Con la LO 8/2006 por la que se reformaron los art 448 y 707 estas medidas eran de adopción obligatoria por el Juez; en similar sentido, arts 25 y 26 del EVD.

sometiéndola a una contradicción, ciertamente de peor calidad que la que se habría conseguido de haber declarado el testigo en el acto del juicio oral, pero que permitiría contradecir el contenido de la citada declaración.

V.- MEDIDAS PARA EVITAR LA CONFRONTACIÓN VISUAL; PREVISIONES DEL EVD.

Como ya he indicado, cuando la declaración testifical es prestada por un menor la misma debe estar rodeada de una serie de mecanismos destinados a minimizar el impacto negativo que el proceso puede proyectar sobre aquél. En efecto, la protección de la integridad moral de las víctimas menores de edad víctimas de abusos a raíz de su intervención en un proceso penal exige, de acuerdo con la LO de Protección Jurídica del Menor (art 11.2), con la Convención de Derechos del Niño (art 39.4) y con la doctrina sentada por la Gran Sala del Tribunal de Luxemburgo de 16 de junio de 2005 (caso Pupino) en relación con la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, sobre el Estatuto de la víctima del proceso penal, que se busquen formas para minimizar el impacto de dicho proceso en la señalada víctima.

En este sentido, la declaración del testigo menor de edad en el acto del juicio oral o, en su caso, en sede de investigación, se encuentra regulada, como ya adelanté en los aspectos introductorios de este trabajo, en distintos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, contemplando, de acuerdo con las previsiones normativas internacionales, determinadas medidas tendentes a reducir el grado de victimización secundaria que pueda producirse en dicho menor. De este modo, cabe indicar que las novedades en esta materia, con ocasión de la nueva redacción de los artículos 448 y 707 de la LECrim tras la entrada en vigor del EVD, obligan a hacer alguna consideración de interés. En efecto, los antiguos artículos 448.3 y 707.2, respectivamente para la fase de instrucción y la de juicio oral, señalaban:

“La declaración de los testigos menores de edad se llevará acabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”.

Sin embargo, la DF 1ª.12 y la 1ª.19 del EVD dan una, por lo que respecta a esta materia, nueva redacción al art 448.3 y 707. Así el primero indica:

“La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que se haga posible la práctica de esta prueba”.

Parece, pues, que el cambio radica en que la antigua redacción establecía obligatoriamente la necesidad de que cuando quien declarase fuera un menor se evitara la confrontación visual con el agresor, mientras que la nueva redacción introduce al respecto, en relación a los testigos menores y sujetos especialmente vulnerables, el término podrá. Para entender este ámbito discrecionalidad hay que poner el precepto en relación al art 707.2 en su nueva redacción, en el que se dice:

La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.

Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección.

Así, de la lectura del precepto se desprende que, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para estos sujetos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, la adopción de las medidas para evitar la confrontación es obligatoria. Desde luego, entiendo que estaríamos en este supuesto en los casos en los que el menor fuera, además víctima. Por tanto, en estos casos, sin duda, persistiría la obligación del órgano jurisdiccional de acordar dichas medidas⁶⁴.

⁶⁴ Vid también art 325 de la LECrim y art 229.3 de la LOPJ.

El art 398 bis del Código Procesal Penal italiano determina, en los supuestos de agresión sexual a menores de 16 años, que cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen el interrogatorio del menor se lleve a cabo fuera de la sede del tribunal en centros asistenciales especializados o, en su defecto, en el domicilio del menor, debiendo dichas declaraciones ser documentadas a través de medios fonográficos y audiovisuales y levantándose acta de todo lo actuado..

Por lo que respecta a la legislación francesa, la Ley n° 98-468, de 17 de junio de 1998, prevé que las declaraciones de los menores (que preceptivamente deben ser grabadas siempre que el menor o su representante consienta) se llevan a cabo en instalaciones modélicas en el entorno de un Hospital público dotadas de salas de espera con entretenimiento para los menores, salas de entrevista con cámara y espejo traslúcido. La ubicación de estos

Estos medios técnicos comprenden el uso del sistema de video conferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre las personas geográficamente distantes, asegurando la posibilidad de contradicción de las partes y el respeto a los derechos de defensa⁶⁵.

Por su parte, como ya he adelantado, el EVD establece en su art 19 una previsión general que englobaría de forma genérica el uso de la video-conferencia, así:

“Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada”.

