



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

**VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES:  
MENORES EN SITUACIÓN DE VIOLENCIA**

**Pilar Martín Nájera**  
**Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer**

Actividad: "El Estatuto de la víctima. Referencia a desaparecidos",  
20 y 21 de abril de 2017

## SUMARIO

<b>RESUMEN.....</b>	<b>3</b>
<b>1.INTRODUCCIÓN: EL MINISTERIO FISCAL Y LAS VICTIMAS MENORES....</b>	<b>4</b>
<b>2. LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA.....</b>	<b>5</b>
<b>3. MARCO JURIDICO ACTUAL.....</b>	<b>8</b>
<b>4. PRINCIPIOS RECTORES EN LA ACTUACIÓN JUDICIAL CON MENORES....</b>	<b>9</b>
4.1. DERECHO A SER OIDO. ART.9 LO 1/96 MODIFICADO POR LO 8/2015.....	9
4.2. DERECHO A QUE SU INTERÉS SUPERIOR SEA VALORADO. ART 2 LO1/96 MODIFICADO POR LO 8/2015.....	10
<b>5. DERECHO A UN DEFENSOR JUDICIAL. ART.26.2 LEV.....</b>	<b>14</b>
<b>6. DRECHO DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES VÍCTIMAS Y TESTIGOS DURANTE EL PROCESO.....</b>	<b>14</b>
<b>7.- DECLARACIÓN DEL MENOR EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN.....</b>	<b>16</b>
<b>8. PRECONSTUCIÓN PROBATORIA.....</b>	<b>19</b>
<b>9. DECLARACIÓN DEL MENOR EN EL PLENARIO.....</b>	<b>26</b>
<b>10. LOS MENORES Y LA DISPENSA QUE ESTABLECE EL ART. 416 LECrim....</b>	<b>29</b>
<b>11. PROTECCIÓN DEL MENOR FRENTE AL AGRESOR: MEDIDAS CAUTELARES CIVILES.....</b>	<b>32</b>

## **RESUMEN**

*Asistimos en el momento actual a un camino sin retorno en la protección de la víctima dentro del proceso penal, plasmado tanto a nivel doctrinal como normativo, y éste tanto en el ámbito interno como comunitario e internacional, terminando con la histórica desigualdad entre las partes, sin que ello suponga un regreso a la justicia privada. Se trata de armonizar los derechos de las víctimas y el respeto a un proceso con todas las garantías.*

*Si durante años la víctima ha sido la gran olvidada del proceso penal que se centraba en la figura del imputado y sus derechos y garantías, las últimas reformas legislativas configuran un proceso penal inseparable de la idea de justicia, que incorpora como uno de los objetivos inexcusables la reparación patrimonial y moralmente a la víctima evitando, por ello que el proceso sea una nueva fuente de daños, o al menos procurando minimizar sus negativos efectos y por tanto tiene derecho a ser informada, a ser atendida y protegida en todas sus fases, porque además en muchas ocasiones es un elemento probatorio esencial para sostener la acusación del MF.*

*Estos mismos cambios legislativos han reforzado la protección de los menores víctimas y testigos, de los hijos e hijas de las víctimas de violencia de género, o de aquellas víctimas especialmente vulnerables, arbitrando mecanismos especiales e instrumentos para garantizar los derechos de los mismos a lo largo del proceso, e incluso frente al proceso, y evitar la victimización secundaria pero sin merma de las garantías procesales del acusado; El análisis de estos nuevos instrumentos y de la actuación de la Fiscalía, será el objeto de la presente ponencia.*



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

## **1.-INTRODUCCIÓN: EL MINISTERIO FISCAL Y LAS VÍCTIMAS MENORES.**

El Ministerio Fiscal, en adelante MF, siempre ha sido una institución muy próxima a las víctimas en su función tuitiva que proclama el Art. 124 de la Constitución Española, en adelante CE, y reitera el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en adelante EOMF<sup>1</sup> en su Art. 1 y 3.10, así como el Art. 773.1 Ley Enjuiciamiento Criminal, en adelante, LECrim. Y prueba de esta antigua y constante preocupación y vinculación son las múltiples circulares e instrucciones de la Fiscalía General del Estado, FGE, en que se ha abordado el tema y analizado la actuación del Ministerio Fiscal con las víctimas.

Especialmente importante es la implicación del Ministerio Fiscal cuando se trata de menores y personas desvalidas o en situación de vulnerabilidad, en que ese interés social que el MF está obligado a proteger y conseguir su satisfacción, es mucho más acusado. La implicación del MF ha sido una constante en los instrumentos internacionales y en las legislaciones estatales de nuestro entorno.

El Art. 3 del EOMF, concreta esta responsabilidad al encomendarle la representación y defensa, en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como, promover y formar parte de los organismos tutelares que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos.

En el ejercicio de las funciones expresamente tuitivas reguladas en el código y leyes de enjuiciamiento civiles, actúa en los supuestos de crisis familiares, siendo parte necesaria en estos procesos matrimoniales o de regulación de las relaciones paterno filiales cuando hay hijos menores, instando la adopción de medidas cuando los progenitores no ejerciten adecuadamente sus funciones derivadas de la patria potestad, o instando la continuación de la tutela o promoviendo la actuación de los organismos competentes en caso de desamparo y asumiendo la supervisión de la misma.

En el ejercicio de la acción penal, El MF debe velar por la defensa de los menores víctimas de los delitos tipificados en las leyes, esto es, debe atender a la protección del menor como víctima, en todas las fases y actos del proceso, para que éste no se convierta en una nueva forma de agresión, cuidando tanto de evitar la exposición innecesaria del menor a las vicisitudes procesales que no sean estrictamente necesarias a los fines del mismo, como a postular la necesaria asistencia técnica cuando las circunstancias de la fase procesal, o las propias circunstancias del menor lo requieran.

En consecuencia está legitimado para instar de los órganos judiciales cualquier medida o disposición que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios, Art. 158 Código Civil, en adelante CC, así como solicitar la adopción de medidas cautelares basadas precisamente en esa situación objetiva de riesgo para el menor que requiere su inmediata protección. Art. 544 ter) LECrim.,

---

<sup>1</sup> Aprobado por Ley 50/81 de 30 de diciembre.

## 2.- LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA

A nivel internacional la preocupación por la infancia ha sido máxima y queda reflejado, en numerosas disposiciones, entre las que podemos enumerar, sin ánimo de ser exhaustivos las siguientes:

-El preámbulo de las Reglas Mínimas de Beijing de 1985 donde se reconoce que “la niñez, por constituir una etapa inicial del desarrollo humano, requiere particular atención y asistencia para su desarrollo físico, mental y social, necesitando protección jurídica en condiciones de Paz, Dignidad y Seguridad.” Y, en consecuencia, se recomienda a los Estados que adopten las medidas necesarias para promover el bienestar del menor y de su familia.

-La Convención sobre los Derechos del niño de 1989, en adelante CDN, da un paso fundamental recordando que la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclama que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Establece que, la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, y que para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el niño debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, y educado en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. Y así sienta las bases que han de promover la formulación de una justicia adaptada al menor.

- Las Directrices en materia de justicia respecto de menores víctimas y testigos de crímenes emanadas del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas el 22 de julio de 2005 (en adelante, Directrices de 2005) que tratan de fomentar en los Estados miembros buenas prácticas mediante las cuales aquellos derechos se traduzcan en actuaciones concretas.

- El Consejo de Europa desde sus inicios ha prestado una atención muy especial a la infancia, de manera que no resulta extraño que se preocupe por el trato que la Administración de Justicia le dispensa cuando deba entrar en contacto con ella y analiza la posición que el menor debe tener dentro del proceso. En esta línea se encuadra el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación sexual hecho en Lanzarote en 2007 y ratificado por España el 12 de noviembre de 2010 que entre los principios que enumera recoge en su Art. 30, que cada parte deberá garantizar que las investigaciones y actuaciones penales se lleven a cabo en el interés superior del niño y dentro del respeto a sus derechos. Deberán adoptar una actitud protectora hacia las víctimas, velando por que las investigaciones y actuaciones penales no agraven el trauma sufrido por el niño y porque la respuesta penal se acompañe de asistencia, siempre que sea apropiado. Las investigaciones y actuaciones penales deberán tener carácter prioritario y evitar retrasos injustificados, estableciendo las medidas de protección en sus artículos 31 a 36: El art. 31 establece que los Estados, de conformidad con su derecho interno, han de prever normas que ofrezcan al menor la posibilidad de ser oído, de expresar sus preocupaciones y de aportar fuentes de prueba. Y en el art. 35 se les indique cómo han de encauzarse las entrevistas para que los derechos reconocidos al menor no se vean reducidos a mera declaración de intenciones. Una de las medidas a adoptar es la limitación del número de entrevistas a las estrictamente necesarias para el éxito del proceso penal. Obviamente se está refiriendo a la preservación de la validez de aquéllas para que sean susceptibles de destruir la presunción de inocencia. Por eso aborda a

continuación dos extremos: uno de carácter técnico, circunscrito a la grabación en vídeo de la entrevista, y otro, más relevante desde el punto de vista de la dogmática procesal, que es la admisión de la grabación como medio de prueba. .

- la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas de apoyo y protección a las víctimas de delitos, donde se proclama el compromiso de la UE con la protección de los derechos de las víctimas, recordando que en la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, se insta a los Estados miembros a que mejoren sus legislaciones y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer y emprendan acciones destinadas a combatir las causas de la violencia contra las mujeres, en particular mediante acciones de prevención, y se pide a la Unión que garantice el derecho de asistencia y ayuda a todas las víctimas de la violencia.

- **En nuestro ordenamiento** también disponemos de numerosas normas tendentes a la asistencia y protección de menores.

En primer lugar la propia Constitución Española, ley de leyes, dentro de su Capítulo II “De los derechos y libertades”, incorpora el **Art. 39** que señala:

- 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*
- 2. Los poderes públicos aseguran asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*
- 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.*
- 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

En consonancia con esta declaración programática, toda la regulación de la familia y menores que se desarrolla tanto en el CC, Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC, entre otras disposiciones están inspiradas en el principio de protección del interés del menor.

De especial importancia fue la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor que pretende abordar una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil. Los cambios sociales y culturales operados han provocado un cambio en el status social del niño y, en consecuencia, un nuevo enfoque en la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia, que se sustenta fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. Y esta ley es un reflejo del progresivo cambio de concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

En los últimos años, ha adquirido por desgracia especial relevancia el problema de la atención de los menores de edad que viven en ambientes de violencia familiar, de género y doméstica, en que los niños aparecen como especialmente implicados, concernidos y perjudicados.

En efecto, recientes estudios han revelado que el lugar considerado más seguro, la propia casa, el hogar, es precisamente el sitio donde los niñ@s o adolescentes podían estar precisamente expuestos a hechos violentos, a maltrato tanto físico como psicológico o emocional.

