CIRCULAR 3/2009

SOBRE PROTECCIÓN DE LOS MENORES VÍCTIMAS Y TESTIGOS

1.- Introducción. 1.-1 Ideas generales. 1.-2 Principios de la reforma 8/2006. 2.- Declaración del menor en la fase de instrucción: análisis de la reforma 8/2006, de 4 de diciembre. Presencia obligatoria del Fiscal. 3.- Supuestos en los que cabe evitar la presencia del menor en el acto del juicio oral. 3.-1 Preconstitución probatoria. 3.-1.1 Presupuesto habilitante. 3.-1.2 Requisitos necesarios con carácter general. 3.-1.3 Especialidades en la preconstitución de la testifical de un menor de edad. 3.-1.4 Requisitos formales. 3.-2 Posibilidad de utilizar testimonios de referencia como prueba de cargo. 4.- El sobreseimiento de las actuaciones por falta de prueba en causas por delitos contra la libertad sexual. 5.- Declaración del menor víctima en el juicio oral: análisis de las garantías aplicables. 6.- Pautas en relación con careos. 7.- Otros mecanismos protectores del testigo menor. 8.- Pautas generales sobre interrogatorios a menores. 9.- Valoración de la declaración del testigo menor. 10.- Indemnizaciones a menores víctimas. 11.- La audiencia de los menores en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio. 12.- Conclusiones.

1.- INTRODUCCIÓN

1.1. Ideas generales

El debate sobre las razones del ejercicio del “ius puniendi” enfrenta al Estado sancionador con la persona acusada de un delito. La enorme desigualdad entre las partes así opuestas y la debilidad que se atribuye al ciudadano frente al Estado, suscitó la necesidad de regular su confrontación en condiciones de justicia y equidad. De ello procede el desarrollo dogmático y

constitucional de la idea de “juicio justo” en el que aparece el sistema de garantías del acusado en función de su efectiva y real posibilidad de defensa frente a la acusación. Tales garantías configuran el presupuesto básico del derecho a un juicio justo y resultan inderogables en el marco del Estado de Derecho.

El derecho de todo acusado a un juicio público con todas las garantías (art. 24.2 CE) 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.

Son varias las resoluciones en las que el TEDH, tras ponderar todas las circunstancias del caso, y en particular la trascendencia de las restricciones al ejercicio de este derecho, determina la vulneración del Convenio cuando aprecia una efectiva violación de las oportunidades defensivas del interesado, ya sea por no dársele la posibilidad de estar presente en un juicio o en su recurso, obstaculizarse el acceso al sumario, negarle información relevante o menoscabarle de modo indudable sus posibilidades de producir prueba de descargo o de defenderse debidamente de la prueba incriminatoria. (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso “*Delta*”; 22 de abril de 1992, caso “*Vidal*”; 11 de enero de 2000 y 27 de febrero de 2001 caso “*Lucha*”).

Para nuestro Tribunal Constitucional el derecho de defensa se garantiza mediante un procedimiento contradictorio (STC nº 128/1996 de 9 de julio), 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".

A modo de síntesis, la STC nº 12/2006, de 16 de enero recapitula: "la posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las 'reglas esenciales del desarrollo del proceso' (SSTC nº 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000), sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Se trata de un derecho formal (STC nº 144/1997, de 15 de septiembre) cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (STC nº 26/1999, de 8 de marzo), de manera que puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de

contradicción sobre su contenido, pues, como hemos señalado en anteriores ocasiones: ‘el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos’ (SSTC nº 144/1997, de 15 de septiembre y 93/2005, de 18 de abril, FJ 3).

Esta misma interpretación realiza también la Sala Segunda del Tribunal Supremo al exigir para la operatividad de las pruebas que han de practicarse en el acto del juicio oral, su sujeción a los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción y defensa (por todas, STS nº 202/1998 de 13 de febrero**)**. De este modo integra una garantía esencial del derecho de defensa “el que las pruebas se practiquen en el juicio oral, público y contradictorio” (STS nº 555/2008 de 25 de septiembre), pues la publicidad de los debates y el derecho a la prueba son manifestaciones concretas de entre las que conforman el derecho a un juicio justo Es precisamente en este ámbito en el que “la indefensión consiste en la obturación o aminoración de las oportunidades procesales de alegar y probar” las propias pretensiones y rebatir las contrarias (SSTS 1367/2004 de 29 de noviembre, 175/2006 de 20 de febrero, 363/2006 de 28 de marzo, 197/2007 de 5 de marzo…,).

En este contexto insoslayable surge sin embargo 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. Los menores pueden padecer una gran ansiedad antes, durante e incluso después de la celebración del acto procesal en el que se ha interesado su declaración. Por otro lado, la confrontación ante adultos inculpados 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.

Esta 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.

Con aplicación a todo tipo de procedimientos judiciales, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor* (en adelante LOPJM) señala en su art. 9.1 que las comparecencias judiciales del menor *se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad*.

Pero es particularmente en los procesos penales, donde las graves consecuencias físicas, psicológicas y emocionales que su intervención puede suponer a los menores -sobre todo cuando se trata de crímenes sexuales- exigen una ponderación cuidadosa a la hora de determinar el alcance de dicha participación, a fin de garantizar, junto con los inalienables derechos del acusado, el interés general en la persecución de los delitos y las necesidades de los menores afectados.

Partiendo del máximo respeto al derecho de defensa del acusado sobre el que se apoya nuestro proceso penal, deben ponderarse las necesidades y los derechos del testigo menor de edad, evitando en cada caso la producción de perjuicios que excedan de lo estrictamente indispensable.

La STS nº 429/2002, de 8 de marzo sintetiza perfectamente la índole de los intereses en conflicto cuando se refiere al difícil equilibrio que los tribunales deben procurar entre la plena efectividad de los derechos fundamentales del

acusado en el proceso penal, la protección de los menores víctimas y testigos y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente reprobables.

Los derechos del acusado son, como se ha dicho, el eje vertebrador del proceso penal y sin merma de los mismos, han sido ya recibidos en nuestro ordenamiento jurídico los principios de protección del menor víctima, de modo que sea compatible su testimonio directo con la salvaguarda de su privacidad y la disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en cuanto a la re-victimación o victimización secundaria que todo proceso lleva consigo (SSTS nº 673/2007, de 19 de julio, nº 332/2006 de 14 de marzo).

El objeto de la presente Circular abarca tanto el tratamiento de los menores víctimas como de los que son exclusivamente testigos, porque la víctima es considerada testigo por la jurisprudencia (SSTS nº 332/2006, de 14 de marzo y 1556/2003, de 17 de noviembre). Como subraya el Tribunal Supremo "nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad" (SSTS nº 597/2008, de 1 de octubre, 409/2004, de 24 de marzo, 104/2002 de 29 de enero y 2035/02 de 4 de diciembre). Por ello es doctrina reiterada la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia (SSTS nº 317/2008, 470/2003, 104/2002, 862/2000, 434/1999, 486/1999), aunque reconociendo que los supuestos en que sea aquélla la única prueba de cargo plantean una situación límite de riesgo para el derecho fundamental que se intensifica cuando la propia víctima es la que inició el proceso con su denuncia y llega a su máximo extremo cuando el testimonio de la víctima es la única prueba no sólo de la autoría del acusado sino del propio hecho delictivo, siendo en tales supuestos preciso depurar el proceso de valoración con la aplicación de las reglas de experiencia o

indicadores jurisprudenciales sobre "verosimilitud o ausencia de incredibilidad objetiva", "ausencia de incredibilidad subjetiva" y "persistencia en la incriminación" (*vid. ad exemplum* SSTS nº 487/2000, de 20 de marzo, 667/2006, de 20 de junio, 1295/2006 de 13 de diciembre, 278/2007, de 10 de abril, 303/2007 de 10 de abril….).

Sentado lo anterior y como reseña la STS nº 1016/2003, de 2 de julio, en casos de testigos particularmente vulnerables, “debemos partir de un principio que afortunadamente cada vez va adquiriendo mayor relieve en el ámbito del proceso penal: la necesidad de proteger a las víctimas, máxime cuando éstas son menores de edad y ofendidas en unos delitos que, por su contenido sexual, pueden tener una incidencia negativa en el desarrollo posterior de su personalidad. Si es difícil que estos menores puedan olvidar lo ocurrido, al menos habrá que procurar no colaborar en que vuelvan a recordarlo”

Desde diversas instancias internacionales se ha promovido este tratamiento singularizado y tuitivo. Así, en la Recomendación (85) 4, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 26 de marzo de 1985, sobre *la violencia dentro de la familia*, se interesa de los Estados miembros “que prevean las medidas necesarias para que la declaración de los miembros de la familia en los casos de violencia dentro de ésta se realice sin ninguna presión exterior. Sobre todo los menores deberían tener un asesoramiento adecuado”.

La Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre *la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal*, en su apartado 8º declara que “en todas las fases del procedimiento, el interrogatorio de la víctima debería hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad. En la medida de lo posible y en los casos apropiados, los niños y los enfermos o

minusválidos mentales deberían ser interrogados en presencia de sus padres o del tutor o de cualquier persona cualificada para asistirles".

La Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre *la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización*, menciona la necesidad de "crear, desarrollar o apoyar los servicios dirigidos a categorías específicas de víctimas, como los niños".

La Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, relativa a *la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños* parte de la necesidad de tener en cuenta la especial vulnerabilidad de las víctimas de este tipo de delincuencia y, sobre todo, la que sufren los niños.

El art. 8 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a *la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 dispone que los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente Protocolo y, en particular, deberán: a) Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales; b) Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones; c) Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales; d) Prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas; e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas; f) Velar por la seguridad de los niños víctimas frente a intimidaciones y represalias; g) Evitar las demoras innecesarias

en las causas y en la ejecución de las resoluciones por las que se conceda reparación a los niños víctimas.

Los arts. 2 y 8.4 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al *Estatuto de la víctima en el proceso penal* obligan a cada Estado miembro a esforzarse, en particular, por que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, a velar por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación y a garantizar, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho.

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.