Una previsión más específica la encontramos en el art 25.2 a) y b) al señalar que, durante la fase de enjuiciamiento, podrá ser adoptada, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en clara alusión a la video-conferencia):

“... medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba, para lo cual podrá hacerse uso de tecnologías de la comunicación, así como, medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas”.

En relación al precepto señalar dos aspectos que me parecen de interés:

espacios debe ser contigua a una sala con toda la tecnología para proceder a la grabación de la declaración; además, deben estar comunicados por interfono para que de una forma discreta se pueda proceder a plantear las preguntas que las partes consideraren necesarias, sirviéndose para ello del psicólogo que tuviera a su cargo la entrevista con el menor.

Al respecto vid VIEIRA MORANTE, Curso Tratamiento procesal del menor como víctima del delito, la aplicación con arreglo al derecho español de soluciones implantadas en otros países, www.prodeni.org

⁶⁵Sobre este novedoso sistema vid GIMÉNEZ ONTAÑÓN, “Estado actual de la utilización de la videoconferencia en la Administración de Justicia”, *La Ley*, 2003-4, págs 1596 ss; CHOCLÁN MONTALVO, Videoconferencia y proceso penal. Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2002, págs 1 ss

Entiendo, a pesar del uso del término podrá, que en el caso de víctimas menores de edad y sujetos especialmente vulnerables es obligatoria la adopción de las medidas para evitar la confrontación con el agresor.

La técnica del precepto es, entiendo, defectuosa pues, siendo la rúbrica del mismo Medidas de protección, sin más, no se hace la matización necesaria en relación a la clase de medidas de protección a las que se alude.

En relación a esta segunda objeción, pienso que las medidas de protección en sentido estricto se refieren a aquellas cuya finalidad es la de evitar la reiteración delictiva sobre la víctima, siendo requisitos para su adopción: *fumus bonis iuris* (ex art 544 bis y ter de la LECrim), *periculum in damnum* (y no *in mora*, pues éste es propio de las medidas cautelares y no las de protección) y resolución judicial motivada. Por el contrario, las medidas contempladas en los arts 25 y 26 del EVD no están previstas para aquella finalidad (evitar la reiteración delictiva de la víctima) sino para evitar el riesgo de victimización secundaria de aquélla por el hecho de hallarse involucrada en un proceso penal, siendo los presupuestos para su adopción lógicamente distintos a los exigidos para acordar medidas de protección en sentido estricto.

Por ello, hay que tener en cuenta que el concepto de medida de protección que maneja el EVD es un concepto amplio que engloba, tanto a las medidas que lo que pretenden es evitar la citada reiteración delictiva sobre la víctima, como aquéllas que lo que pretenden es minimizar la victimización secundaria.

Desde mi punto de vista, resultaría más clarificador reservar la denominación medidas de protección a aquéllas que persiguieran el primer fin y aludir para las segundas a medidas minimizadoras de la victimización secundaria, pues son distintos los presupuestos para su adopción, así como la órbita en la proyectan sus consecuencias.

Al margen de estas consideraciones y sea como fuere, qué duda cabe que el citado sistema de video conferencia es, un mecanismo altamente cualificado para conjurar o minimizar los riesgos de la citada victimización secundaria, pues permite comunicación bidireccional por imagen y sonido a tiempo real. De este modo, resulta perfectamente posible que el testigo que declare de esta forma sea sometido a las preguntas que resulten procedentes, lo que es respetuoso con las exigencias de la inmediación, contradicción y publicidad. Hay que aclarar que la circunstancia de que el testigo no pueda ser visto por el acusado no afecta a su derecho de defensa, pues, como ha señalad el TEDH en numerosas ocasiones, tal situación no es contraria al art 6 del CHDH, ya

que no impide el derecho de defensa por cuanto ello no imposibilita que el Tribunal pueda ver la declaración, ni tampoco obsta a que el letrado del acusado pueda interrogar al testigo⁶⁶.

Por último, señalar que, para el caso de que se pretenda practicar un careo entre el testigo menor y el presunto autor de los hechos, el art 713 de la LECrim aplica el mismo criterio previsto para la instrucción (art 455 de la LECrim), declarando el carácter restrictivo de dicha actuación que sólo podrá ser acordada cuando el Juez la considere imprescindible y no lesiva para el menor, previo informe de perito. De ser acordado, le serían aplicables, con más motivo si cabe, las medidas para evitar la confrontación visual entre el menor víctima de abuso y su presunto agresor.