Por otra parte, la realidad social y la de la práctica de nuestros Tribunales revelan, como una verdad 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, que incluso muchas veces tienen lugar dentro del ámbito familiar.<sup>2</sup>

Y los datos estadísticos<sup>3</sup> de violencia de género reflejan la magnitud del problema ya que del total de mujeres que sufrieron violencia física, psíquica o sexual y que tenían hijos/as, el 63,6% afirmó que había hijos que presenciaron o escucharon en algún momento esa violencia. De los que la presenciaron, el 92,5% manifestaron que sus hijos/as eran menores de 18 años. Así mismo se indica que del total de hogares de una mujer con hijos que había sufrido violencia física, sexual o de miedo, en un 21% de los casos había hijos e hijas menores que si sabían lo que estaba sucediendo aunque no lo sufrieran directamente y en un 64,2% afirmaron que sus hijos/as también sufrieron directamente el maltrato físico, psicológico a sexual.

Además los datos elaborados por la Fiscalía Delegada de Violencia sobre la Mujer, muestran que en el año 2014, hubo 58 mujeres víctimas mortales que dejaron 25 huérfanos y 5 menores asesinados a manos de sus progenitores. En el año 2015, en que se contabilizaron 62 mujeres fallecidas, dejaron 46 huérfanos y 7 menores, fueron asesinados a manos de su padre. En 2016 hubo 52 víctimas, 29 huérfanos y 2 menores asesinados.

La necesidad de protección de los menores que se ven inmersos en estas situaciones de violencia en que la víctima es su madre y el responsable es su padre o la persona con la que mantienen o ha mantenido una relación de afectividad similar, había sido reclamada desde hace años desde diversos sectores sociales señalando que si realmente cualquier forma de violencia sobre un menor por su fragilidad es injustificable, es especialmente odiosa y rechazable cuando tiene lugar dentro de la familia, donde existe violencia de género. Porque la Violencia de Género, en adelante VG, es un delito pluriofensivo al afectarlo sólo a la persona que lo sufre directamente sino a todo el ámbito familiar en cuanto afecta a los principios de igualdad, dignidad y libertad en que debe desarrollarse la convivencia y el aprendizaje de los niños; la familia es el ámbito donde se inician y desarrollan los vínculos, las habilidades y los sentimientos, además del conocimiento, es decir, es la primera escuela de aprendizaje.

Los menores pueden ser víctimas directas cuando sufren también esa violencia física, psicológica o sexual; tendrá la consideración de víctima indirecta, cuando su madre, tutora o guardadora fallece a consecuencia de un acto de violencia de género y siempre son víctimas

---

<sup>2</sup>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).

<sup>3</sup> Macroencuesta de Violencia sobre la Mujer 2015. Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. MSSSI

por exposición porque presencien las palizas o las agresiones a sus madres e incluso por el mero hecho de vivir en un entorno en donde esta violencia es una pauta de relación.

Las consecuencias de estas exposiciones de menores a situaciones de violencia ha sido objeto de estudio y tratamiento en los últimos años. Así La Academia Americana de Pediatría (AAP) con 25 años de estudios empíricos sobre menores reconoce que ser testigo de violencia de género puede ser tan traumático para los niños como ser víctimas de abusos físicos o sexuales”. Pues los patrones de las alteraciones que presentan los niños expuestos a esa violencia son superponibles al patrón descrito para las niñas y niños víctimas directas de abusos.

Los niños y niñas viven en un entorno donde las relaciones violentas y el abuso de poder, que justifica, legitima y desencadena esa violencia como parte de las relaciones afectivas y personales son una pauta diaria. Internalizan un modelo negativo de relación que daña su desarrollo. Ven y sufren a una madre maltratada, en vez de protectora. Ven y sufren un padre maltratador, en vez de protector. Todo ello les puede producir alteraciones físicas como problemas de sueño, de alimentación o de concentración o y alteraciones psicológicas, como angustia y ansiedad, agresividad, problemas de empatía y comunicación social, todo lo cual afecta negativamente a su desarrollo físico, emocional y cognitivo.

Todas estas razones avalan el que se haya reconocido como víctimas de violencia de género a los hijos e hijas y a los menores sujetos a la guarda, custodia o tutela de mujeres que son objeto de violencia de género, como forma de que dejen de ser VÍCTIMAS INVISIBLES y por el contrario sean beneficiarios de toda la ayuda, asistencia y protección que establece el Estatuto del a Víctima y la LO 1/2004 con el fin de conseguir su total recuperación.

### **3.- MARCO JURÍDICO ACTUAL.**

La situación de las víctimas menores y la atención que nuestro ordenamiento jurídico les presta ha cambiado sustancialmente en los dos últimos años por La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto Jurídico de la Víctima, LEV en adelante, que traspone a nuestro derecho interno la Directiva 2012/29 UE y por la LO 8/2015 de 22 de julio, y Ley 26/2015, de 28 de julio ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, y las modificaciones que contienen especialmente, en lo que aquí nos afecta, de la LO 1/96 de protección jurídica del menor, de la LECrim y de la LO 1/2004, recogiendo las recomendaciones contenidas tanto en el Comité de los derechos del niño, como en los informes del Defensor del pueblo y de la Fiscalía General del Estado y del Senado.

Todo ello configura UN NUEVO ESTATUTO JURÍDICO DEL MENOR, en que no sólo es titular de derechos y objeto de protección, sino verdadero protagonista que debe ser oído pero que también tiene una serie de deberes, en línea con diversas normas internacionales y también autonómicas, en el que, desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no solo titulares de derechos sino también de deberes. En este sentido, se introducen cuatro nuevos artículos en los que se regulan los deberes de los menores en general y en los ámbitos familiar, escolar y social en particular.

Ello nos lleva a analizar la actual posición jurídica de la víctima menor en el proceso penal, comenzando por abordar los principios rectores en la actuación judicial, los derechos que les asisten y las medidas para su protección así como el papel que el Ministerio Fiscal debe desempeñar.

#### **4.- PRINCIPIOS RECTORES EN LA ACTUACION JUDICIAL CON MENORES.**

##### **4.1.- DERECHO A SER OIDO.- Art. 9 LO 1/96 MODIFICADO POR LO 8/2015.**

La modificación de este precepto permite un desarrollo más detallado del derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ya citado y con los criterios recogidos en la Observación n.º 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado.

La CDN de 1989, ya establecía el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y a que se tengan en cuenta sus opiniones en función de su edad y su madurez para lo cual debe dársele la oportunidad de ser escuchados. Este derecho, o establecido en el Art. 12, no es sólo un derecho en sí mismo sino que constituye uno de los principios generales que a su vez constituye un criterio de interpretación de los demás derechos. Supone que el menor tiene derecho a ser escuchado, a que su opinión sea tomada en serio y en definitiva a participar en aquellos asuntos que le afecten.

Conforme al nuevo Art. 9, el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social.

Para ejercitar adecuadamente este derecho el menor previamente deberá ser informado de una forma comprensible sobre el contenido de lo que se debate, su alcance y consecuencias. Pero no debe olvidarse que se trata de un derecho, no de una obligación, por lo que cabe la negativa del menor a declarar. La edad y madurez son dos criterios a tener en cuenta, siendo más importante el desarrollo evolutivo y capacidad de comprensión del menor, que su edad biológica; En todo caso se entiende por ley que a la edad de 12 años se alcanza la suficiente madurez.

El menor podrá ejercer este derecho por sí mismo o por la persona que designe para que le represente e incluso podrá ser asistido si fuera necesario de profesionales expertos. Podrá expresar su opinión verbalmente o a través de otras vías no verbales de comunicación. En todo caso sus comparecencias tendrán carácter preferente y deberá velarse por preservar siempre su intimidad.

Cuando no sea posible o conveniente oír personalmente al menor su opinión podrá ser transmitida por sus representantes legales, cuando no tengan intereses contrapuestos o por otras personas de su confianza.

Pero no basta con escuchar la opinión del menor sino que hay que tenerla en cuenta y valorarla a la hora de tomar la decisión, por ello el precepto analizado termina señalando que siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

En nuestro derecho, es cierto que el Art.92. 2 CC, contemplaba la obligación del juez de velar por el cumplimiento del derecho a ser oído antes de decidir sobre la custodia, cuidado y educación de los hijos menores, si bien añade, “cuando tengan suficiente juicio y se estime necesario”. Y el Art. 770.4 LEC, cuando se trate de un proceso matrimonial contencioso y se estime necesario se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso cuando fueren mayores de 12 años, obligación que no se contempla para el procedimiento de mutuo acuerdo regulado en el Art. 777.5 LEC, lo que en la práctica ha supuesto que muy pocas veces los niños sean oídos por el Juez que posteriormente toma la decisión, en base a evitar la victimización secundaria, por reticencias de los jueces, de los fiscales y de las propias madre y sus letrados.

La actual regulación, como hemos visto, establece de forma taxativa la obligación de oír a los menores, siempre y cuando se realice asegurando su plena protección, y no deja margen a la discreción del juzgador, que deberá valorar en atención al interés superior del menor y en todo caso, motivar la razón por la cual no se procede a la audiencia del mismo.

Este importante cambio legislativo tiene una incidencia plena no sólo en los procesos matrimoniales en el ámbito civil, sino también en la adopción de medidas cautelares en supuestos de violencia de género o doméstica en aplicación del Art 544 LECrim, cuya nueva redacción analizaré más tarde.

Y en consecuencia, este precepto que contiene no sólo un derecho sino un principio general de interpretación, impone una obligación y en concreto para los Fiscales un cambio de actuación siendo conscientes de que oír a los hijos menores de víctimas de violencia de género a la hora de adoptar las medidas relativas a la guarda, custodia, visitas y comunicaciones, bien directamente, bien a través de los equipos psicológicos o personal especializado, no es una opción, sino que constituye un derecho que tienen y que nosotros, como Fiscales, tenemos el deber de velar porque este derecho sea efectivo, en las condiciones que se estimen necesarias para no afectar a su protección, evitando en todo caso la victimización secundaria, pero siempre antes de adoptar las medidas que les afectan.

No hay que olvidar que la propia ley proclama que “Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional.”

Obligación que es más patente y urgente dada, la reciente sentencia del TEDH, ha condenado a España por vulnerar el Art.6 de Convenio al no haber oído a las hijas en un supuesto de divorcio a la hora de determinar el régimen de guarda y visitas. Sentencia de 11 de octubre de 2016. Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España.

En la misma línea, una muy reciente sentencia de la Sala 1ª del TS, dictada el 7 de marzo de 2017<sup>4</sup> anula la sentencia dictada en unos Autos de divorcio en que primero se atribuyó la guarda y custodia al padre con un régimen de visitas a favor de la madre de la hija común, mayor de 12 años, decisión que fue revocada por la Audiencia Provincial que establece un régimen de custodia compartida, sin que en ningún caso la hija común que ya tenía 15 años hubiera sido oída. El TS recuerda que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005 aseveró que “Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada». En consecuencia, obliga a retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que la menor sea oída.