El Decimoséptimo Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Jueces y Magistrados para la Juventud y la Familia (Belfast, 2006) aprobó como conclusión nº 14 la de que los niños testigos deberían recibir apoyo durante todo el proceso judicial para garantizar que se sientan protegidos, sean oídos en el Tribunal y sean capaces de dar testimonio de manera eficaz. Tal apoyo debería llevarlo a cabo una agencia independiente para garantizar que: a) Los niños

están bien informados durante todo el proceso; b) Los niños son asistidos en un ambiente no abusivo; c) Los niños son interrogados por individuos especializados y con competencia en el terreno de la infancia; d) El juicio se lleva adelante sin dilación.

El Seminario Iberoamericano sobre “Protección de Víctimas y Testigos”, celebrado en Cartagena de Indias en marzo de 2007 propugnaba que “para ciertos testigos vulnerables, como los niños, el Estado debe estar en condiciones de proveer medidas que disminuyan los traumas ocasionados por su participación en el proceso, agilizar las diligencias procesales y mantener en reserva detalles sobre la identidad del testigo e impedir su contacto directo con el acusado durante la prestación del testimonio. Así, las medidas procesales jurisdiccionales concentran una gama de instrumentos tecnológicos cada vez más importantes, como la distorsión de voz y la video-conferencia, otros más sencillos, como el empleo de biombos, mamparas y disfraces, y también los hay de carácter estrictamente procedimental, como la tramitación preferente del proceso en donde ha de deponer el testigo protegido”.

Una especial atención deberá prestarse cuando los menores estén dentro de la fase de la infancia, en tanto la vulnerabilidad y fragilidad de los mismos es mucho más intensa.

Como parámetros meramente orientativos, de acuerdo con las aportaciones de la psicología del testimonio, podríamos distinguir entre una edad límite para el testimonio infantil, situada en torno a los tres años de edad, fase en que concurre una muy reducida capacidad cognitiva-léxica y la pericial psicológica y la testifical de referencia adquieren un protagonismo indiscutible. Los niños entre los 2/3 y 6/7 años presentan claras limitaciones como testigos, siendo necesario restringir drásticamente la extensión de las actuaciones procesales sobre ellos. Los niños entre 6/7 y 10/11 años tienen más

desarrollados sus aspectos cognitivos. Los adolescentes hasta los 16 años tienen una capacidad verbal y un desarrollo cognitivo que hace que su testimonio no presente diferencias sustanciales con el del adulto pero pueden presentar alteraciones derivadas tanto de la victimización como de las características del momento evolutivo de su personalidad (rebeldía, desconfianza en las figuras de autoridad, confusión de la autoimagen, desarrollo sexual, etc.).

Aun asumiendo que el mero hecho de la minoría de edad hace merecedor al testigo de un tratamiento especial, la intensidad de la protección puede graduarse, atendiendo a la edad del menor, al dato de si el mismo es o no víctima del delito, a la naturaleza y gravedad de los hechos, a si guarda relación de parentesco con el imputado o acusado etc.

Las Sras/Sres. Fiscales deberán también tener presente que las causas que mayores problemas plantean en relación con el testigo menor (normalmente también víctima) son las relativas a abusos y agresiones sexuales. En estas causas, un juicio erróneo o una investigación archivada prematuramente puede tener consecuencias extraordinarias no solo para los implicados en el proceso en curso sino para potenciales víctimas, por lo que es extremadamente importante que todas las investigaciones de presuntos abusos sexuales sean de la mayor calidad posible y que se les otorgue prioridad respecto a otras investigaciones criminales.

En todo caso, ha de subrayarse que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra el acusado en los términos en que lo interpreta nuestra jurisprudencia está también reconocido tanto en el art. 6.3 d) CEDH como en el art. 14.3 a) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (en adelante PIDCP). La antes citada STEDH 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." El mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 del CEDH siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso "Kostovski" ; 15 de junio de 1992, caso "*Lüdi*", 23 de abril de 1997, caso "*Van Mechelen y otros"*, y de 20 de abril de 2006, caso "*Carta*").

Configurado como derecho potencial el derecho a contradecir el testimonio de cargo e interrogar al testigo, como regla general, supone que el acusado a través de su Letrado tiene que tener la posibilidad de, directa o indirectamente, en sede de instrucción o en el juicio oral, interrogar al menor testigo (STC nº 174/2003 de 29 de septiembre).

Pero en el ámbito que nos ocupa, la matización la introduce el propio TEDH al declarar que el art. 6.3 d) CEDH no puede ser interpretado, en el marco de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales contra menores, como una exigencia de que, en todos los casos, las preguntas sean planteadas directamente por el acusado o su abogado, mediante repreguntas u otros medios (STEDH de 2 de julio de 2002, caso *S. N. contra Suecia*).

Por ello, cuando la única prueba de cargo se fundamente en las manifestaciones efectuadas desde la acusación, y concretamente cuando se trate de menores víctimas de delitos sexuales, debe compatibilizarse “la valoración como prueba de cargo de la declaración de la víctima, con la necesaria salvaguardia de los principios fundamentales que caracterizan un sistema democrático de Justicia Penal y específicamente el derecho a la defensa, el derecho a un proceso con las debidas garantías, el principio de contradicción, el principio de igualdad de armas entre acusación y defensa, el principio constitucional de presunción de inocencia o el de interdicción de la indefensión” pues, “siendo unánimemente reconocida la necesidad de tutelar eficazmente la indemnidad sexual de los menores, así como la de minimizar los efectos negativos de su ineludible intervención en el proceso, adoptando para ello las necesarias cautelas, ha de convenirse también en que estos objetivos no pueden alcanzarse a través de la creación de un modelo procesal excepcional, de carácter cuasi-inquisitorial, en el que se invierta la carga de la prueba sustituyéndose el deber de la acusación de probar la culpabilidad por la obligación de la defensa de probar la inocencia, se prescinda de la inmediación y de la contradicción, o se impida a la defensa el acceso directo a las fuentes de prueba, con las precauciones que se estimen procedentes, desequilibrando con ello la balanza del proceso en favor de la acusación, única parte a quien se permite dicho acceso, sin posibilidad de contradicción” (STS nº 832/2000, de 28 de febrero).

Desde la perspectiva de los derechos del acusado esto implica que para su validez formal, cualquier merma o restricción de los derechos de defensa y contradicción, sólo podrá acordarse con arreglo a un protocolo de precauciones, caracterizado por la excepcionalidad, la judicialidad, la proporcionalidad y generalmente, la fundamentación o deber de motivación de la decisión.

Obviamente el tratamiento especial de testigos y víctimas no ha de otorgarse indiscriminadamente, salvo supuestos de niños de corta edad, sino excepcionalmente, en aquellos casos en que se aprecie racionalmente algún peligro procedente del acusado, de su entorno o simplemente, de la mera confrontación con el mismo o de la actualización de los hechos delictivos que inevitablemente implicará el propio juicio oral, en un escenario desfavorable como es en general para la víctima la sala de vistas, lo que ocurre particularmente cuando se trata de niños afectados por experiencias traumáticas, a veces de índole sexual o violenta, cuya reiterada narración impide el olvido y la curación del impacto psíquico o emocional dañino.

Por otra parte, todo sacrificio o restricción de un derecho fundamental decidido por los poderes públicos ha de estar justificado en la protección de otros intereses. Particularmente los derechos fundamentales de terceros actúan de límite recíproco en sus respectivos ejercicios. En la ponderación de unos u otros intereses y derechos, será imprescindible un juicio sobre la necesidad de otorgar una protección que se traduzca en cualquier restricción de las garantías del acusado y sobre la proporcionalidad del sacrificio impuesto en aras de la indemnidad física, psíquica, emocional o moral del testigo.

En el juicio de proporcionalidad ha de pesar también la finalidad de lograr la efectividad de la cooperación con la justicia de todos los ciudadanos, y de evitar, en lo posible, lo que se ha llamado segunda victimización o plus de aflicción causados a las víctimas por el propio procedimiento judicial, del que se han hecho eco en los últimos tiempos las más variadas instancias institucionales y sociales. No puede olvidarse que las normas se interpretan según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 Código Civil), y que es por tanto esta perspectiva la que debe iluminar la cuestión aquí planteada

Desde la perspectiva de las necesidades de los menores víctimas y testigos, dos son las ideas básicas a tener presentes como pórtico de reflexión:

Una primera idea es la de que las diligencias que recaigan sobre el menor van a ser generalmente perturbadoras, cuando no traumáticas para él. Por tanto, deben evitarse en la medida de lo posible las duplicidades en exploración de médicos, evaluación de psicólogos, psiquiatras y análogos y en las tomas de declaración, y procurarse los diagnósticos, exploraciones o evaluaciones conjuntas.

En este sentido, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia (Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, el día 16 de abril de 2002) proclama en su punto nº 26 in fine que se procurará evitar la reiteración de las comparecencias del menor ante los órganos de la Administración de Justicia.

Las Sras/Sres. Fiscales deberán, por tanto, eludir la repetición de declaraciones de menores, salvo en los casos estrictamente necesarios, a fin de evitarles el sufrimiento de volver a relatar y revivir ante personas extrañas un suceso para ellos traumático.

Con esta finalidad puede resultar conveniente dar pautas a la Policía Judicial, para que en casos en que sea especialmente perturbador tomar declaración al menor, se prescinda de la misma y se le traslade al Juzgado de Guardia para, en su caso, preconstituir la prueba. Siempre que las circunstancias lo permitan debiera prescindirse de la declaración policial del menor, especialmente cuando el mismo sea víctima del delito y fundamentalmente cuando éste sea de naturaleza sexual.