Así pues, el careo entre el menor víctima y su presunto agresor es contemplado por nuestro ordenamiento de forma absolutamente excepcional e incluso diversas sentencias del TS permiten desestimar su práctica, sustituyéndola por el interrogatorio del perito que valoró al menor y que informará sobre la credibilidad del testimonio del mismo prestado en la instrucción.

BIBLIOGRAFÍA:

ALONSO QUECUTY, **Papeles del psicólogo**, QUEREJETA, “La validez y credibilidad del testimonio. La psicología forense experimental”, en Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián, N° 13, 1999.

⁶⁶ La introducción del sistema de videoconferencia no estuvo exenta de polémica ante la parquedad de la LECrim, en comparación con la regulación contenida en la LEC, pues ésta regulaba la posibilidad de que fueran utilizados medios telemáticos y electrónicos para la presentación de documentos, así como a la posibilidad (no sólo escrita) de documentación de las actuaciones judiciales a través de medios técnicos que garantizaran su autenticidad e integridad; así como que los juicios o vistas fueran grabados en soportes audiovisuales que recogieran la imagen y sonido (arts 135.5, 162, 172, 175, 187, 299, 382 LEC). Por su parte la LOPJ en su art 230 (en la redacción dada por la LO 16/1994) positivizó con carácter general el uso de las nuevas tecnologías en la realización de las actuaciones judiciales.

Sea como fuere, la inclusión en la LECrim de preceptos específicos de este instrumento de apoyo, que no medio de prueba, se vio impulsada por la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 sobre el estatuto procesal de la víctima, puesto que imponía a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para que una víctima de otro Estado pudiera declarar a través del sistema de video conferencia. Dicha Decisión Marco impulsó el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de Mayo de 2001 suscrito entre el gobierno y el PP y PSOE por el que se introdujo en numerosas sedes judiciales el sistema de video-conferencia.

ARROM LOSCOS, **“La orden europea de protección”**, análisis de la Directiva 2011/99 del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2011”, en *El principio de igualdad ante el Derecho privado*, Ed. Dykinson, Madrid 2013.

BUJOSA VADEL, **“La prueba de referencia y garantías procesales”**, en *La Ley*, AÑO XXVIII, Nº 6821, 15 de noviembre de 2007.

CHOCLÁN MONTALVO, **Videoconferencia y proceso penal. Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal**, Actualidad jurídica Aranzadi, 2002.

ESCALER BASCOMPTE, **“La atención a la víctima después de las últimas reformas procesales”**, en *Justicia* 2004, Nº1-2.

GIMÉNEZ ONTAÑÓN, **“Estado actual de la utilización de la videoconferencia en la Administración de Justicia”**, *La Ley*, 2003-4.

GIMENO CUBERO, **“Creencias erróneas sobre los testigos y testimonios: sus repercusiones en la práctica legal en Delitos contra la libertad sexual”**, en *Iuris*, núm. 59, págs 56 ss, citado por FÁBREGA RUIZ, **“Problemática de la declaración testifical en los menores en los procesos penales”**, *La Ley* AÑOXXVI. Número 6289, 6 de julio 2005.

LADRÓN DE GUEVARA, **“Valor de la declaración de la víctima menor de edad en la fase de instrucción del proceso penal español (1)”**, *DIARIO LA LEY* Nº 7106, 3 de febrero de 2009, AÑO XXX, Ref D-32.

MIRA SOLVES, **“Psicología del testimonio: concepto, áreas de investigación y aplicabilidad de sus resultados”**, en *Papeles del Psicólogo*, febrero, nº 48 , 1991.

TAPIA PARREÑO, **“Recientes reformas en materia de protección de menores víctimas en los procesos penales”**, *LA LEY*, Nº 6655, 20 de febrero de 2007, AÑO XXVIII, Ref D-44.

YLLANES SUÁREZ, **El estatuto de la víctima: aspectos esenciales**, en *Manuales de Formación Continuada*, Nº32, 2005.

VIEIRA MORANTE, **Curso Tratamiento procesal del menor como víctima del delito, la aplicación con arreglo al derecho español de soluciones implantadas en otros países,**
www.prodeni.org.