#### 4.2.- DERECHO A QUE SU INTERÉS SUPERIOR SEA VALORADO.- Art. 2 LO 1/96 MODIFICADO POR LO 8/2015.

Como señala el legislador<sup>5</sup> “La nueva normativa desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto, al igual que el derecho a ser oído, constituye uno de los principios generales y por lo tanto su alcance es triple; Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio”.

En realidad este derecho es complementario del anterior ya que no se puede valorar adecuadamente el interés del menor sin oír su opinión, y ambos juegan no sólo como derechos en sí sino también como principios generales de interpretación de los demás derechos de los menores.

El Art. 2 comienza proclamando que “ todo menor” tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”.

<sup>4</sup> Sentencia nº 157/2017 dictada en el recurso de casación por infracción procesal nº 1874/2016 contra la sentencia dictada en apelación por la Sección 4ª de la AP de Bizkaia en Autos de divorcio nº 154/2015 del Juzgado de familia nº 5 de Bilbao.

<sup>5</sup> Apartado II del Preámbulo de la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.

Por ello, en la aplicación de las normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

Como el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, la propia ley establece unos criterios generales a tener en cuenta, sin perjuicio de las peculiaridades en cada caso concreto y son:

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.
- d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

Incluso la ley establece una suerte de elementos de ponderación de los criterios anteriores:

- a) La edad y madurez del menor. Se sustituye el término juicio por el de madurez, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense, haciendo hincapié en la importancia del proceso madurativo del menor más que en la edad cronológica.
- b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación, otro de los principios generales de la Convención. Evitando cualquier trato discriminatorio por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
- c) El efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Los demás elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Y como criterio general obliga a que todos estos elementos sean valorados de forma conjunta, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

Añade que en caso de concurrencia de cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes y, en todo caso, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

A la vez, recalca la importancia de respetar las garantías procesales en la adopción de cualquier medida en interés del menor, en concreto:

- a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.
- b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.
- c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.
- d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.
- e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.»

Es decir, el legislador acertadamente en mi opinión, no se ha limitado a delimitar este principio rector desde su faceta sustantiva, sino que ha establecido desde el punto de vista procesal un sistema de garantías para asegurar su vigencia y aplicación efectiva.

Dichas garantías procesales nos obligan a replantearnos algunas situaciones instauradas en nuestro sistema procesal civil, concretamente la irrecurribilidad de las medidas provisionales civiles, ya que esta ley recoge la necesidad de articular recursos que permitan revisar la decisión adoptada, cuando no haya primado el interés superior del menor en la misma o

cuando se hayan producido cambios significativos en las circunstancias tenidas en cuenta que obliguen a su revisión.

En efecto, el Art. 771.4 de la LEC, en relación a las medidas provisionales previas y el Art. 773.3 LEC, respecto de las medidas provisionales coetáneas establecen que “contra el Auto que se dicte no cabe recurso alguno”. Ninguno de ellos ha sido modificado como consecuencia de la LO8/2015.

Este criterio, sin duda tuvo su fundamento en la provisionalidad de las medidas. Pero lo cierto es que, como refleja el Estudio realizado por la Oficina del defensor del Pueblo en Mayo de 2014, Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, “Efectivamente se trata de una decisión con alcance temporal limitado pero este hecho no le resta importancia ni capacidad de afectar a la vida del niño, ya que contra la misma no cabe recurso alguno y sus efectos pueden prolongarse hasta la sentencia definitiva; siendo así que según el INE la duración media de los procesos de divorcio en el año 2012 fue de 5, 18 meses y una décima parte de los procedimientos superaron el año de tramitación”.

Podemos pues encontrarnos con situaciones en que se ha dictado un Auto de medidas provisionales que consideremos no satisface adecuadamente “el Interés superior del menor” o afloran datos nuevos cuyo conocimiento revela exigencias distintas en el tratamiento de la situación familiar de los menores, ante las que los Fiscales como garantes de ese interés superior del menor no podemos dejar de actuar.

Considero que este precepto como criterio general de interpretación y además incluido en una Ley Orgánica, exige una reinterpretación de los preceptos procesales civiles citados en cuanto abre a una nueva vía para poder pedir la revisión de la medidas bien mediante su invocación directa, bien a través del Art. 158 CC, mecanismo ágil y sobradamente conocido por ser ampliamente utilizado por el Ministerio Fiscal para la protección de los intereses del menor en tanto que permite recurrir a él en cualquier momento procesal y en todo tipo de procedimiento, sobre el que no me voy a detener.

A modo de conclusión cabe decir que las decisiones que se adoptan en el Auto de medidas provisionales civiles afectan directamente a la vida y situación personal del menor por lo que, ni el carácter provisorio de tales medidas, ni la urgencia con la que se adoptan tales decisiones, pueden desviarnos en nuestro papel de defensa de su intereses.

Todas estas reflexiones son aplicables también a las medidas civiles adoptadas en el seno de una orden de protección cuando estas medidas se prorrogan al haberse incoado, en el plazo de 30 días de su adopción, un procedimiento de familia ante la jurisdicción civil, ya que una vez ratificadas o modificadas por el juez competente se convierten en unas auténticas medidas provisionales.

## **5.-DERECHO A UN DEFENSOR JUDICIAL. Art. 26.2 LEV.**

En principio, conforme al Art. 162 CC, los padres tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, salvo los casos en que exista conflicto de intereses entre ellos. El Art. 163 CC regula el nombramiento de un defensor de los menores que les represente en juicio y fuera de él en caso de conflicto de intereses con sus padres, desarrollándose en los

Art. 299 y ss. CC, que será designado en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, materia que actualmente también ha sido objeto de modificación.

El Art. 10 LO 1/96, incluye como derecho del menor la solicitud de asistencia legal y nombramiento de defensor judicial para emprender acciones judiciales y administrativas necesarias para la defensa de sus derechos e intereses.

Además el Art. 26 LEV en su párrafo 2º establece que el Fiscal recabará del Juez o Tribunal un defensor judicial para la víctima para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos:

a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.

b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.

c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares.

## **6.- DERECHO DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES VÍCTIMAS Y TESTIGOS DURANTE EL PROCESO.-**

Consciente el legislador del daño que la intervención en el procedimiento provoca en las víctimas, máxime cuando son menores, el nuevo Estatuto de la Víctima está impregnado de recomendaciones dirigidas a apoyar, atender y proteger a las víctimas desde el primer momento y a lo largo de todo el proceso para evitar o disminuir los efectos perjudiciales o revictimización secundaria, con especial referencia a la actuación con los menores tanto en la investigación como durante el enjuiciamiento, estableciendo la obligación de autoridades y funcionarios de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida, integridad, intimidad y dignidad de las víctimas,

El menor como toda víctima tiene los derechos generales establecidos en los Arts 20 y ss de la LEV: evitar confrontación visual, que no se produzcan dilaciones, a no sufrir reiteradas declaraciones, a estar acompañada por persona de su confianza, a la protección de su intimidad y privacidad que se refuerza en caso de menores impidiendo la difusión de cualquier noticia que permita su identificación, limitando la publicidad, la obligación de evaluar de sus necesidades y tener en cuenta sus opiniones e intereses.

**Art. 19 LEV**, encomendando especialmente a la Fiscalía la vigilancia sobre las medidas que se adopten para evitar o reducir los perjuicios para los menores atendiendo a su interés superior.

Por su parte, el **art. 23**, establece una protección reforzada para las víctimas menores de edad teniendo en cuenta su situación personal, necesidades inmediatas, edad, género, discapacidad y nivel de madurez, y respetará plenamente su integridad física, mental y moral. En el caso de menores de edad víctimas de algún delito contra la libertad o indemnidad

sexual, se les recibirá declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin, que además intervengan profesionales con formación específica y siempre por la misma persona, e incluso, cuando lo solicite que sea una persona del mismo sexo que la víctima, salvo que perjudique el desarrollo del proceso de forma relevante o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal".

En consecuencia se ha reformado la LECrim, modificando los Arts. 301 y 301 bis, reforzando las garantías para preservar el carácter reservado de las actuaciones sumariales y se faculta al Juez de instrucción, de oficio o a instancia de parte, a prohibir la divulgación de datos, imágenes o información tendente a identificar a la víctima o a sus familiares.

En el juicio oral, los Art. 681 y 682 LECrim, regulan más detalladamente la facultad del Juez o Tribunal para acordar que el juicio oral o alguna de sus sesiones se celebre a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso.

Y, por el mismo motivo de protección a las víctimas o a sus familiares podrá prohibir la divulgación o publicación de imágenes o información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección.

Cuando se trate de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, queda taxativamente prohibida la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.

Hace unos meses el TS, Sala de lo Civil abordó el tema del derecho a la intimidad y propia imagen de la Víctima de VG y el Derecho de información de los medios en **la STS 661/2016** de 10 de noviembre, condenando al medio de comunicación que había publicado datos que permitían identificar a la víctima, que era mayor de edad. En ese sentido, la Sala recuerda que, en relación con las actuaciones y procedimientos sobre violencia de género, el art. 63 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece una protección reforzada de la intimidad de las víctimas, "en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia", facultando a los jueces para "acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas". Y, por otra parte, que la jurisprudencia ha reconocido el interés general y la relevancia pública de la información sobre causas penales (sentencia 547/2011, de 20 de julio), que se acentúan en los casos de maltrato físico y psicológico (sentencias 128/2011, de 1 de marzo, y 547/2011, de 20 de julio), pero también ha puntualizado, en cuanto a la identificación de las personas que intervienen en el juicio, que el acusado y la víctima no se encuentran en un plano de igualdad, pues en cuanto a aquel sí cabe una identificación completa, y no solo por sus

iniciales, debido a la naturaleza y trascendencia social de los delitos de malos tratos (sentencia 547/2011, de 20 de julio). Y añade, la circunstancia de que en el presente caso el órgano judicial no acordara esas medidas y la demandante tampoco las solicitara, ni por sí misma ni mediante su abogado, no puede entenderse como una habilitación incondicionada a los medios que los eximiera de agotar la diligencia debida en el tratamiento de la información ponderando el daño que podían infligir a la víctima mediante la llamada «victimización secundaria», que en este caso consistió en superponer al daño directamente causado por el delito el derivado de la exposición pública de su imagen y su intimidad al declarar en el acto del juicio oral”.

## **7.- DECLARACIÓN DEL MENOR EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN.**

Una vez establecido el derecho del menor a ser oído, se plantea el problema de la forma de obtener el testimonio del menor testigo y más cuando es la víctima del delito de manera que se mantenga un equilibrio entre la debida protección del menor, la eficaz persecución del delito y el derecho del imputado a un proceso justo. El derecho a un juicio justo en que se basa el sistema de garantías procesales del acusado encuentra en los derechos de defensa y contradicción una de sus principales manifestaciones.