Baste con recordar que el RD 769/1987, de 19 de junio, sobre *regulación de Policía Judicia*l, establece en su art. 20 que cuando los funcionarios integrantes de las unidades orgánicas de la Policía Judicial realicen diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial, actuarán bajo la dependencia del Ministerio Fiscal. A tal efecto, darán cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía correspondiente que, en cualquier momento, podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllas, en cuyo caso los miembros de la Policía Judicial actuarán bajo su dependencia directa y practicarán sin demora las diligencias que el Fiscal les encomiende para la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

La Instrucción 1/2008, de 7 de marzo sobre *la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial* establecía en su conclusión 6ª que las instrucciones particulares o las órdenes a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios o modos de actuación en investigaciones concretadas en supuestos determinados, se impartirán por el Fiscal encargado del asunto a través del Jefe de la Unidad o directamente a los funcionarios que practiquen la investigación, con la dación de cuenta inmediata y documentada al Fiscal Jefe en los casos de importancia o trascendencia, en virtud de lo dispuesto en el art 25 EOMF.

La segunda idea clave procede también de los estudios psicológicos sobre niños testigos. Se evidencia en ellos que la recuperación emocional del menor no empieza hasta la resolución del caso. Uno de los más importantes factores de estrés de los testigos infantiles es el tiempo que transcurre entre los hechos y la resolución del caso por la Justicia. Cuando el presunto delito se ha cometido dentro de la familia del menor, la posibilidad de resolver el conflicto

familiar difícilmente puede operar hasta tanto no ha recaído una sentencia o auto de sobreseimiento firme.

Por ello, las causas con menores implicados, especialmente cuando éstos sean las víctimas, deben ser objeto de una tramitación especialmente rápida. A tales efectos, las Sras/Sres. Fiscales, en su papel de impulsores del proceso penal, redoblarán sus esfuerzos para remover cualquier obstáculo que ralentice la solución de estos procedimientos.

Estas coordenadas victimológicas y a la vez respetuosas con el derecho al proceso debido enmarcan las últimas reformas legislativas operadas en la LECrim por LO 8/2006, de 4 de diciembre en esta materia y las pautas interpretativas que se introducen en la presente Circular, teniendo especialmente presente 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).

Pero la protección de víctimas y testigos -especialmente cuando sean menores- es una obligación no sólo del Fiscal (art. 10 EOMF y art. 15 Ley 35/95, de 11 de diciembre, *de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual*) sino también de los titulares de órganos jurisdiccionales. A este respecto considera el Tribunal Supremo que entre las funciones del Presidente del Tribunal se encuentra la ponderación de los derechos constitucionales en juego para impedir que en el ejercicio de la actividad de defensa se invadan o vulneren innecesaria y abusivamente los derechos constitucionales de la víctima, y en concreto el derecho a la intimidad, al indagar de modo innecesario y abusivo, acerca de las relaciones sexuales de la víctima del hecho. (STS nº 673/2007, de 19 de julio).

En cualquier caso, queda claro que la reforma legal ha tratado de equilibrar el sistema tomando en consideración los intereses de los menores, sin menoscabo de los derechos de defensa y demás garantías procesales del acusado.

1.2. Principios de la Reforma 8/2006 de 4 de diciembre

La Exposición de Motivos de la Reforma 8/2006 no aporta suficientes criterios exegéticos. Declara que "se incluye una modificación de los artículos 448 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los que se sustituye el último párrafo, a fin de dotar de mayor protección a los menores víctimas de determinados delitos y donde se prevé que cuando se trate de testigos menores de edad víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el Juez o Tribunal necesariamente debe acordar que se evite la confrontación visual del mismo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de las distintas pruebas (declaración, interrogatorio)".

En realidad se reforman no sólo los arts. 448 y 707, sino también los arts. 433 y 731 bis LECrim. Por otro lado, la protección no se dirige a menores de edad víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual sino a testigos menores, sea cual sea el delito sobre el que hayan de testificar y con independencia de si ostentan también o no la condición de víctimas. La Exposición de Motivos tampoco aporta alguna guía hermenéutica sobre la novedad de que sea obligatoria la presencia del Fiscal en estas declaraciones.

En todo caso, conviene destacar tres cuestiones concretas:

- Puesto que tras la reforma no distingue la LECrim franjas de edades en relación con los testigos, sus disposiciones habrán de entenderse aplicables a

cualquier persona menor de 18 años (vid. art. 1 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y art. 1 LOPJM).

- Para aplicar el *plus* protector que estos preceptos incorporan habrá de atenderse no a la edad que el testigo tenía cuando tomó conocimiento de los hechos respecto de los que ha de deponer sino a la edad que tiene en el momento de prestar declaración en el proceso.

- Los principios informadores de la presente Circular serán también de aplicación para los testigos y víctimas que depongan en el proceso penal de menores. Ha de recordarse que ya la Circular 1/2007, de 23 de noviembre, en su punto IX.3 disponía que "*la reforma 8/2006 modifica también la LECrim para introducir cláusulas en salvaguarda de los derechos de los testigos menores. Aunque tales previsiones están en principio preordenadas al procedimiento penal de adultos, ninguna duda plantea su aplicabilidad al proceso penal de menores, a la vista de la cláusula de supletoriedad de la Disposición Final primera de la LORPM y teniendo en cuenta que su aplicación está en perfecta armonía con los principios que inspiran el Derecho Penal Juvenil. De hecho, la práctica diaria pone de manifiesto que en el proceso penal de menores también las víctimas y los testigos en un alto porcentaje son menores de edad. Los Sres. Fiscales cuidarán de garantizar que tales disposiciones preordenadas a minimizar los perturbadores efectos de los procesos de victimización secundaria tengan plena aplicación, pues su función genérica de protector de los derechos de los menores también debe proyectarse sobre los testigos menores, sean o no víctimas de los delitos".*

2.- DECLARACIÓN DEL MENOR EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN: ANÁLISIS DE LA REFORMA 8/2006, DE 4 DE DICIEMBRE. PRESENCIA OBLIGATORIA DEL FISCAL

El art. 433 LECrim, tras la reforma operada por LO 8/2006 dispone en su párrafo tercero que *toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración.*

Por tanto, la declaración del menor durante la fase de instrucción tendrá lugar necesariamente ante Juez de Instrucción, Secretario Judicial y Ministerio Fiscal.

En cuanto al papel del Fiscal en esta declaración, ya la reciente Instrucción 1/2007, de 15 de febrero, sobre *actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores* consideraba que "*la obligación específica de la presencia del Fiscal en estas declaraciones no se funda en finalidades de aseguramiento de la eficacia en la investigación, pues si tal fuera su "ratio", tal presencia habría de ser obligatoria en todas las declaraciones, sino precisamente en su función de protector de los derechos fundamentales del menor*".

La importancia del papel del Fiscal en las exploraciones de menores ha sido subrayada por la doctrina constitucional. La STC nº 17/2006, de 30 de enero en relación con una causa civil en la que no se permitió al Fiscal asistir a la exploración, declara que si bien los arts. 138.2 y 754 LEC permiten celebrar las audiencias de menores sin asistencia de las partes "tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso de forma imparcial como defensor de la legalidad

y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias".

Por otro lado, presenciar la declaración del menor en fase de instrucción puede proporcionar al Fiscal información privilegiada a la hora de decidir acerca de extremos tan trascendentes como si procede proponerlo como testigo para el acto del juicio oral o bien prescindir de él y en ese caso, acerca de si es necesario preconstituir la prueba, citar a testigos de referencia o interesar alguna diligencia sobre la credibilidad del testimonio. También servirá para calibrar -si procede citarlo como testigo para el acto del juicio oral- el tipo de cautela a promover para evitar su re-victimización. Igualmente podrá ser útil para, en su caso, valorar la procedencia del sobreseimiento.

Potestativamente pueden estar presentes los representantes legales del menor, y, en su caso, los guardadores, que sin ser representantes se ocupen del mismo. Esta presencia potestativa -en principio recomendable para dar mayor seguridad y confianza al menor- se ve exceptuada cuando los representantes o guardadores sean los propios imputados, pues en tales casos se desnaturalizaría su presencia en el acto, cuyo sentido es precisamente el de amparar y dar tranquilidad al menor. También se prevé pese a no ser imputados, que el Juez excepcionalmente acuerde la no presencia de los padres, tutores o guardadores. Debe interpretarse cuál puede ser el fundamento de esta exclusión excepcional: el art. 162 CC dispone que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, exceptuándose "aquellos casos en que exista conflicto de

intereses entre los padres y el hijo". Parece por tanto que habrán de ser estos supuestos en los que existan conflictos de intereses los que motiven la exclusión. También podrá ser fundamento de la exclusión la existencia de indicios que lleven a la fundada creencia de que los progenitores persiguen que el menor no colabore con la Administración de Justicia. En todo caso, habrá de evitarse que la presencia del progenitor o familiar suponga una presión directa sobre el menor, impidiéndose que una vez iniciado el acto, se pretenda de cualquier manera de orientar la declaración del niño.

Facultativamente también se prevé que puedan asistir expertos. 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.

En estos casos, al dirigir el interrogatorio de los menores se tendrán en cuenta las pautas marcadas por los expertos. Incluso debe admitirse, especialmente para niños de corta edad, que el interrogatorio lo lleve a cabo un psicólogo infantil previa entrevista con Juez, Fiscal y demás partes a fin de determinar su objeto. De hecho, en supuestos de niños muy pequeños con los que es difícil el diálogo directo, las técnicas de abordaje sólo pueden practicarse por persona experta en la materia.

Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley fue presentada una enmienda que proponía que “en las declaraciones de menores en los

procesos penales se les tomará declaración a través de un experto, al que el Juez, el Ministerio Fiscal y las partes previamente habrán facilitado las preguntas y esta exploración será seguida por el Juez y las partes a través de un espejo unidireccional o de un circuito cerrado de vídeo y podrán sugerir nuevas preguntas a través del experto, grabándose en soporte audiovisual para su valoración".

La redacción final que la LO 8/2006 no asumió expresamente este ambicioso planteamiento, si bien *de lege data* pueden alcanzarse resultados similares (declaración a través de un experto, exploración con utilización de espejos unidireccionales o de circuito cerrado de vídeo, posibilidad de sugerir nuevas preguntas tanto a acusación como a defensa, grabación….) para los casos en los que sea necesario o conveniente utilizar estas posibilidades y/o preconstituir la prueba.

En efecto, se prevé como posible la grabación de la declaración. Las Sras/Sres. Fiscales interesarán este modo específico de documentación siempre que resulte plausible la eventualidad de que el menor no pueda declarar en el acto del juicio oral o cuando con los datos ya recabados pueda sostenerse que el grado de victimización secundaria del menor es especialmente intenso y perjudicial si se le impone la obligación de asistir al juicio como testigo.

Si con anterioridad a la citación para declarar se ha solicitado la elaboración de un informe psicológico sobre el menor será muy importante el interesar que se pronuncie sobre si el mismo puede declarar sobre los hechos sin riesgo para su equilibrio psicológico y, en caso positivo, sobre las cautelas que se consideran necesarias o convenientes.

Como regla general, las Sras/Sres. Fiscales no citarán como testigos a los menores para el acto del juicio oral cuando los expertos consultados

desaconsejen fundadamente tal citación. En estos casos -si no lo han hecho ya- propondrán la grabación de su declaración y que la misma se lleve a cabo respetando los requisitos de contradicción previstos para la preconstitución probatoria, siempre con las modulaciones que pueda exigir el interés del menor.

Resulta también de aplicación, el nuevo párrafo al final de la regla 4ª del art. 770 LEC, introducido tras la reforma operada por Ley 15/2005, de 8 de julio, (Derecho supletorio, conforme al art. 4 LEC, en el ámbito penal). Dispone el reseñado precepto que en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

La Reforma 8/2006 ha suprimido la referencia a que el Juez instructor, antes de recibir el juramento al testigo púber y de interrogar al impúber, les instruirá de la obligación que tienen de ser veraces, y en su caso, de las penas previstas para el delito de falso testimonio.

Habrán las Sras/Sres. Fiscales de interpretar que no se les recibirá juramento a los menores, sean o no púberes, ni se les advertirá de las penas con que el Código castiga el delito de falso testimonio en causa criminal, sin perjuicio de advertirles a todos la obligación que tienen de ser veraces y a los mayores de 14 años de la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal conforme a la LORPM en caso de mentir.

No obstante, en relación con el juicio oral, continúa en vigor el art. 706 LECrim, conforme al que hallándose presente el testigo mayor de catorce años ante el Tribunal, el Presidente le recibirá juramento en la forma establecida en el art. 434. Quizás la coherencia debiera haber llevado a incluir para el acto del

juicio oral la previsión de que no se tomará juramento o promesa a los testigos menores de dieciocho años. Sin embargo, la falta de una disposición expresa en tal sentido debe llevarnos a mantener la vigencia del art. 706 LECrim.

3.- SUPUESTOS EN LOS QUE CABE EVITAR LA PRESENCIA DEL MENOR EN EL ACTO DEL JUICIO ORAL

La jurisprudencia del TEDH parte de la incompatibilidad con las garantías del art. 6 CEDH de las condenas que se fundamenten únicamente, o de manera determinante, en las declaraciones de un testigo que el acusado no ha podido interrogar ni durante la instrucción, ni durante el proceso ulterior (SSTEDH de 13 de octubre de 2005, caso "*Bracci*" contra Italia; de 14 de junio de 2005 "Mayali" contra Francia; de 20 de diciembre de 2001 "*P.S*" contra Alemania). Ello presupone la necesidad de la práctica de las pruebas en el juicio oral bajo los principios de inmediación, concentración, oralidad, publicidad y contradicción.

Excepcionalmente reconoce el TEDH 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 contradictora satisfacía las exigencias del art. 6,1 y 6,3 d) CEDH (STEDH de 2 de julio de 2002 caso "*S.N*" contra Alemania).

Nuestro Tribunal Supremo, en aplicación de los principios de concentración, oralidad, inmediación, publicidad y contradicción que rigen la práctica de la prueba en el juicio oral el Tribunal Supremo reitera la exigencia general de comparecencia de los testigos y peritos al juicio oral para desvirtuar

la presunción de inocencia (SSTS de 30 de enero de 1992 (Rec. 947/88) y nº 777/2000 de 28 de abril).

La improcedencia o imposibilidad de asistencia del menor al juicio oral sea porque su participación en tal acto podría generarle daños psicológicos, sea porque por razón de su edad no va a poder narrar los hechos, sea por cualquier otra forma de imposibilidad o gran dificultad (fallecimiento, enfermedad grave, residencia en el extranjero…) puede suplirse a través de dos vías, que eventualmente serán complementarias: la preconstitución probatoria y la utilización de testigos de referencia.

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.

Las Sras/Sres. Fiscales, si por cuanto se ha dicho, apreciaran graves dificultades para la asistencia del testigo menor al juicio oral, deberán ponderar los derechos e intereses en juego, asumiendo al prescindir del testimonio en la vista oral y acudir a la preconstitución probatoria, la eventualidad de una sentencia absolutoria.

3.-1. Preconstitución probatoria

3.-1.1 Presupuestos habilitantes: generalidades.

Está comúnmente reconocido que los ritos procesales y la configuración de una sala de vistas no son el marco adecuado para que un menor de corta edad pueda testificar aportando información relevante sobre los hechos, tanto mas si el niño-testigo es además víctima de hechos graves. Un menor de corta edad no está en condiciones de testificar en el acto de la vista sobre hechos ocurridos años antes. Un menor de corta edad no puede asumir emocionalmente, conforme a los principios de la psicología evolutiva, los requerimientos de un interrogatorio contradictorio. Un menor de corta edad, en fin, está afectado profundamente en su desarrollo madurativo, de modo que es contraproducente obligarle en el juicio a reconstruir experiencias traumáticas ocurridas, desde su percepción temporal, en momentos muy lejanos.

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.

El Módulo de referencia para el desarrollo de un 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.

3.-1.2. Requisitos necesarios con carácter general.

Conforme al art. 448 LECrim *el Juez instructor hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su Abogado defensor, y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.*

Conforme al art. 777.2 LECrim, *el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes. A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del art. 730.*

3.-1.3 Especialidades en la preconstitución de la testifical de un menor de edad.

Frente a lo propugnado por algún sector doctrinal, no se han establecido justificaciones específicas para la preconstitución de la testifical de un menor de edad. Esto no obstante, una interpretación teleológica de las causas generales previstas en los arts. 448 y 777 LECrim, tamizada por los principios generales que informan la LOPJM, debe llevar a admitir como presupuesto justificante el caso de los menores que por razón de su corta edad o de su especial vulnerabilidad estén en riesgo de sufrir un grave daño psicológico de verse obligados a comparecer de nuevo como testigos en el acto del juicio oral.

Para que esta probabilidad de sufrir grave daño psicológico se baraje en la decisión de prescindir de la ratificación del testimonio del menor en el acto del juicio oral, debe estar debidamente acreditada en la causa, a través del correspondiente informe pericial o de cualquier otro medio probatorio (STS nº 332/2006 de 4 de marzo).

También podrá acudirse a la preconstitución probatoria y correlativamente habrán de abstenerse los Sras/Sres. Fiscales de citar a juicio oral a los testigos menores cuando los mismos tengan tan corta edad que racionalmente pueda llegarse a la conclusión que tras el lapso temporal probable entre la primera declaración y la fecha del juicio oral, cualquier intento de rememorar los hechos haya de resultar inútil.

Aunque es difícil dar pautas generales, pues el proceso de maduración depende de numerosas variables, los niños menores de seis años cuyo testimonio sea esencial deberán ser examinados con asistencia de especialistas, en un entorno adecuado y dando la posibilidad a la Defensa de formular -a través de terceras personas- cuantas preguntas pertinentes plantee.

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

El proceso de evolución madurativa de los niños de corta edad conlleva cambios muy notables en cortos lapsos de tiempo en cuanto a capacidades cognitivas y aptitudes de memoria. Puesto que no es infrecuente que el señalamiento del juicio oral tenga lugar en fecha muy posterior a la de la declaración sumarial, se comprende que la repetición en el juicio oral -además de la perturbación para el menor- genera problemas desde el punto de vista de la propia calidad de la declaración. El niño ha olvidado los hechos o los recuerdos que tiene ya no son de los hechos, sino del relato elaborado e influenciado por familiares, amigos, psicólogos etc., a su vez sometidos al filtro de su propia elaboración. En este sentido, la STS nº 1582/2002, de 30 de septiembre refiere que cuando la víctima del delito es un menor "su percepción de los hechos no coincide necesariamente con la de una persona ya formada y además puede verse en cierto modo afectada por las circunstancias que le rodean desde su primera manifestación hasta el momento del juicio oral en que la prueba se practica ante el Tribunal, máxime cuando, como no es anormal, ha transcurrido un período dilatado de tiempo entre los hechos, su denuncia y su enjuiciamiento".

Por otro lado, la declaración ante un Tribunal puede menoscabar la capacidad explicativa del menor, sobre todo si se aplica la técnica del interrogatorio cruzado con todo su rigor, circunstancia que conlleva para el niño un importante riesgo de bloqueo.

Ante estos supuestos, la preconstitución de la prueba se justifica no solo a fin de salvaguardar el superior interés del menor sino incluso, desde el punto de vista epistemológico, por ser el medio más adecuado en aras a la obtención

de la verdad material. En efecto, en estos casos, la preconstitución probatoria sometida al principio de contradicción y registrada audiovisualmente tiene beneficiosos efectos colaterales: el recuerdo de lo sucedido al ser más reciente tiene menos riesgos de estar elaborado e influenciado. La conclusión se refuerza en los casos de "olvido motivado", por el que el menor tiende a olvidar aquellos sucesos que no desea recordar, sobre todo por los efectos negativos que éstos han tenido sobre el mismo.

Esta ampliación de la posibilidad de aplicar la preconstitución probatoria en supuestos en los que la citación del menor a juicio oral puede suponerle un grave perjuicio ha sido asumida por la jurisprudencia (SSTS nºs 626/2006, de 2 de junio y 1229/2002, de 1 de julio, 151/2007 de 28 de febrero).