El art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH) enumera los derechos que, como mínimo, tiene todo acusado, y entre ellos, en la letra d), el 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”. Ello supone el derecho a un juicio contradictorio en el que el acusado pueda defenderse de la acusación, planteando pruebas de descargo y combatiendo las pruebas incriminatorias, junto a la posibilidad de participar en las diligencias y trámites del proceso, para así poder ejercitar su derecho a ser oído y a alegar, en su interés, lo que a su Derecho convenga.

Tanto el TEDH como nuestro Tribunal Constitucional, han analizado en numerosas resoluciones este derecho de defensa. LaSTEDH de 27 de febrero de 2001 (asunto “Lucha”) declara en este sentido que “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”. En la misma línea, para nuestro TC el derecho de defensa se garantiza mediante un procedimiento contradictorio, y de ello deriva que el principio de contradicción, o más exactamente, la posibilidad de contradicción, se convierta en regla esencial del desarrollo de todo proceso (SSTC nº 93/2005 de 18 de abril y 12/2006 de 16 de enero).

La STC nº 154/2000 ha afirmado que “el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en todo proceso judicial deba respetarse, a través de la contradicción, el derecho de defensa de las partes contendientes. Tal derecho fundamental alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de los intereses en juego. El principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye, en efecto, una exigencia ineludible, vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular importancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la

Ley, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en el proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen”. Esta misma postura ha sido adoptada por nuestro Tribunal Supremo en numerosas resoluciones.

En este contexto, es como señala la Circular FGE 3/2009 de 10 de noviembre, de protección de menores víctimas y testigos, donde, partiendo del máximo respeto al derecho de defensa del acusado, verdadero eje vertebrador del proceso penal, surge la necesidad de tomar en consideración los derechos y necesidades de los menores que son víctimas de delitos o actúan como testigos en los procesos penales, reuniendo frecuentemente ambas condiciones. La psicología ha puesto de manifiesto que la intervención de un niño en un juicio es vivida generalmente como una experiencia estresante potencialmente provocadora de efectos a largo plazo y, de forma especial la confrontación ante adultos inculcados o implicados y las preguntas agresivas de las partes, son las situaciones que más secuelas traumáticas pueden dejar en niños que comparecen ante un Tribunal. Y en este equilibrio de posiciones y derechos es donde el Fiscal tiene una actuación importante pero no exenta de dificultad en la medida que en el Fiscal concurre simultáneamente el doble cometido de garantía de los derechos del imputado y específica defensa de los derechos fundamentales del menor (vid. apartado I.- de la Instrucción 3/2008, de 30 de julio).

La victimología ha puesto de relieve la necesidad de no olvidar los derechos de las víctimas en especial a su dignidad, intimidad y la necesidad de evitar o reducir los efectos perjudiciales y traumáticos que su paso por el proceso provoca. La particular vulnerabilidad de los niños víctimas y testigos reclama especial protección, así como asistencia y apoyo apropiados a su edad y nivel de madurez, a fin de evitar los traumas o minimizar el impacto que puede ocasionar su participación en un proceso.

Numerosas recomendaciones del Consejo de Europa recalcan la necesidad de adoptar las medidas necesarias para que la declaración de los menores se realice en condiciones adecuadas. Se señalan como criterios a seguir, limitar el número de entrevistas, declaraciones y audiencias a las estrictamente necesarias. Para ello se propone la grabación de las mismas. A la vez se indica la conveniencia de evitar el contacto directo del menor con el imputado, por lo que deben habilitarse salas de espera y de exploración especiales. Por último se pide que se adopten medidas que tiendan a favorecer el testimonio proscribiendo, por ejemplo, formas y métodos de exploración de cariz intimidatorio

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, que se acomode a las especiales necesidades del niño, conforme a sus 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.

La Directiva 2011/36/UE, sobre trata de seres humanos y protección de las víctimas, establece que los Estados deberán adoptar las medidas adecuadas para la protección de las víctimas de trata de seres humanos, que cuando sean menores, deben centrarse en asegurar su

recuperación física y psicosocial y en encontrar una solución duradera a su caso. El acceso al sistema educativo contribuiría a que los menores se reintegraran en la sociedad. Como quiera que los menores víctimas de la trata son particularmente vulnerables, deben preverse medidas de protección adicionales para protegerlos durante los interrogatorios que se lleven a cabo en las investigaciones y actuaciones judiciales.

En consonancia con estas directrices, el momento del interrogatorio es abordado con detalle por la LEV en su **Art. 26**, consciente por un lado de la necesidad del testimonio del menor que en muchos casos, especialmente en materia de abusos sexuales, explotación sexual y maltrato en el ámbito familiar constituye la única prueba para conseguir el castigo del delincuente, por otro los inalienables derechos del acusado y finalmente que este sea prestados en las mejores condiciones y lo antes posible de manera que no perjudique lo menos posible al menor. Y así establece que serán grabadas por medios audiovisuales y reproducidas en el plenario en los términos establecidos en la LECrim, que también modifica y, en segundo lugar, que podrán ser recibidas por medio de expertos.

El antiguo Art. 433 LECrim, reformado por LO 8/2006, establecía que *“Toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal”*, ha sido modificado y actualmente establece que el Juez 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 pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible.

Ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales. En el mismo sentido se modifica el Art. 448 LECrim que insiste en la utilización de medios técnicos para evitar la confrontación visual con el inculpado.

Es decir, desaparece la mención a la necesaria presencia del MF siempre, quedando al arbitrio del juez decidir cuándo será necesaria la presencia de expertos y del MF atendiendo al grado de madurez y a los posibles perjuicios para el menor testigo. La Instrucción FGE 1/2007, de 15 de febrero, señalaba que el papel del MF en esa declaración era en su función de protector de los derechos fundamentales del menor.

La regulación actual introduce un criterio para determinar cuándo es necesaria la presencia del MF y de los expertos, demasiado amplio y valorativo, que quizás hubiera exigido una mayor concreción en la línea marcada por el Consejo Fiscal en el informe realizado sobre el Anteproyecto de la LEV, al señalar que sería conveniente acudir a criterios como la existencia de conflicto de intereses con su representante legal, la naturaleza y gravedad del delito y la edad y madurez del menor, para decidir si el Fiscal debe o no estar presente en su declaración.

Aunque el precepto no concreta de qué expertos pueda tratarse, ordinariamente habrá de entenderse que serán personas cualificadas profesionalmente para orientar sobre el modo más adecuado de abordar al menor, esto es, psicólogos infantiles, pedagogos o psiquiatras. Las

circunstancias del caso serán las que marcarán la necesidad o conveniencia de esta asistencia técnica, que se incrementará cuando el menor sea, además de testigo, víctima, y atendiendo especialmente a su edad, en cuanto normalmente para los denominados menores maduros no será necesario. También la índole del delito será determinante para calibrar tal necesidad.

El legislador ha eliminado el juramento de decir verdad para los menores de edad en fase de instrucción, sin embargo en el plenario, el Art. 706 LECrim, lo mantiene para los testigos mayores de 14 años. Además podrá estar acompañado de persona de su confianza salvo que motivadamente por el Juez se resuelva lo contrario para garantizar el correcto desarrollo de la misma. Por último el actual precepto establece la grabación obligatoria, lo que constituye un avance desde el punto de vista tuitivo.

Aunque la reforma de 2006 sólo lo estableció de forma optativa, lo cierto es que se ha ido imponiendo en la práctica y la propia FGE a través de la circular 3/2009 aconsejaba a los Fiscales que solicitaran tal medio de documentación ante la eventualidad de que el menor no pudiera declarar en el plenario y siempre que de los informes obtenidos se observase que tal obligación podría poner en riesgo el equilibrio psicológico del menor, desaconsejando en esta situación y en aras a la protección del menor y salvando siempre el principio de contradicción, que se le citase como testigos al juicio oral.

La regulación actual da un paso adelante en esta materia permitiendo de forma generalizada la preconstitución como prueba de las declaraciones de menores mediante su grabación.

## **8.-PRECONSTITUCION PROBATORIA.-**

Como es sabido, las únicas pruebas con capacidad para enervar la presunción de inocencia son las que se producen y practican delante del órgano de enjuiciamiento bajo los principios de inmediación, concentración, oralidad, publicidad y contradicción.

Excepcionalmente el TEDH, seguido por nuestro TC y TS, reconoce la suficiencia de la declaración del menor testigo, prestada en fase anterior al juicio oral para enervar la presunción de inocencia, cuando la defensa tuvo la oportunidad mediata, por ofrecimiento expreso del agente policial, de intervenir, considerando que dicha potencial intervención contradictoria satisfacía las exigencias del art. 6,1 y 6,3 d) CEDH (STEDH de 2 de julio de 2002 caso "S.N" contra Alemania).

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de junio de 2005 (caso "Pupino") declaró que los artículos 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*, han de interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional ha de poder autorizar que niños de corta edad que alegan haber sido víctimas 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. El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión Marco. Es decir había que ponderar en cada caso todas las circunstancias y los intereses en juego y en especial los perjuicios que la asistencia a juicio pueden deparar al menor a la hora de acordar la preconstitución de la prueba, grabando su declaración.

El Protocolo de actuación en casos de Maltrato Infantil aprobado en el Pleno del Observatorio de la Infancia de 22 de noviembre de 2007 dispone que se valorará la posibilidad de que la declaración del menor se practique en fase de instrucción como prueba preconstituida, para evitarle efectos de victimización secundaria, en los casos en los que sea admisible, conforme a la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo.

La Prueba preconstituida se regula en el **Art. 448 LECrim**, también modificado por la LEV, al añadir que cuando los testigos sean menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, podrá llevarse 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, en clara referencia a la videoconferencia.

Este precepto se complementa con el también modificado **Art. 730 LECrim** que establece: “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”.

#### PRESUPUESTOS Y REQUISITOS NECESARIOS.

Antes de esta reforma, la preconstitución de la prueba, conforme al art. 448 LECrim tiene como presupuestos habilitantes los supuestos en los que el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a juicio por haber de ausentarse de la Península, y cuando hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral.

En el ámbito del procedimiento abreviado, tras la reforma operada por Ley 38/2002, de 24 octubre, se ensanchan los presupuestos justificadores de la preconstitución probatoria. En efecto, el apartado segundo del art. 777 LECrim permite la preconstitución cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión. Su realización se regulaba de forma diferente según el tipo de proceso en los Arts. Citados, sin que existiera referencia alguna al supuesto de los menores.

Sin embargo, la necesidad de evitar el perjuicio que para los menores suponía volver a declarar en el plenario con el riesgo de revictimización que conlleva a la vez de la inutilidad de su testimonio por el transcurso del tiempo, han llevado desde hace años a la conciencia de que no bastaba con evitar la confrontación visual sino que en aras a la protección del interés superior del menor era necesario habilitar la posibilidad de que el menor no volviera a declarar en el procedimiento y en ese sentido se fue creando un criterio jurisprudencial consolidado basado en la CDN y demás instrumentos internacionales y en el interés superior del menor.