En cuanto a las especialidades procedimentales en la preconstitución probatoria para un testigo menor, la Disposición Final 1ª tres de la LO 8/2006 de 4 diciembre añadió un nuevo párrafo al art. 448 LECrim conforme al que la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba. En la regulación de la preconstitución de la prueba, la reforma operada por LO 14/1999 de 9 junio introdujo la posibilidad de evitar la confrontación visual del menor testigo con el inculpado pero siempre subordinada al cumplimiento de dos presupuestos: previo informe pericial y resolución motivada. Tras la reforma 8/2006 imperativamente habrá de evitarse la confrontación visual, sin que exija el cumplimiento de ningún tipo de requisito.

Por tanto, aun cuando con carácter general la preconstitución de la prueba exige hacer pasar a la diligencia por el tamiz de la contradicción con el fin de salvaguardar el derecho del imputado a interrogar a los testigos de cargo, esta exigencia, aún respetándose plenamente, puede matizarse para evitar

perjuicios a los testigos menores. Las posibilidades para llegar a un punto de equilibrio son múltiples: utilización de biombo, empleo de video conferencia, colocación del menor en un punto desde el que no pueda ser visto por el imputado, utilización de espejos unidireccionales, todo ello en el entendimiento de que la indemnidad del derecho de contradicción exige que esté presente en el interrogatorio el Letrado del imputado y que se le permita formular preguntas al testigo menor, así como entrevistarse con el imputado para decidir la práctica de nuevas preguntas.

Por ello, aún con estas modulaciones, se respeta íntegramente el derecho que asiste al imputado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (SSTC 7/1999, de 8 de febrero; 97/1999, de 31 de mayo y 131/1997, de 15 de julio), reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 CEDH como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso "*Delta*").

Incluso ya antes de la reforma legal, la STS nº 1177/2005, de 19 de octubre, consideraba suficiente para garantizar la contradicción que en la preconstitución probatoria de la declaración de un menor víctima de un delito de prostitución estuvieran los Letrados de los imputados aunque no estén los propios imputados.

Avanzando más, nuestro Tribunal Supremo ha afirmado recientemente que lo que exigen la normativa internacional y su propia jurisprudencia acerca de la contradicción como manifestación sustancial del derecho de defensa proclamado en el art. 24 CE, es que el letrado defensor del acusado haya tenido la oportunidad real de interrogar al testigo de cargo, bien en fase de instrucción, bien en el plenario. A tales efectos se considera cumplida esta garantía en un supuesto en el que "…el Juzgado de Instrucción proveyó la citación del testigo-

víctima al objeto de exploración del mismo sobre los hechos objeto de la denuncia, providencia que le fue notificada a la defensa del acusado, vía procuradora. A pesar de ello, la diligencia se llevó a cabo sin presencia del letrado defensor, por lo que la ausencia de éste debe reputarse voluntaria y de ninguna manera achacable al órgano jurisdiccional que había informado cumplidamente del objeto de tal exploración. Y, desde luego, no impuso trabas o inconvenientes ninguno a la comparecencia del Abogado defensor a tal diligencia en la que hubiera podido interrogar al testigo…" (STS nº 666/2008, de 21 de octubre).

Un supuesto claro de validez de la preconstitución probatoria se expone en la STS nº 626/2006, de 2 de junio: la víctima de los hechos enjuiciados -una niña de tres años de edad- "no prestó declaración en el plenario, lo que fue denunciado por la defensa", no obstante lo cual, el Tribunal entiende "que tal vicisitud no impide la reconstrucción probatoria" reflejada en el "factum", considerando que, pese a ello, se respetó el derecho de defensa del acusado y el derecho de contradicción, que, "no se agota ni se manifiesta exclusivamente en el plenario" "la menor víctima tenía tres años cuando ocurrieron los hechos", "lo que implica una notable dificultad descriptiva de los mismos que incluso podía calificarse de potencial incapacidad (...) para asumir la condición de testigo, en los términos exigidos por la LECrim. (art. 417.3º)"… ello no obstante, el Juez de Instrucción llevó a cabo la "exploración" de la menor, con intervención de "todas las partes" (entre ellas, lógicamente, el Letrado del acusado)…de la anterior diligencia se levantó el correspondiente acta "cuyo contenido fue introducido en el plenario a instancia de la acusación particular"….teniendo en cuenta que "concurría un riesgo cierto de victimización secundaria", (el juicio se celebró transcurridos siete años desde tuvieron lugar los hechos enjuiciados).

En el mismo sentido se decanta la STS nº 151/2007 de 28 de febrero al admitir la preconstitución probatoria de las declaraciones de una niña de tres

años víctima de abuso sexual, cuya grabación fue visionada en el acto del juicio oral.

En definitiva, la jurisprudencia ha asumido plenamente que es posible "una interpretación finalística del artículo 730 LECrim., con invocación expresa de la Ley orgánica 1/1996, de protección del menor" (vid. STS nº 626/2006, de 2 de junio).

En este marco normativo y jurisprudencial, siempre en aras de la mayor efectividad de los derechos de defensa del acusado y de reducir sus posibles restricciones al mínimo imprescindible, las Sras/Sres. Fiscales cuidarán, cuando decidan prescindir del testimonio del menor en el acto del juicio oral y utilizar la prueba preconstituida, que tal opción esté avalada por un dictamen pericial que desaconseje la declaración del menor por ser susceptible de causarle graves perjuicios (vid. STEDH de 10 de noviembre de 2005, caso "*Bocos-Cuesta*" contra Holanda).

La conveniencia de la preconstitución probatoria habrá de plantearse especialmente en causas por delitos contra la libertad sexual cuando la víctima sea menor de catorce años.

3.1.4. Requisitos formales

La prueba preconstituida relativa a la exploración del menor, debe ser llevada a la vista del juicio oral como prueba documental, proponiéndose así en el escrito de calificación, debiendo igualmente las Sras/Sres. Fiscales interesar su reproducción en juicio.

En los casos en los que deba valorarse el contenido de una grabación de audio/video, es imprescindible que se proceda a la audición y/o visionado. La

STS nº 332/2006, de 14 de marzo declara al respecto que el visionado y audición de las cintas, -en defecto de la percepción directa del testimonio de la víctima- resultan “fundamentales e imprescindibles para poder comprobar el contenido y sentido de las manifestaciones inculpatorias en su caso, efectuadas por la menor, y para calibrar si la técnica utilizada por la psicóloga fue correcta en sus entrevistas estructuradas o no, evitando cualquier género de sugestión incompatible con las exigencias procesales (ex arts. 439,709 y concordantes de la LECrim) garantizadoras de la espontaneidad de todo testimonio”.

Las Sras/Sres. Fiscales deberán evitar en estos casos la utilización de la fórmula “por reproducida”, pues la omisión de la efectiva reproducción en el plenario ha dado lugar a la revocación de sentencias condenatorias. Sentencias del TC como las nº 82/1992 de 28 de mayo y 280/2005 de 7 de noviembre o Sentencias del TS como la nº 332/2006 de 4 de marzo, han declarado la vulneración de los derechos de defensa y contradicción ante la ausencia de reproducción efectiva de la prueba (lectura o visionado al amparo del art. 730 de la LECrim) en el juicio oral.

3.2 Posibilidad de utilizar testimonios de referencia como prueba de cargo.

Con carácter general el art. 710 LECrim autoriza el testimonio de referencia, si bien exigiendo al testigo de esta clase que precise el origen de la noticia. Como se ha dicho, este tipo de prueba no es rechazable de plano, porque, no excluida su validez por la Ley salvo en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra, no siempre es posible obtener la prueba original y directa.

Como resume la STS nº 124/2002 de 6 de febrero: "No puede olvidarse que nuestro sistema procesal admite de manera expresa la figura del testigo de

referencia al aludir a él en el art. 710 de la LECrim, en el que distingue entre testigos directos y de referencia, exigiendo, respecto de estos últimos, que no sólo den razón y explicación satisfactoria de lo que conocen y manifiestan sino que precisen el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido o con las señas con que fuera conocida a la persona que se la hubiere comunicado. De esta manera, el testimonio de referencia puede ser elemento valorable, máxime si concurre con otros factores indiciarios de indudable estimación, para integrar la prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia. Como pusieron de relieve las Sentencias de 18 de julio y 5 de diciembre de 1994 y la de 19 de enero de 1996, el supuesto de imposibilidad material de comparecencia del testigo directo por fallecimiento del mismo es el más caracterizado de los que la jurisprudencia estima como justificativos para entrar en la apreciación del testimonio referencial, siempre a valorar por el Tribunal sentenciador".

En el mismo sentido se declara la validez de los testigos de referencia cuando se haya acreditado la imposibilidad de acudir al testimonio del testigo directo. Concurriendo dicha imposibilidad el testigo de referencia puede válidamente constituir prueba de cargo suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia condenatoria, mientras que en aquellos supuestos en que no concurran las circunstancias mencionadas será una prueba más a valorar por el Tribunal junto con las demás que se hayan producido en el acto del juicio oral. Por sí sola no será suficiente generalmente para desvirtuar la presunción de inocencia. (SSTS nº 697/2006, de 26 de junio, nº 516/1996, de 12 de julio y nº 187/1997, de 10 de febrero).

La doctrina general del Tribunal Constitucional sobre esta modalidad probatoria podría sintetizarse en los siguientes términos: "el testimonio de referencia, como prueba admisible en derecho ha sido, a su vez, reconocido explícitamente por este Tribunal, como medio apto para desvirtuar la presunción

de inocencia (SSTC nº 131/1997, de 15 de julio, nº 217/1989), si bien con reservas en la medida en que “la regulación de la ley responde, como tendencia, al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste” (SSTC nº 35/1995, de 6 de febrero, nº 217/89). De ello deriva que, “en la generalidad de los casos, este Tribunal haya calificado dicho medio de prueba como poco recomendable”, pues “en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso”; por ello, se admite, aunque con la precisión de que la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral (SSTC nº 217/1989, 303/1993, 79/1994 y 35/1995). Concretamente, la STC nº 146/2003, de 14 de julio establece que “el testimonio de referencia puede ser uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria. Pero, como se ha declarado reiteradamente, se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia”.

En determinados supuestos, especialmente cuando nos encontremos ante delitos contra la libertad sexual y en los que la víctima es un menor de muy corta edad, no procederá ni siquiera la preconstitución probatoria. En tales casos y siempre que concurran determinadas circunstancias, podrá acudirse al testimonio de referencia de los padres o terceras personas.

Por supuesto, al acudir a este tipo de prueba, las Sras/Sres. Fiscales tendrán presente su carácter excepcional y subsidiario, así como las pautas que proporciona la jurisprudencia sobre sus presupuestos de validez y su eficacia limitada (SSTC 209/2001 de 22 de octubre, 263/2005 de 24 de octubre y

324/2005 de 12 de diciembre y SSTS nºs 139/2000 de 31 de enero, 335/2000 de 6 de marzo, y 332/2006, de 4 de marzo). En particular atenderán a la necesidad de acompañar el testimonio de referencia de ratificaciones, siquiera periféricas, procedentes de otras fuentes, directas o indirectas, de prueba (SSTS nº 534/1999 de 26 de marzo, 902/2001 de 21 de mayo y 124/2002 de 6 de febrero).

Es ilustrativo el caso analizado por la STS nº 429/2002, de 8 de marzo en relación con una víctima de tres años. Los argumentos de esta sentencia para admitir y valorar el testimonio de referencia inciden sobre el modo convincente con el que el Tribunal de Instancia explicó los motivos por los que creyó en la veracidad de las declaraciones de los padres de la menor -no trataron de magnificar lo ocurrido, procuraron cerciorarse de la realidad del hecho, sólo denunciaron cuando se lo aconsejaron los especialistas que habían reconocido a su hija, tuvieron buen cuidado en que ésta olvidase el atentado anteponiendo los intereses de la menor al deseo de acumular pruebas contra el acusado, no tenían anteriormente animadversión alguna contra el mismo, mantuvieron sin cambios a lo largo del proceso la versión que inicialmente dieron de los hechos, etc.-, así como los motivos por los que tuvo por ciertas las manifestaciones que a sus padres hizo la niña -la espontaneidad de la comunicación, los gestos de que fue acompañada, su precisa significación, la coincidencia entre determinadas circunstancias que, según la menor, rodearon y facilitaron el hecho y las admitidas por el acusado, el respaldo que su credibilidad recibió de la prueba pericial psicológica ratificada y celebrada en el juicio oral, etc.- todo lo cual autoriza a hablar de la apreciación racional de un conjunto probatorio válidamente obtenido, practicado con todas las garantías inherentes al plenario y cuya valoración incumbía al Tribunal de instancia.

Conforme a la STS nº 697/2006, de 26 de junio la cuestión se centra en primer lugar en si existió posibilidad de obtener la declaración del testigo directo.

Se trataba también de una niña, de unos tres años cuando ocurren los hechos y de unos cinco en el momento del juicio. El intento de exploración en el juicio oral fracasó ante su negativa a relatar lo sucedido y a realizar cualquier clase de manifestación, tal como se hizo constar en el acta y se refiere en la sentencia. Es claro que la menor era inmune a una eventual coacción legítima derivada de la obligación de declarar (artículo 420 de la LECrim), dado que su edad la imposibilitaba para entender la obligación o la conveniencia de declarar sobre lo sucedido y las eventuales consecuencias de todo tipo de su actitud. De otro lado, las necesidades derivadas de la protección de la menor desaconsejaban acudir a cualquier clase de maniobra para modificar su voluntad ya expuesta con claridad en contra de realizar alguna manifestación sobre los hechos. Por lo tanto, puede afirmarse que en esas condiciones era imposible o al menos extremadamente dificultoso obtener su testimonio. Siendo así, nada impide que se acuda al testimonio de referencia. Las declaraciones de la pediatra y del perito psicólogo, en cuanto descartan la existencia de fabulaciones en la menor, afirmando que a los tres años no es posible la elaboración de fantasías de contenido sexual, así como el examen del resto de las pruebas que excluyen otras posibles fuentes de conocimiento sobre los hechos de la clase de los que la menor relató a los testigos referenciales, actúan como elementos de corroboración de las declaraciones de éstos.

En esta línea, para nuestro Tribunal Supremo en los casos en que se trata de niños muy pequeños o fuertemente traumatizados según opinión médica, que aparecen como víctimas de delitos contra la libertad o indemnidad sexuales, deben tenerse en cuenta de forma racional las posibilidades que la Ley y la jurisprudencia contemplan en orden a la utilización, como prueba de cargo, de los testimonios de referencia, haciendo compatibles las garantías del acusado, especialmente las conectadas al derecho a la prueba, al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, con la defensa e indemnidad de los derechos de los menores, pues la protección de éstos exige

evitar que sean sometidos a diligencias que puedan resultar seriamente perjudiciales para su equilibrio, en la medida de lo racionalmente posible.

La STS nº 626/2006, de 2 de junio considera admisible el recurso al testigo de referencia en un caso en el que la víctima es una niña de tres años incapacitada para declarar por falta de discernimiento. La STS nº 1229/2002, de 1 de julio también admitió la posibilidad de sustituir la declaración testifical de una menor con graves secuelas psicológicas como consecuencia del hecho delictivo por la declaración de los testigos de referencia.

En efecto, debe recordarse que la LECrim prescribe que no podrán ser obligados a declarar como testigos los incapacitados física o moralmente (art. 417.3º).

En este sentido el Tribunal Supremo ya ha declarado que debe acreditarse adecuadamente y valorarse la posible incapacidad para declarar derivada de la corta edad de las víctimas, conforme al artículo 417.3 de la LECrim, (SSTS nº 697/2006, de 26 de junio, 469/2004 y 429/2002).

Con relación específica a testimonios de referencia y menores la doctrina del Tribunal Supremo ha sido validada por nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 41/2003, de 27 de febrero, en la que con cita de las SSTC nº 79/1994, de 14 de marzo, nº 68/2002, de 21 de marzo y nº 155/2002, de 22 de julio, se declara que "el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal", lo que resultaría aplicable en el presente caso, en el que la víctima es una niña de corta edad (dos años y medio de edad en la fecha que ocurrieron los hechos), incapacitada para declarar por falta de discernimiento (art. 417.2). En la misma línea, SSTC nº 209/2001, de 22 de octubre y nº 219/2002, de 25 de noviembre.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque ha declarado con rotundidad el derecho de todo acusado a interrogar a los testigos directos (Sentencias de 19 de diciembre de 1990, caso *"Delta*"; 19 de febrero de 1991, caso "*Isgró";* 26 de abril de 1991, caso "*Asch*" o 20 de septiembre de 1993, caso "*Saidi*"), ha otorgado "suficiencia probatoria para destruir la presunción de inocencia a la prueba testifical indirecta relativa a la declaración del policía especializado que interrogó al menor víctima del abuso sexual", al haber dispuesto de una "potencial intervención contradictora (que) satisfacía las exigencias del artículo 6.1 y 6.3 d) CEDH " (vid. STEDH de 2 de julio de 2002). También se ha admitido la validez de los testimonios de referencia para desvirtuar la presunción de inocencia en supuestos como los analizados por las SSTEDH de 13 de octubre de 2002, caso "*Bracci*" c. Italia; de 7 de junio de 2005 caso "*Jerino*" c. Italia; y de 13 de mayo de 2004 caso "*Chifari*" c. Italia, en base a que el Tribunal dispuso de otros elementos de prueba, aunque fueran secundarios.

En estos casos de utilización de testigos de referencia, con el fin de respetar la preeminencia en el proceso penal de las garantías de los acusados, y en particular, su derecho a la contradicción de las pruebas de cargo, "los Tribunales deben ser muy rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstancias que justifican la sustitución de unos testimonios por otros, sino también en la crítica de los referenciales y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito" (STS nº 1229/2002, de 1 de julio).

Esta misma exigencia de rigor en la ponderación de las circunstancias que obligan a acudir al testimonio de referencia y en el análisis de su contenido racionalmente incriminatorio y su posible eficacia como prueba de cargo, incumbe lógicamente al Ministerio Fiscal, como defensor objetivo de la legalidad y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

4.- EL SOBRESEIMIENTO DE LAS ACTUACIONES POR FALTA DE PRUEBA EN CAUSAS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Partiendo de la capacidad de los menores de edad para prestar válidamente testimonio en el proceso penal y de la habilidad del mismo para destruir el derecho a la presunción de inocencia (vid. *Infra*, epígrafe 9), cuanto se ha dicho hasta ahora evidencia que los casos en los que la víctima es menor presentan dificultades sobreañadidas a los habituales problemas para obtener pruebas racionalmente incriminatorias y esclarecer los hechos. Estas dificultades se intensifican cuando la edad de la víctima es muy corta y alcanzan niveles máximos cuando se trata de delitos contra la libertad sexual de los que el menor es testigo único, y especialmente cuando tales delitos se denuncian en situaciones de grave crisis familiar.

En estos supuestos, el esclarecimiento de los hechos y el castigo del culpable es fundamental, mucho mas importante que en otros tipos delictivos, tanto por razones de prevención general, como por motivos de prevención especial, ya que los autores de estas conductas rara vez lo son con carácter ocasional, por lo que el riesgo de que vuelvan a actuar sobre las mismas u otras víctimas suele ser alto.

Pero ni siquiera el evidente interés general en la averiguación y sanción de estos comportamientos, permitirá forzar al sistema penal a exprimir sus posibilidades hasta el punto de hacer *tabula rasa* de las garantías de los imputados por estos delitos o de olvidar las exigencias del derecho a la presunción de inocencia. Por ello habrá supuestos en los que, ponderados rigurosamente todos los intereses en conflicto y valorada adecuadamente la entidad de los elementos incriminatorios que pueden presentarse ante el Juzgador penal, la opción correcta sea la de interesar el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

En este sentido establece nuestro Alto Tribunal que el derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. Constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables pues en un Estado Social y Democrático de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean generalmente castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto nuclear de todas las demás garantías del proceso (SSTS nºs 832/2000, de 28 de febrero, de 22 de abril de 1999, de 29 de diciembre de 1997 y de 23 de marzo de 1999).