Nuestro Tribunal Constitucional, se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este aspecto, así la STC de 23 de febrero de 2013, que considera conforme a conforme a la

Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

En concreto, se condiciona la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos, clasificados como: a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral.

Por último la jurisprudencia de nuestro TS, también había abordado la cuestión, existiendo ya una línea consolidada (SSTS 96/2009 de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero, entre otras) que admite esta forma de reproducción del testimonio del menor, apoyándose para ello en la normativa internacional, aceptada por España, que autoriza la ausencia del menor en el proceso penal en casos de delitos contra su libertad sexual, sin que ello suponga «per se» una vulneración del art. 14 PIDC P o del art. 6.3.d) CEDH, en lo relativo al derecho de todo imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él. Esta línea interpretativa encuentra su refrendo en la Convención de Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991 (art. 96.1 C E), así como en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15/03/2001 (arts. 8 y 15), posición que a su vez viene avalada por nuestro art. 39 4º C E ("los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos").

Esta moderna jurisprudencia, incorpora así dicha normativa internacional a nuestro ordenamiento procesal, y opta por una ampliación del criterio de «imposibilidad» de testificar en el juicio oral de los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECrim (procedimientos ordinario, abreviado y urgente, respectivamente), de conformidad con la cual, junto a los obstáculos materiales para la realización del testimonio, habrán de ser incluidos también aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de producir con dicho testimonio en sede de enjuiciamiento graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, de forma que, en estos supuestos, nada impide incluir entre los casos de imposibilidad aquéllos que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegido por la ley (STS 743/2010, de 17 de junio).

En la STS 19/2013 de 9 de enero, recuerda que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos, el problema radica en determinar las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. Y en este análisis, señala que resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, en la que señala «... quien sea sospechoso

de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior». Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse.

Y concluye con contundencia 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.

Asimismo la STS 925/2012, 8 de noviembre señala que “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..” y añade...”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)”.

Por ello, el legislador de 2015 ha ido más lejos y con acierto ha modificado el Art. 730 LECrim ,permitiendo la lectura , visionado o reproducción de las declaraciones de los menores tomadas en fase de instrucción conforme al Art. 448 LECrim, aunque en realidad se está refiriendo al Art. 433, es decir, las realizadas por expertos y a la presencia del MF, cuando por la falta de madurez resulte necesario para evitarles perjuicios, tal y como puso de manifiesto el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto.: *"Razones victimológicas y epistemológicas aconsejan que la declaración prestada durante la fase de investigación judicial en un contexto de preconstitución probatoria, con intervención de expertos, bajo la directa dirección y supervisión judicial, con la presencia de todas las partes, aunque sin confrontación visual con el menor, pueda utilizarse para evitar una nueva declaración del menor en el acto del juicio oral aunque sea en condiciones de no confrontación visual con el acusado. En estas condiciones, no sería necesaria una declaración del menor en el acto del juicio oral, pues la misma sería sustituida por el visionado de la grabación de la entrevista realizada en fase de investigación complementada con otras pruebas"*. En la misma línea se pronunció el Consejo de Estado al apostar por incorporar al articulado nuestra ley rituarial los supuestos de reproducción en el juicio de las declaraciones grabadas durante la fase de instrucción.

La nueva regulación no establece requisito adicional ninguno cuando se trata de menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, al contrario, parece que es un supuesto

en que con carácter general es procedente para evitar la confrontación visual con el acusado, y la posibilidad de sufrir un grave daño psicológico, es decir en protección del interés superior del menor o, como apuntaba la Circular FGE 3/2009, la corta edad del testigo unido al transcurso del tiempo hará inútil cualquier intento de recuerdo o la validez de su tardío testimonio .

En todo caso se procederá a la grabación de tal examen en presencia del Secretario Judicial y la posibilidad de la contradicción. Las preguntas de la defensa deben pues transmitirse al encargado de dirigir el interrogatorio, sea el propio Juez, sea el Psicólogo.

Tras esta reforma el Tribunal Supremo ya ha dictado varias resoluciones en que en términos generales, admite la validez de la declaración del menor como prueba preconstituida para enervar la presunción de inocencia siempre que se realice con todas las garantías de manera que deje a salvo el principio de contradicción, a modo de ejemplo se encuentra:

La STS 1/2016, de 19 de febrero, analiza un motivo basado en quebrantamiento de forma por denegación de prueba propuesta en tiempo y forma, al haber negado el Tribunal la exploración de la menor, víctima de abusos sexuales cuando tenía 3 años y 4 y 9 meses cuando se celebró el juicio para evitar los perjuicios de su victimización secundaria. Dicha exploración de la menor se practicó , dirigida por el Instructor, practicada por personal técnico especializado, con presencia del letrado defensor del procesado y de este, de la que se levantó acta videográfica unida a las actuaciones y que se encuentra documentada en la causa. La declaración de la menor fue examinada en el acto del juicio oral mediante el visionado de la misma, conforme a lo solicitado por el fiscal, petición a la que se adhirió la defensa del procesado. Sigue diciendo el tribunal de instancia que la declaración de la menor puede, por tanto, valorarse como prueba de cargo, en tanto ha sido practicada en forma legal y con escrupulosa garantía de los derechos de defensa del procesado, de contradicción y de inmediación, junto con el resto de las pruebas. Concluye el Tribunal que el motivo debe de ser denegado en cuanto la decisión de la Sala en beneficio del superior interés de la menor, cumple con los requisitos exigidos, el TEDH, el propio TS, la LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanto para salvaguardar los derechos de defensa del acusado, al haberse sustituido la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo se habían asegurado las garantías para la defensa preservándose el derecho de contradicción. En el mismo sentido STS 26/2017 de 25 de enero de 2017, STS 675/2016 de 22 de julio, entre otras.

La STS 336/20016, de 28 de abril, también en un supuesto de abusos sexuales a menores de 4 y 6 años en que se denegó la exploración de las mismas en el plenario, teniendo por prueba válida las válidas las manifestaciones de las menores que resultan de las entrevistas grabadas realizadas por las peritos psicólogas, pero que no se realizaron en presencia judicial ni estuvieron presentes el Ministerio Fiscal ni el letrado de la defensa, llevándose al juicio oral las grabaciones correspondientes que se reprodujeron en el mismo. El Tribunal Supremo concluye que no es prueba preconstituida al no haberse celebrado con todas las garantías y ello impide tener en cuenta las testificales de referencia y las pruebas periciales, por lo tanto estima el recurso.

**La STS de 21 de diciembre de 2016**, correspondiente al RC. 506/2016, recordaba que <el art 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño 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 atenderá será el interés supremo del niño”. Lo que junto con el Estatuto de la Víctima debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional deba poder autorizar a un menor de corta edad que aleguen haber sido víctimas de malos tratos a que presten declaración de forma que se garantice a los menores un nivel adecuado de protección por ejemplo fuera de la audiencia pública, documentada por medio de grabación que será visionada en el plenario.

Otras sentencias reflexionan sobre “La huella psicológica que puede implicar para su formación integral la evocación de escenas de tanto impacto emocional en su desarrollo, hacía más que aconsejable que su interrogatorio se practicara con el formato en el que se verificó. Esperar naturalidad, espontaneidad, descripción minuciosa y detallada en la declaración de un niño que es obligado a recordar meses después –en ocasiones, años- la humillación sufrida, supone olvidar elementales principios de la psicología infantil del testimonio. Quienes pudieron contradecir lo hicieron. La citación de los Letrados de ambos acusados, su presencia en el interrogatorio y, por si fuera poco, su participación activa en el mismo, descartan cualquier atisbo de indefensión”. Advierte que la presencia del procesado en esta prueba no es un presupuesto de validez de la misma y finaliza poniendo de manifiesto que la declaración de pertinencia de una prueba no requiere el complemento de un informe psicológico que refuerce su procedencia. Cuestión distinta es que el juicio de pertinencia pueda apoyarse, en el momento de ser ponderado, en informes que enriquezcan su justificación. Y en el caso analizado, más allá de razones que puedan sugerir las categorías científicas propias de la psicología infantil, la decisión se justifica por sí sola.

**Por su parte la STS 1008/2016 de 1 de febrero de 2017, resuelve un recurso formulado por el condenado por un delito de abusos sexuales**, declara que la exploración del menor realizadas en el Juzgado de Instrucción como prueba preconstituida, recordando la jurisprudencia del TEDH en esta materia que establece que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso.

Sin embargo, concluye tras un examen pormenorizado de la doctrina jurisprudencial existente, que en esa exploración del menor que dio un resultado negativo por falta de colaboración, si intervino la defensa, pero no pudo intervenir en las entrevistas posteriores realizadas por la psicóloga que no fueron grabadas, ni se dio la oportunidad de intervenir a la defensa, por lo que estima el recurso y anula la anterior sentencia condenatoria absuelve por entender que dicha prueba no puede ser utilizada como prueba de cargo, ni tampoco las declaraciones de los testigos de referencia ni finalmente las manifestaciones de los peritos psicólogos.

Esta sentencia tiene dos votos particulares sumamente interesantes y documentados que, en esencia, mantienen que ante la imposibilidad de la exploración contradictoria existía material probatorio como los testimonios de referencia y periciales que no eran desechables, sino que deben de tenerse en cuenta y ponderarse todas las circunstancias concurrentes. Los Magistrados disidentes apoyan su alegato en la STEDH (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2011 (asunto Al- Khawaja y Tahery c. Reino Unido) ha venido a sostener, modulando anteriores pronunciamientos, que la posibilidad de contradicción, al menos potencial, mediante el contra interrogatorio del testigo de cargo, no es una regla de validez absoluta, sino un principio de elevado rango, susceptible de ser ponderado con otros intereses en virtud de las circunstancias de cada caso. La "regla de la prueba única o decisiva" -concepción según la que una condena no puede fundarse, única o principalmente, en un testimonio prestado sin contradicción- es sustituida por una aproximación basada en la ponderación de intereses, tanto del acusado como de las víctimas o la sociedad en su conjunto. Es legítima una condena basada en un testimonio sin contradicción efectiva si del análisis del proceso en su conjunto puede afirmarse la presencia de otros factores de compensación de ese déficit de defensa.

En el caso de Al Khawaja analizaba la acusación formulada por una paciente, luego fallecida, de haber sido objeto de abuso sexual mientras estaba bajo hipnosis. La condena se basó en la lectura en juicio de su declaración policial y en los testigos de referencia a quienes la víctima había relatado los hechos. Salta a la vista el paralelismo con el asunto aquí enjuiciado.

Tahery, por su parte, había sido condenado por el apuñalamiento de una persona con la que momentos antes había tenido una pelea. La atribución al demandante del apuñalamiento, realizado por la espalda y sin que la propia víctima hubiera visto quién era su autor, se basó en lo declarado por un testigo a la policía, testigo que no llegó a declarar en juicio ante el temor a represalias.

Aunque la sentencia de la Sala fechada en 2009 declaró ambas condenas contrarias al Convenio, la Gran Sala corrige ese criterio sosteniendo que la salvaguarda efectiva de contradicción es susceptible de ponderación con otros intereses enfrentados. La regla de que no es apta para ser prueba única o principal no es considerada como una regla absoluta. Es modulable. La ausencia de contradicción de un concreto medio de prueba, no derivada de una gestión procesal errónea o equivocada o no garantista no será contraria al derecho a un proceso equitativo si en el caso concreto se identifican medidas que permiten una correcta evaluación de la fiabilidad de la declaración a partir de una perspectiva global y tras ponderar los intereses concurrentes: se admite la posibilidad de que, excepcionalmente, los testimonios prestados fuera del juicio oral y sin contradicción efectiva puedan fundar una condena. Cuando la ausencia del testigo esté justificada en buenas razones, una regla de exclusión no puede ser aplicada "de un modo inflexible". Debe ser sometida a similares criterios de

ponderación que los empleados en casos en que es preciso proteger intereses concretos de testigos o víctimas. Lo contrario "transformaría la regla en un instrumento tajante e indiscriminado, contrario al modo tradicional en que el Tribunal aborda la cuestión de la equidad global del procedimiento, en aras a ponderar los intereses enfrentados de la defensa, la víctima y los testigos, así como el interés público en una efectiva administración de justicia" (§ 146). El TEDH afirma que cuando una condena está basada únicamente o de modo decisivo en pruebas ofrecidas por testigos ausentes, la imposibilidad de haber sometido a contradicción el testimonio no conllevará automáticamente una vulneración del derecho a un proceso equitativo. Dependerá de si en el caso concreto existen "suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba. Esto permitiría que una condena se fundara únicamente en dicha prueba solamente si es suficientemente fiable dada su relevancia en el caso" (§ 147).

Y concluye afirmando que la contradicción es un importantísimo elemento de defensa y un medio más de evaluación de la credibilidad del testimonio y de obtención de la verdad procesal. Pero admite modulaciones ponderadas cuando concurren otros medios suficientemente seguros y resulte adecuado y proporcionado a los intereses sociales presentes en la persecución penal.

El principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable" (SSTC 80/2003, 187/2003, 134/2010).

En definitiva, no cabe una postura única y automática en cuanto a la declaración de los menores y su preconstitución, sino que habrá que valorar todos los factores para determinar en interés del menor cual es la forma en que debe declarar, atendiendo especialmente a la edad, madurez, naturaleza del delito, afectación psicológica del menor.

Si se opta por preconstituir la prueba es necesario grabarla, puede realizarse por el propio juez con intervención de todas las partes, puede hacerse por los expertos sin presencia física de las partes que podrán observar su desarrollo pero arbitrando un sistema de manera que se le puedan hacer preguntas por las partes.

## **9.- DECLARACIÓN DEL MENOR EN EL PLENARIO.**

Si se considera que tiene suficiente madurez y que su testimonio es vital que se preste en el plenario, habrá de hacerse evitando la confrontación visual, y en mi opinión es conveniente no se encuentre en la misma Sala, sino que se haga uso de la videoconferencia, que reduce los perjuicios para el menor que declara sin merma alguna para el derecho de defensa.

Los psicólogos ponen de manifiesto diversos factores que pueden generar estrés para el menor:: 1) permanecer solo en el lugar destinado a los testigos; 2) la proximidad del abogado defensor y la posibilidad de llegar a ser acusado de mentir; 3) la posición en un lugar elevado de los actores del proceso; 4) el público asistente; 5) las togas de los intervinientes; 6) el que se le exija hablar en alto; 7) la utilización de un vocabulario legal ininteligible, especialmente cuando son examinados por el abogado de la defensa; 8) la presencia del acusado.

Desde luego si es necesaria su declaración y con el Estatuto en la mano, deberán evitarse las esperas, deberá estar acompañado por su representante legal o persona de confianza, solicitar que se celebre a puerta cerrada, utilizar un lenguaje directo y comprensible, evitar la confrontación visual y utilizar los medios tecnológicos adecuados para él.

Consciente de ello, el legislador ha reformado el Art. 707 LECrim para posibilitar que la declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se lleve 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.

En cuanto a la utilización de la VIDEOCONFERENCIA, método aconsejado por las Directivas europeas, por el Estatuto de la víctima, y el propio Convenio de Estambul en su Art. 56 especialmente cuando la víctima sea menor o con capacidad disminuida o vulnerable, como forma de evitar la revictimización establece que los Estados deberán permitir declarar a las víctimas ante el tribunal, de conformidad con las normas de su derecho interno, sin estar presentes, o al menos sin que el presunto autor del delito esté presente, especialmente recurriendo a las tecnologías de la comunicación adecuadas, si se dispone de ellas.

La doctrina jurisprudencial en esta materia se encuentra plasmada una reciente STS **863/2015 de 30 de diciembre**, recogiendo anteriores pronunciamientos de la Sala sobre la materia, en que se plantea un supuesto en que la declaración por video conferencia está basada en razones de seguridad para el testigo víctima dado el temor y nerviosismo que su comparecencia ante los acusados le producía por la especial brutalidad de la experiencia sufrida. Establece que el Art. 731 bis de la LECrim no limita la declaración por video conferencia a supuestos de perjuicios ocasionados por los desplazamientos, sino en términos generales a de razones de utilidad, seguridad o de orden público apreciadas por el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, refiriéndose especialmente a cuando se trate de un menor, por lo que la ley no excluye la video conferencia en supuestos en que la víctima se encuentre especialmente afectada, y su estado de nerviosismo pueda ocasionar incidentes perjudiciales si la declaración se realiza en el propio Salón de Vistas, en presencia de los acusados.

Y concluye que en ese caso, el examen por videoconferencia de una de las víctimas no afectó de manera sustancial a la materialidad del derecho a la tutela judicial del recurrente. La motivación expresada por la Audiencia Provincial al exponer las razones que justificaban el recurso a los medios tecnológicos al alcance de la Sala, no es arbitraria, por lo que el motivo ha de desestimarse.

Argumenta que, como recuerda acertadamente la reciente STS 161/2015, de 17 de marzo (otras anteriores como la STS 779/2012), "el proceso penal no ha podido sustraerse al avance de las nuevas tecnologías. Y la utilización del sistema de videoconferencia para la práctica de actos procesales de indudable relevancia probatoria, forma parte ya de la práctica habitual de los Tribunales de justicia.

La modalidad de declaración mediante videoconferencia se encuentra recogida en la actualidad en el art. 731bis LECrim., con la finalidad de verificar a la mayor celeridad la celebración de las vistas orales. Así, el precepto indicado dispone que por razones de utilidad, seguridad o de orden público, o en los casos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como testigo, perito o en otra condición resulte gravosa, el Tribunal de oficio o a instancia de parte podrá disponer que su actuación se realice por videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido.

El principio de inmediación proyecta su significado sobre tres sujetos distintos, a saber, el órgano jurisdiccional ante el que se practican las pruebas, las partes y la opinión pública. Respecto del primero de sus destinatarios, el principio de inmediación busca, por encima de todo, eliminar toda interferencia entre el tribunal y la fuente de prueba. La inmediación mira también a las partes por su estrecha conexión con el principio de contradicción. De hecho, la inmediación es presupuesto *sine qua non* para la contradicción. Y no falta un nexo –no siempre subrayado en la configuración histórica de este principio- entre la inmediación y la opinión pública. Y es que su significado posibilita un control eficaz de la ciudadanía sobre la administración de justicia.

En relación al quebrantamiento del principio de inmediación y contradicción, el sistema de videoconferencia, cuya transmisión se efectúa en tiempo real, no se puede estimar que implique una vulneración de tales derechos ni del derecho de los inculcados a someter a los testigos a examen en línea de igualdad de armas con el Fiscal. Las declaraciones de testigos son percibidas directamente por los miembros del Tribunal y por las respectivas acusaciones y defensas. Es con la finalidad de asegurar y garantizar la necesaria contradicción por lo que la Ley exige que el sistema sea bidireccional y transmita de forma simultánea la imagen y sonido.

Así se cumple con los compromisos internacionales asumidos por España y ahora integrados en nuestro propio ordenamiento a través de la L 4/2015 que regula el estatuto de la víctima y establece como medidas de protección de la víctima en el plenario, Art. 24, que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.

Y aunque existen aún ciertas cautelas a su utilización, dejando a salvo los principios estructurales de contradicción y defensa, es cada vez más empleado especialmente cuando existen menores. La creación de un espacio judicial europeo ha hecho de la videoconferencia un medio reglado de extendida aplicación en los distintos instrumentos jurídicos llamados a regular la cooperación judicial entre Estados, siendo pionero en su regulación el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000-, exigía que no fuera posible u oportuno el desplazamiento del testigo para comparecer personalmente ante la autoridad judicial que está llevando a cabo el procedimiento. De forma bien reciente, la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, regula en los apartados 5 a 7 del art. 24 las condiciones para la utilización de videoconferencia, descartando cualquier género de dudas referidas a la identidad del declarante y el respeto a los derechos que como tal le asisten. En línea similar la Directiva 2013/48/UE de 22 Octubre, relativa al derecho a la asistencia de letrado en los procesos

penales y en procedimientos relativos a la orden de detención europea, y derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad., regula la videoconferencia aparece como un instrumento técnico susceptible de hacer posible la asistencia letrada, si bien adoptando las debidas prevenciones con el fin de que su utilización no vaya en detrimento del contenido material de aquel derecho, al igual que la videoconferencia aparece también como la fórmula técnica para oír a la víctima residente en el extranjero en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 , por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

La casuística jurisprudencial de nuestro TS ha visto plenamente justificada la videoconferencia, por ejemplo, cuando un testigo residente en la península tiene que declarar en Mallorca (STS 172/2007, de 27 de febrero de 2007), o cuando unos peritos de A Coruña tienen que declarar en Las Palmas de Gran Canaria (ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006). Con mayor motivo, por tanto, cuando el testigo reside en Gran Bretaña (ATS 2171/2006, de 26 de octubre de 2006). El ATS de 19 de septiembre de 2002 contempla el supuesto de un testigo que está de baja médica durante un período de seis meses, y concluye que en tal caso es razonable acudir a la videoconferencia. En la STS 971/2004, de 23 de julio de 2004, por ejemplo, admitimos la validez de la declaración de un testigo prestada mediante videoconferencia desde Estados Unidos, antes incluso de su regulación expresa en nuestras leyes procesales.

El ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad. Sin embargo, en el actual estado de cosas, el entendimiento histórico-convencional del principio de inmediación sigue siendo considerado un valor que preservar, sólo sacrificable cuando concurren razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, puedan prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas..