Cuando las Sras/Sres Fiscales opten por interesar el sobreseimiento de la causa, tras ponderar los intereses en conflicto y las dificultades para obtener una prueba racionalmente incriminatoria, a fin de garantizar al máximo el acierto de estas decisiones, deberán plasmarlas siempre en informe suficientemente motivado y sometido al régimen de visado previo**.**

5.- DECLARACIÓN DEL MENOR VÍCTIMA EN EL JUICIO ORAL: ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS APLICABLES

Desde la psicología se han aislado los siguientes factores estresantes que puede generar el acto del juicio para un 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.

Para contrarrestar estos factores estresantes debieran promoverse las siguientes prácticas: 1) procurar que el menor sea el primero en declarar, evitando esperas en la puerta de la sala de juicios; 2) celebrar el juicio a puerta cerrada; 3) separar al menor del acusado o tomarle declaración en otra sala, o evitando la visión directa con mamparas; 4) proporcionarle compañía durante la declaración (psicólogo o familiar), sobre todo para niños más pequeños; 5) utilizar un lenguaje comprensible; 6) suprimir el uso de togas durante la declaración del menor y 7) permitir que declaren sentados.

Efectivamente, según la Academia Americana de Psiquiatría Infantil y Juvenil (1999) cuando el niño o niña tiene que testificar, se pueden tener consideraciones especiales para reducir su estrés tales como el uso del video, realización de pausas, la exclusión de espectadores o la opción de no tener que mirar al acusado.

El punto nº 30 de la *Guía sobre Justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos*, aprobada por la Resolución 2005/20 ECOSOC-Naciones Unidas sugiere que se tengan en cuenta la posibilidad de recesos durante el testimonio del menor, que las audiencias se señalen en momentos del día apropiados para la edad y madurez del menor y el establecimiento de un sistema adecuado de notificación para asegurar que el menor va al Juzgado solo cuando sea estrictamente necesario.

Es importante insistir en que la justificación de este tipo de medidas no reside exclusivamente en la necesidad de preservar el interés del menor sino también la de obtener la máxima calidad en el testimonio. La psicología ha

demostrado que a menor estrés del menor testigo, mayor calidad en su declaración.

Es preciso analizar tres cuestiones: 1) cuándo puede acordarse la limitación de la confrontación visual 2) en qué consiste la evitación de la confrontación visual y 3) qué medios técnicos pueden utilizarse para lograr tal objetivo manteniendo la indemnidad de los derechos del acusado a la inmediación y contradicción y por ende, la validez de la prueba.

Para responder a tales interrogantes debe tenerse presente que tras la reforma operada por LO 14/1999 de 9 junio, el art. 707 LECrim permitía, potestativamente en casos de testigo menor de edad que el Juez o Tribunal en interés del menor y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordara que el interrogatorio se llevara a cabo evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual.

La Reforma 8/2006 modifica este precepto cuyo párrafo segundo establece ahora que "l*a declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba".* Esta disposición se impone con independencia de que el menor sea víctima y sin necesidad de aportar ningún tipo de informe psicológico.

De este modo, en relación con los testigos menores ya no será aplicable el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 6 de octubre de 2000, en el que se exigía al Tribunal una motivación razonable de la decisión de impedir la visualización del testigo por parte del acusado en el juicio oral, conforme al apartado b) del art. 2 LO 19/1994.

Esta Reforma consagra la distinción entre la contradicción (imprescindible) y la confrontación entre testigo menor y acusado (evitable). La contradicción exige que el acusado por medio de su Letrado interrogue al testigo menor, pero no implica la confrontación directa, ni verbal ni visual con el acusado.

La declaración del testigo en el acto del juicio sin la presencia del acusado no es contraria a la noción de proceso equitativo, si se obtiene en presencia del abogado que le representa y éste se encuentra en condiciones de proteger sus intereses, cuando concurra causa justificada, incluyendo como tal la necesidad de proteger a los testigos (vid. STEDH de 26 de marzo de 1996, caso "*Doorson"* vs Países Bajos). También en la STEDH de 4 de noviembre de 2003, caso "*Bellerín*" contra España, se considera que los intereses de los testigos y víctimas llamados a declarar quedan amparados por el art. 8 CEDH, de tal manera que los Estados deben organizar su procedimiento penal de forma que dichos intereses no peligren indebidamente. Los principios del proceso justo o equitativo exigen que se sopesen los intereses de la defensa y los de los testigos o de las víctimas llamadas a declarar. Las razones invocadas por el Magistrado-Presidente para disponer el modo de desarrollo de la prueba, consistentes en proteger la salud mental y la serenidad del niño son calificadas por el TEDH como pertinentes y suficientes. Por otro lado, no se produjo ninguna vulneración del art. 6.3.d) CEDH pues en todo momento el letrado del demandante tuvo la posibilidad de preguntar al testigo menor, así como la posibilidad de comunicar con el demandante durante el interrogatorio. Por todo ello, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH puede concluirse con que el principio de contradicción no exige que el acusado esté presente durante el interrogatorio del testigo cuando concurran razones que justifiquen dicha ausencia. Tampoco requiere que se le permita interrogar directamente al acusado, siempre que haya tenido la posibilidad de interrogar a través de su letrado.

Por tanto, en los casos en los que sea factible la presencia del testigo menor en el juicio oral, la Ley quiere que su declaración tenga lugar siempre -con independencia de la edad del menor, sea el mismo víctima o simple testigo y cualquier que sea el delito sobre el que deponga- con un *plus* de garantía, con el objetivo de evitar la confrontación visual con el inculpado y permitiendo para ello que la prueba se practique por medio de cualquier medio técnico que la haga posible.

Por lo demás, esta previsión, ahora ya con rango legal, había sido admitida con anterioridad por la doctrina del Tribunal Constitucional, que en su STC nº 64/1994, de 28 de febrero declaraba que es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo contrario a las exigencias derivadas del art. 6 CEDH; por lo que, por el contrario, en aquellos casos en el que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de "oculto" (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3º d) CEDH (en el mismo sentido, ATC nº 269/1994, de 17 octubre). También la STS nº 191/1995, de 14 febrero declaraba que "si bien es cierto que en esos casos hay una restricción en relación con el principio de publicidad que rige para las sesiones del juicio oral, no se produce infracción procesal relevante porque quedan debidamente respetados los principios de oralidad, contradicción, igualdad de armas, defensa e inmediación propios del mencionado acto solemne del plenario, pues, a la vista del Tribunal y de los defensores de las partes, se interrogó a los testigos".

En cuanto a qué tipo de medios técnicos pueden utilizarse, deben entenderse incluidos cualesquiera medios técnicos o audiovisuales.

La LO 8/2006, de 4 de diciembre tras la expresión "*gravosa o perjudicial*" del art. 731 bis de la LECrim, ha añadido el inciso *"y, especialmente, cuando se trate de un menor"*.

Por ello, una interpretación sistemática de los arts. 707 y 731 bis LECrim lleva a la conclusión de que cuando el testigo es menor debe automáticamente -*ope legis*-, entenderse que su comparecencia resulta gravosa o perjudicial y que por tanto, puede acudirse al uso de la videoconferencia.

Debe además recordarse que ya la Instrucción 1/2002, de 7 de febrero, *acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia* hacía mención a la posibilidad de usar la videoconferencia para evitar confrontaciones visuales a menores. También la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, *sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia* tras advertir que *la videoconferencia puede contribuir de manera decisiva a que algunos testigos o peritos declaren con plena libertad en un proceso en el que concurran circunstancias determinantes de una especial presión sobre su persona o sobre sus familiares*, declaraba que *mención especial merecen, dentro del presente apartado, los menores de edad. Debe tenerse en cuenta que, por aplicación de los arts. 9.1 y 11.2 d) de la LO 1/1996, de 15 de enero, las comparecencias de los menores ante los órganos judiciales deben practicarse de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, preservando su intimidad.*

En el mismo sentido, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia proclama en su punto nº 26 que el menor de edad tiene derecho a que su comparecencia ante los órganos judiciales tenga lugar de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo. Para el cumplimiento de este derecho podrán utilizarse elementos técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares.

Lógicamente la utilización de mamparas o medios análogos tiene una menor capacidad como mecanismo neutralizador de efectos de victimización secundaria, pues no evita la presencia del menor en la sala de vistas y su cercanía al acusado, pero para determinados supuestos no necesitados de niveles de protección cualificados podrá ser suficiente. La utilización de las mamparas habrá de realizarse tratando por un lado de impedir el contacto visual entre menor y acusado y al mismo tiempo permitiendo que el menor siga teniendo contacto visual con la persona o personas que le acompañen para prestarle apoyo, y pueda ser visto por el Tribunal, el Ministerio Fiscal y los representantes de las partes.

El Tribunal Supremo ha admitido el uso de otras cautelas, de forma que puede el Tribunal adoptar las medidas de tutela que estime más adecuadas, entre las que cita expresamente el "acompañamiento por un familiar, limitaciones a la publicidad, suspensión temporal del juicio, declaración como testigo oculto para los acusados o sin confrontación visual directa con los mismos" (vid. STS nº 1169/2000, de 30 de junio).

La STS nº 651/2000, de 5 de abril aceptó la declaración de los testigos menores fuera de la sala de vistas, en el despacho del Juez de lo Penal, con la asistencia del Ministerio Fiscal y del Abogado defensor, los cuales pudieron interrogar a tales testigos. En la misma línea, la STS nº 1123/2000, de 26 de junio, admite la validez de la testifical llevada a cabo en las proximidades de la sala de vistas, en donde se hallaba el acusado, quien pudo ver por circuito cerrado de televisión el desarrollo de la prueba.

También se ha admitido la declaración desde el umbral de la puerta de acceso a los estrados de la Sala de vistas (vid. SSTS nº 673/2007, de 19 de julio, nº 1398/1994, de 8 de julio), aunque estos procedimientos no resultan

recomendables, siendo preferible acudir a la utilización de mamparas o los medios técnicos anteriormente reseñados.