## **10.- LOS MENORES Y LA DISPENSA QUE ESTABLECE EL ART. 416 LECRIM.-**

La base de esta dispensa es el Art. 24.2 CE y se regula en los Arts. 261, 416 y 707 LECrim, para cada una de las fases del proceso. La dispensa plantea complejos problemas jurídicos y que su existencia se viene justificando por la jurisprudencia desde el principio de no exigibilidad de otra conducta, basado en la protección de los vínculos familiares que unen al testigo con el imputado. En el mismo sentido afirma la Sentencia 94/2010, de 15 de noviembre, del Tribunal Constitucional: *«El Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los arts. 416 y 707 L.E.Crim., los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado.»*

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha añadido a los anteriores fines el de preservar la intimidad del testigo (Sentencias 292/2009 de 26 de marzo y 459/2010 de 14 de mayo).

Este precepto ha dado lugar a una jurisprudencia no siempre unívoca que provocó un Acuerdo no jurisdiccional de 24 de abril de 2013 que excluye a la víctima que ejercita la acusación particular del ámbito de la dispensa, sin que este pronunciamiento haya resuelto los numerosos problemas que en la práctica se siguen suscitando, continuando las peticiones desde todos los sectores de la necesidad de modificar ese precepto. Advierten de que la ya consolidada interpretación jurisprudencial de esta dispensa, sin ninguna limitación en su aplicación en cualquier momento del proceso hasta el juicio oral y su consecuencia de impedir tener en consideración cualquiera de sus declaraciones anteriores y de las de los testigos de referencia, ha otorgado de facto a la víctima la disposición del propio procedimiento, en la medida que siendo el testimonio de la víctima con frecuencia en estos delitos la única prueba directa de cargo del delito, llevará aparejada su impunidad.

Ponen de manifiesto que la dispensa, con frecuencia termina siendo un nuevo instrumento de dominación al servicio del agresor, dada la especial vulnerabilidad de la víctima de violencia de género que no sólo perdona sino que se culpabiliza de su propia agresión consecuencia del ciclo de la violencia y de su vinculación afectiva al mismo.

Con independencia de todos los problemas que actualmente presenta, lo cierto es que en relación a los menores no existe ninguna disposición. Por lo que los interrogantes son varios, sobre si tienen este derecho, cuando debe considerarse que son capaces de entender el alcance de la dispensa, si su declaración es nula en el caso de que no sean informados de ella, Si la madre víctima hace uso de la dispensa, y existen hijos menores afectados, si sería necesario entender que hay conflicto de intereses y proceder a nombrar un defensor judicial, y en ese caso cuál sería su función y el trámite.

Existe una sentencia del TS, cuyo ponente fue A del Moral, dictada el 28 de octubre de 2014, nº 699/2014, que rechaza la estimación del recurso en que se cuestionaba la validez de la prueba testifical de la menor, víctima de abusos sexuales por su progenitor, ante la ausencia de advertencia alguna sobre la posibilidad de acogerse a la dispensa. Argumenta el Magistrado que “Aquí el menor, dada su baja edad, no podía acogerse a ese derecho o facultad por sí mismo: un niño, ni con cuatro ni con siete (folio 206), ni con ocho (folio 289), ni con once años (acto del juicio oral), goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión; ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella.

No hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usar de esa habilitación. Pero sí ha de contarse con la indispensable madurez según un juicio ponderativo que deberá efectuar el Juzgador. Los arts. 162.1 Código Civil y 2 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor invitan a ese entendimiento. Esas condiciones de madurez probablemente pueden presumirse de manera indubitada a partir de una edad (quizás los dieciséis años, sin pretender con esto fijar fronteras claras y precisas) (i); ha de confiarse a un juicio casuístico en otra franja de edad (ii); y, por fin, ha de negarse rotundamente por debajo de otra (¿doce años?: algunas normas toman ese momento como referente significativo: vid, por todos, art. 770 LEC) (iii).

No ostentando capacidad para determinar en ese punto la propia conducta, en principio habrá de confiarse a los representantes legales (argumento ex art. 162 Código Civil) la decisión sobre si el menor debe declarar o no en los supuestos prevenidos en el art. 416 LECrim, aunque no lo especifique así claramente la Ley Procesal Penal a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (v.gr., el británico). Cuando se aprecia un conflicto de intereses con uno de los progenitores (es patente que estamos ante uno de esos casos), será el otro progenitor el llamado a adoptar la decisión oportuna en nombre y representación del menor (art. 163 del Código Civil).

A través de este camino aparece la solución desestimatoria: la madre estaba personada como acusación particular en representación de su hijo. Es obvio que no consideró procedente, ni prudente, ni conveniente para el menor

sustraerlo a esa declaración. En todo caso sería ella la que debería haber sido advertida...Ha de rechazarse enérgicamente la escena de un menor víctima de corta edad al que se sitúa en la tesitura de decidir si quiere o no declarar, espetándole para que exprese pública y solemnemente si quiere contribuir o no al "encarcelamiento" de un pariente cercano; aquí, su propio padre. Sin la certeza de que el menor reúne las mínimas condiciones de madurez intelectual y emocional para percibir el conflicto, ponderar los intereses enfrentados y tomar una decisión personal, libre y responsable en la medida de sus posibilidades, no puede situársele de manera fría y distante en esa encrucijada, en un trance nada conveniente para su interés y que puede agravar su victimización. No se priva al menor de esa facultad; serán sus representantes legales en la forma prevista en la legislación civil los llamados a decidir sobre su ejercicio”.

Esta sentencia, *indudablemente* marca unas directrices pero no soluciona todos los problemas, principalmente en temas de violencia de género en que los hijos de las mujeres maltratadas son considerados víctimas, la madre puede hacer uso de su derecho de dispensa, que como sabemos es muy habitual lo que supone en la práctica la absolución del acusado, en el caso de que este maltrato se realice en presencia de menores de un modo habitual, no deberíamos decir que en este caso hay otro interés en juego que debe ser oído y al existir un conflicto de intereses pedir que se le nombre un defensor judicial? Es un tema muy delicado y por tanto de no fácil solución.

En esta materia relativa al ejercicio del derecho de dispensa establecido en el Art. 416 LECrim por parte de menores de edad, hace unos días se ha dictado otra sentencia, **la STS 209/2017, de 28 de marzo**. El supuesto de hecho es diferente al analizado en la anterior sentencia, especialmente porque nos encontramos ante una menor de 17 años. Los hechos enjuiciados fueron calificados como un delito continuado de agresión sexual del procesado contra su hija que en aquel momento contaba con 15 años y que fueron denunciados por la madre quien ejerció la acusación particular en su nombre, resultando absuelto por falta de pruebas por sentencia de la AP (sentencia de 22 de mayo de 2016, Sección 22ª de AP de Barcelona, rollo 20/2015). La víctima menor de edad, fue informada en instrucción del derecho a no declarar en contra de su padre, y la menor ratificó la denuncia en su día formulada. Sin embargo, en el acto del juicio oral se acogió a la dispensa de declarar contra aquel al amparo de lo dispuesto en el artículo 416 LECrim, aceptándolo la AP por estimar que gozaba de suficiente madurez para decidir sobre ese punto y considerando que la madre ya no podía seguir ejercitando la acusación particular en cuanto lo hizo en nombre de su hija. Contra esta sentencia recurrió en casación la madre por considerar que se había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

El TS rechaza el recurso considerando que el acceso a la dispensa de declarar que incorpora al artículo 416.1 LECrim no está supeditado a la mayoría de edad. Recuerda que la jurisprudencia tradicionalmente ha interpretado que la dispensa que se analiza se fundamenta en el principio de no exigibilidad de una conducta distinta y la necesidad de preservar la solidaridad en los vínculos familiares.

A continuación analiza el estatuto jurídico del menor recientemente reformado por L 26/2015 y recuerda que 9 LORJM proclama el derecho de los menores a ser oídos y a que se tomen en consideración sus opiniones en función de su edad y grado de madurez, el déficit de capacidad derivado de la minoría de edad no goza de un tratamiento unitario en nuestro sistema legal, y por ello no es fácil fijar una edad a partir de la cual pueda entenderse que existe una presunción de madurez. Así a los 12 años deben ser oídos en los procedimientos de separación o divorcio, a los 14 tienen capacidad de testar, a los 16 años deben ser oídos en intervenciones quirúrgicas, salvo casos de riesgo vital, pero, en todo caso concluye, que a los

17 años que tenía la menor en el momento del plenario se tiene capacidad suficiente para entender, y no sólo para ser oída sino para que su opinión libremente formada se respete, máxime cuando, como expresa la sentencia, se manifestó de una forma firme y categórica, no existiendo duda alguna de su madurez o actuación por presión o miedo.

Señala que el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II con fecha 24 de Abril de 2013, exceptúa de la aplicación del Art. 416 LECrim los supuestos en que el testigo está personado como acusación particular, pero estima que en este caso no es aplicable dado que la personación la decidió en su nombre su progenitora como representante legal de la misma dada su corta edad, pero en el momento del juicio expresó no sólo su voluntad contraria a declarar sino también a ejercitar acciones contra su padre, por lo que se tuvo por no ejercida la acusación particular y no se pudo practicar la prueba propuesta a su instancia.

Es decir, el Tribunal considera que la víctima, a pesar de su minoría de edad, tenía suficiente madurez y conocimientos para expresar libremente su opinión, que fue debidamente informada y que por lo tanto debe ser su opinión la que prime sobre cualquier otro criterio..

#### **11.- PROTECCIÓN DEL MENOR FRENTE AL AGRESOR: MEDIDAS CAUTELARES CIVILES.**

El primer instrumento que se tiene para poder adoptar medidas cautelares en relación a menores de una forma rápida y eficaz es el **Art. 158 CC**, cuya amplitud y flexibilidad le ha convertido en un verdadero cajón de sastre del que hacemos uso con mucha frecuencia el MF en esa función tutelar del menor que tenemos atribuida, y al que. Ha sido reformado por la L 26/2015, que enumera también las medidas cautelares civiles propias de la Orden de Protección.

Ya en el ámbito penal, La ley 4/2015 de 27 de septiembre, del el Estatuto de la Víctima modifica los Arts. 544 bis e introduce el Art. 544 quinquies LECrim y la LO 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia modificó el Art. 1.2, 65 y 66 de la LO 1/2004.

Estas reformas se basan en los compromisos adquiridos tras la ratificación del Convenio de Estambul cuyo Art. 31 establece la obligación de adoptar las medidas necesarias para que, en el momento de regular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los antecedentes de violencia incluidos en el ámbito del Convenio, de manera que su ejercicio no ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños. Se trata en definitiva de recordar lo que ya estaba dicho y es que, en las situaciones de violencia de género, hay varias víctimas y por tanto es necesario y obligatorio proteger a los hijos menores mediante las medidas civiles que se arbitran.

- **La LO 8/2015**, de protección de la infancia y adolescencia, proclama en su Art. 2 que todo menor tiene derecho a que su vida se desarrolle en un entorno familiar adecuado y LIBRE DE VIOLENCIA

En primer lugar, introduce importantísimas **modificaciones en la LO 1/2004** que justifica en la exposición de motivos reconociendo que “Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma

de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma”.

Por todo ello, en primer lugar, reconoce a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos.

Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación del **artículo 61**, para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse, en todo caso, tanto de oficio como a instancias de las víctimas o del MF sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia.

Así **el Art. 65** prevé la posibilidad de suspender al inculpado por violencia de género el régimen de patria potestad, custodia, tutela curatela, acogimiento o guarda de hecho y si no lo hace, deberá pronunciarse sobre la forma en que se ejercerán esas facultades y adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad y recuperación de los menores y de la mujer y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

**El Art. 66** de la ley, en la misma línea establece la posibilidad de suspender el régimen de visitas, estancias, relación o comunicación, estableciendo el mismo sistema de supervisión y seguimiento para el caso de que no considerara necesaria su suspensión.

Todas estas medidas no tienen límite de duración.

-. **La ley 4/2015** del Estatuto de la Víctima,

También **modifica la LECrim** en relación a las medidas cautelares civiles del Art. 544 LECrim, que parecen puntuales pero que suponen un cambio trascendente en línea con lo señalado en la Ley de infancia y adolescencia.

De manera que actualmente podemos decir que nuestro ordenamiento jurídico, ya contempla un amplio abanico de medidas de protección a la víctima que se pueden acordar cautelarmente y establecidas en el Art. 13 y 544 bis) y ss. LECrim y en la LO 1/2004

- El nivel básico de protección se establece en el Art. 544 bis) para las víctimas de alguno de los delitos del Art. 57 CP. Las medidas civiles acordadas tendrán una vigencia de 30 días prorrogables por otros 30 cuando se acredite haber formulada demanda...
- Un nivel superior se contempla en el Art. 544 ter) 7, LECrim, para las víctimas de violencia de género y doméstica mediante la OP cuya concesión requiere la constatación de una situación objetiva de riesgo y la necesidad de realizar una comparecencia, y confiere el “estatus de víctima”, modificados por la LEV. Igualmente las medidas civiles acordadas tendrán una vigencia de 30 días prorrogables por otros 30 días.

- Otro paso más se da en los supuestos del nuevo Art. 544 quinquies, en que las medidas civiles acordadas en protección del menor o con capacidad necesitada de protección duraran todo el procedimiento y cuando finalice el juez acordará su ratificación o alzamiento pudiendo las partes acudir a la vía civil para su modificación.
- y el nivel más extenso de protección viene establecido en la LO 1/2004 en supuestos de violencia de género que no establece plazo y obliga a establecer medidas de supervisión y seguimiento para lograr la recuperación del menor y de las mujeres.

Pues bien, la LEV introduce dos modificaciones puntuales con el fin de perfilar de una forma más imperativa la obligación del juez penal de pronunciarse, incluso de oficio, sobre los aspectos civiles especialmente cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada, pudiendo, además de privar o suspender el ejercicio de la patria potestad, guarda o custodia o régimen de visitas y comunicación, establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las Entidades Públicas competentes.

Esta es la primera especialidad, se mantiene el principio de rogación y la legitimación de la víctima, sus representantes legales y del MF para instar del órgano judicial la adopción de cualquiera de esas medidas, cuando considere que exista un riesgo para el menor o persona con la capacidad modificada judicialmente.

Pero este principio dispositivo propio del ámbito civil se quiebra cuando existan menores o personas con la capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima o dependan de ella, pues en este supuesto, el Juez deberá **en todo caso, incluso de oficio** pronunciarse sobre la pertinencia de la adopción de las relativas al uso y disfrute de la vivienda, el régimen de guarda, custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores, el régimen de prestación de alimentos, o cualquier otra disposición que considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o evitarles perjuicios, incluso cuando no exista solicitud de la víctima o del MF.

Además de fortalecer la obligación del Juez de actuar de oficio en defensa del interés del menor en estos casos, se rompe con el criterio tradicional de excluir el pronunciamiento cuando ya exista un pronunciamiento de la jurisdicción civil sobre estas medidas.

En efecto, la referencia a “en todo caso”, parece que exige del Juez Penal, JVM o J de Guardia, que decida, a la luz de los hechos denunciados relativos a violencia de género y doméstica si el interés y protección de los menores o personas con la capacidad judicialmente modificadas que conviven con la víctima en atención a su gravedad y naturaleza y demás circunstancias concurrentes, exige que se mantengan, modifiquen o maten las medidas civiles acordadas con anterioridad por un juzgado de familia, concretamente la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas y comunicación, aspecto novedoso en cuanto puede chocar con las medidas definitivas acordadas en una sentencia firme.

Y el hecho de que este precepto establezca la actuación de oficio del juez en estos casos, no exime al MF, como garante de los derechos de los menores, del deber y capacidad de instar y solicitar del órgano judicial la modificación de las mismas cuando considere que ya no atienden adecuadamente al interés del menor o persona con capacidad modificada en atención al ambiente de violencia en el ámbito familiar, lo cual como hemos dicho puede hacerlo al amparo del Art. 158 CC, 65 y 66 LO 1/2004 y Art. 544 ter,7 LECrim.

En todo caso, huelga decir pero hay que recordar que será necesario oír a los hijos menores pues se trata de medidas que les afectan de una forma directa conforme al ya analizado Art. 9 LO 1/96.

La segunda modificación de calado es que ha impuesto al Juez nuevas obligaciones ya que puede suspender o no suspender al inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, tutela curatela o guarda de hecho o el régimen de visitas, estancia y comunicación, pero si opta por no hacerlo, debe pronunciarse sobre la forma en que se ejercerá y adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer y además deberá hacer un seguimiento periódico. Arts. 65 y 66 LO 1/2004.

Por último es preciso analizar el rompedor y nuevo Art. 544 quinquies LECrim, aplicable a los supuestos de los delitos enumerados en el Art. 57 CP, cuando la víctima sea menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, que puede plantear problemas interpretativos y que exige su transcripción literal.

“1. En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en su caso, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas:

- a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.
- b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.
- c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.
- d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.

2. Cuando en el desarrollo del proceso se ponga de manifiesto la existencia de una situación de riesgo o posible desamparo de un menor y, en todo caso, cuando fueran adoptadas algunas de las medidas de las letras a) o b) del apartado anterior, el Secretario judicial lo comunicará inmediatamente a la entidad pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias. A los mismos efectos se les notificará su alzamiento o cualquier otra modificación, así como la resolución a la que se refiere el apartado 3.

3. Una vez concluido el procedimiento, el Juez o Tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección que hubieran sido adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el artículo 770 Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Se requiere que se investigue alguno de los delitos del Art. 57 CP y que la víctima sea menor o con la capacidad judicialmente modificada, cuya protección requiera la adopción de alguna de las medidas que enumera.

Para delimitar el concepto de víctimas debemos acudir al Art. 2 LEV, es decir tanto directa como indirecta incluso, en el caso de la violencia familiar, debe ser extensivo a las víctimas por exposición por la razón la explicada en los anteriores apartados.

El contenido de las medidas que pueden adoptarse es muy similar a las contempladas en los Art. 64 a 66 LO 1/2004, si bien incluye el establecimiento de un sistema de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.

Pero lo realmente peculiar es la duración de estas medidas que se podrán prorrogar más allá de la finalización del procedimiento penal en que se adopten ya que se dispone que, al finalizar el mismo el Juez o Tribunal alzaré o ratificará las medidas de protección adoptadas atendiendo al superior interés del menor.

Y añade, en este supuesto las partes o el MF podrán solicitar al Juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento establecido en el Art. 770 LEC. Lo que no resuelve es cuál es el órgano judicial competente para resolver dicha modificación.

El Art. 775 LEC dispone: “ El MF, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todos los casos los cónyuges, podrán solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo , siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”.

Éste precepto permite sostener que el órgano competente para entender de la modificación sería el que las adoptó, pero ello choca con el criterio de distribución de competencias penales y civiles entre los órganos judiciales, siendo la única excepción los JVM, bien titulares, bien en funciones de JVM por encontrarse de guardia, pero siempre que se hayan iniciado actuaciones penales a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer como establece el Art. 87 ter. 3 LOPJ.

De todas formas el precepto analizado, al referirse a los supuestos de delitos del Art. 57 CP, permite que estas medidas pueden ser adoptadas no sólo por los JVM sino por cualquier Juzgado de Instrucción, de manera que podemos concluir que si las medidas las adoptó este último, la modificación necesariamente debe ser conocida por el Juzgado de Familia competente territorialmente. La misma solución debe predicarse cuando las medidas fueron acordadas por el JVM y ya no existe proceso penal vivo.

## **BIBLIOGRAFÍA.-**

-CIRCULAR 3/2009 Fiscalía General del Estado, de 10 de noviembre “SOBRE PROTECCIÓN DE MENORES VÍCTIMAS Y TESTIGOS “.

- VIEIRA MORANTE, Francisco J. *El menor como víctima del delito*.Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.Diario La Ley, Nº 8453, Sección Tribuna, 7 de Enero de 2015, Año XXXVI, Ref. D-3, Editorial LA LEY

-*Directrices del CES de UN sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos* 2005/20. E/2005/INF/2/Add.1.

- PERAMATO MARTÍN, Teresa. *El papel del fiscal en la adopción de medidas civiles en los procedimientos penales de violencia de género a la luz de las últimas reformas*.Fiscal adscrita a la Unidad Coordinadora de violencia de género de la Fiscalía General del Estado. LA LEY Derecho de familia, Nº 12, Cuarto trimestre de 2016, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 7870/2016

-DEFENSOR DEL MENOR ANDALUZ. *Menores expuestos a violencia de género: víctimas con identidad propia*. Informe especial. Septiembre 2012.

-DEFENSORA DEL PUEBLO. *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor: Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*.Mayo de 2015.

- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Tutela cautelar de la víctima: órdenes de alejamiento y órdenes de protección*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho. Universidad Complutense.

- SERRANO MASIP, Mercedes. *Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal*.Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Lleida. INDRET 2/2013

- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier / MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2005), “¿Deben declarar los menores victimizados en el acto del juicio oral? (A propósito de la STEDH caso S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002)”, La Ley, núm. 6335.

- DÍAZ TORREJÓN, Pedro. *La protección de la víctima menor de edad en el proceso penal. Incidencia de la entrada en vigor de la ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito*. Fiscal. Jornadas formación Fiscales.CEJ

- GÓMEZ PARDO, Laura. *Menores víctimas y testigos de violencia familiar*. Tesis doctoral Universidad de Zaragoza, 2011.

- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas. Revista de derecho penal y criminología, 2.a época, n. 16 (2005), págs. 265-299.