El Módulo de referencia para el desarrollo de un 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 en caso de no ser procedente la preconstitución probatoria y, por tanto, cuando el menor deba declarar en el acto del juicio oral de existir oficina de atención a la víctima se informará a la misma de la fecha y hora del juicio, a fin de que preste auxilio, informe y, en su caso, acompañe al menor y a su familia. Como regla general, en los casos en los que el menor esté tutelado, será acompañado por un educador del correspondiente centro.

6.- PAUTAS EN RELACIÓN CON CAREOS

El art. 455 LECrim en su párrafo último, añadido por la LO 14/1999 de 9 junio dispone que no se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial.

Por ello, ni en fase de instrucción ni en fase de enjuiciamiento habrá de utilizarse esta diligencia en relación con menores sino cuando simultáneamente concurran los dos presupuestos: 1) imprescindibilidad 2) informe pericial acreditativo de que no va a ser lesivo para el interés del menor testigo.

7.- OTROS MECANISMOS PROTECTORES DEL TESTIGO MENOR

Pueden eventualmente devenir aplicables los mecanismos de protección que ofrece la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, *de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales* pues su presupuesto aplicativo es el de que "la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella o sus descendientes o hermanos" (art. 1.2). Obviamente y como apunta la STS 899/1999, de 2 de junio, este presupuesto bien puede darse ante la declaración de un menor.

El peligro grave para la persona no necesariamente ha de ser proyectado hacia la integridad física, pudiendo serlo también de tipo psicológico o moral. Además, a la hora de interpretar el requisito del peligro grave, la minoría de edad del testigo debe modular su radio, de modo que una situación no generadora de riesgo para un adulto puede implicarlo respecto de un menor, teniendo en cuenta el mayor desvalimiento inherente al mismo.

Son en este punto aplicables las prevenciones de la LO 19/1994 en cuanto a la prohibición de tomar imágenes de testigos (art. 3.1) y las de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, *de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual*, en cuanto que conforme al art. 15.5 el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto en la legislación procesal.

Específicamente en relación con los menores, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia proclama en su punto nº 28 que el menor de edad tiene derecho a que las autoridades y funcionarios de la Administración de

Justicia guarden la debida reserva sobre las actuaciones relacionadas con ellos, que en todo caso deberán practicarse de manera que se preserve su intimidad y el derecho a su propia imagen. El art. 4.1 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reputa intromisión, "cualquier utilización de su imagen o nombre en los medios de comunicación. que sea contraria a sus intereses." (vid. Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, *sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores* e Instrucción 8/2005, de 26 de julio, *sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal*).

Por último también debe recordarse la necesidad de un riguroso cumplimiento de la previsión del art. 109 *in fine* LECrim en el que se dispone que en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el art. 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad. El punto nº 20 a) de la Guía sobre Justicia en asuntos concernientes en niños víctimas y testigos de delitos, aprobada por la Resolución 2005/20 ECOSOC-Naciones Unidas también incide en esta necesidad de información.

8.- PAUTAS GENERALES SOBRE INTERROGATORIOS A MENORES

La Recomendación de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal* tras subrayar que el interrogatorio de las víctimas deberá hacerse con respeto a su situación personal, derechos y dignidad, aconseja que los niños sean interrogados en presencia de padres, tutor o persona cualificada para asistirles.

El punto nº 13 de las “Pautas sobre Justicia en causas relativas a niños víctimas y testigos de delitos” propone que a fin de evitar perjuicios adicionales al menor, los interrogatorios, exámenes y otras formas de investigación deben estar conducidos por profesionales formados, que procedan de manera sensible, respetuosa y cuidadosa.

En este marco, las Sras/Sres. Fiscales habrán de tratar de mitigar tanto los retrasos en la citación para tomar declaración al menor en fase de instrucción, como las dilaciones en los señalamientos de juicio. Igualmente -en la medida de sus posibilidades- habrán de promover que los juicios en los que tenga que intervenir un testigo menor sean los primeros en el orden de señalamientos. Estas medidas amortiguarían el que se considera uno de los primeros agentes inductores de tensión en el testigo infantil, la demora entre los hechos y el momento de testificar y la ansiedad que provoca la espera en los pasillos -con frecuencia inhóspitos- de los edificios judiciales. En efecto, sigue siendo una práctica frecuente la de señalar los juicios mas complejos (una causa por delito contra la libertad sexual de un menor lo es) los últimos de la mañana, por lo que pueden producirse importantes retrasos en la hora de inicio, con el consiguiente nerviosismo en el menor y perturbadores efectos para su intervención durante el juicio oral.

Aunque los señalamientos obviamente no son competencia del Fiscal, las Sras/Sres. Fiscales en sus escritos de calificación y por medio de Otrosí, podrán interesar que se señale la causa en primer lugar, invocando las razones expuestas y el superior interés del menor.

En relación con este punto, el Módulo de referencia para el desarrollo de un 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 cuando el menor deba declarar en el acto del juicio oral, éste “se señalará en primer lugar”.

Por otra parte, cuando el testigo menor es víctima y se encuentra además en una situación de desprotección (v.gr. cuando ha sido objeto de malos tratos por sus progenitores) es esencial que la actuación de la Justicia penal y de las Entidades Públicas de Protección de Menores esté coordinada, y a los efectos de tal coordinación las Sras/Sres. Fiscales en tanto en cuanto son parte necesaria en el proceso penal y son superiores vigilantes de la actuación de las Entidades de Protección habrán de desplegar toda su diligencia para evitar contradicciones o disfunciones.

Los interrogatorios a menores deben estar presididos por la necesidad de infundirles confianza, impidiendo simultáneamente que se les asuste, partiendo de que la intimidación puede paralizar sus facultades amnésicas y de que el niño puede experimentar episodios de nerviosismo, vergüenza o bloqueo ante las personas que no conoce.

Por ello, deberán las Sras./Sres. realizar los necesarios esfuerzos por modificar el lenguaje jurídico utilizando una terminología adecuada al nivel de desarrollo del niño. En este punto, el Protocolo de 22 de noviembre de 2007 dispone que se evitarán formalismos que puedan perturbar al menor, utilizando un lenguaje adecuado a su nivel de comprensión.

La psicología del testimonio ha puesto de manifiesto que los testigos cometen mas errores cuando las preguntas son cerradas que cuando las preguntas son abiertas, de modo que se les permita el recuerdo libre, eligiendo sus propios detalles. El recuerdo libre incrementa la exactitud, aunque no garantice una declaración completa. Por ello es preferible iniciar el interrogatorio de manera que sea el propio testigo menor quien cuente lo que ha visto y percibido, para a continuación -y sólo a continuación- pasar a hacerle preguntas sobre puntos que puedan permanecer oscuros o sobre otros detalles adicionales sobre los que se precise información, advirtiendo al menor que conteste sólo

sobre lo que recuerde. Resumiendo, podríamos decir que debe recurrirse en inicialmente a la forma narrativa e intentar luego, progresivamente, preguntas mas estructuradas.

Las preguntas nunca deberán contener aditivos sugestivos, ni revelar la opinión o toma de postura del interrogador. En ocasiones será preferible contentarse con respuestas lacónicas y declaraciones fragmentarias, pues si se obliga al niño a proporcionar detalles, se incrementa el riesgo de que incorpore a su declaración elementos irreales.

No ha de olvidarse que el grado de sugestión que pueda tener una pregunta depende no sólo de su estructura gramatical y semántica sino del tono y de la autoridad del interrogador. Se evitará por ello, sobre todo en edades tempranas, lo que ha venido en llamarse “sugestión por coacción implícita” que genera en el niño confusión entre lo que se quiere que él diga o piense y lo que efectivamente piensa o quiere decir. Es frecuente que el niño trate de comprender qué desea el interrogador que diga, especialmente cuando se ve dominado por la seguridad del adulto, de modo que puede someterse con facilidad a la afirmación de la persona que le interroga, sin darse cuenta que anteriormente pensaba de forma distinta. La tensión que genera en un menor la declaración ante la Policía, el Juez, el Fiscal u otras autoridades puede poner en marcha un mecanismo de defensa que hace que el niño esté menos atento al objeto del interrogatorio y más pendiente del sujeto activo del mismo, al que trata de satisfacer para que cese la situación estresante.

Las Sras/Sres. Fiscales atenderán a estas consideraciones en su interrogatorio y procurarán que se inadmitan las preguntas que intenten menoscabar la solidez del testimonio del menor o su eficacia probatoria empleando medios, modos, o formas poco respetuosos con la dignidad del mismo. Como establece el Tribunal Supremo, “en el caso de agresiones

sexuales debe extremarse la sensibilidad en cuanto las manifestaciones de las víctimas menores, les hace revivir públicamente acontecimientos que han impactado necesariamente sobre su equilibrio psicológico y emocional. Es necesario extremar la delicadeza en la selección y admisión de las preguntas pertinentes, evitando las que sean innecesarias en relación con el objeto del proceso y rechazando, como es lógico, todas aquellas que tratan de menoscabar su dignidad o que busquen impactar al menor, haciéndole perder la necesaria estabilidad psíquica en la prestación de su testimonio". (SSTS nº 673/2007, de 19 de julio, 706/2000 de 26 de abril). Las preguntas deben indagar sobre hechos y no sobre las razones del comportamiento del testigo o de la víctima y menos aun, cuando tales indagaciones atentan a la dignidad de ésta (STS nº 673/2007, de 19 de julio).

Al efecto de preservar tanto la indemnidad de los menores como la calidad de su testimonio, podrá valorarse la conveniencia de solicitar la colaboración de psicólogos a fin de obtener asesoramiento en orden a atemperar los efectos de la victimización secundaria en los menores. El estrés que puede derivarse del proceso para el menor testigo debe -cuando sea necesario- ser paliado con la intervención de expertos que le aclaren determinados puntos -previa visita a las instalaciones judiciales o la explicación de lo que se espera de él- y que orienten a los operadores sobre la forma de dirigirse al mismo. Los niños necesitan saber exactamente qué ocurrirá en el juicio y qué es lo que se espera de ellos.

También en su caso las Sras/Sres Fiscales promoverán la celebración de los juicios a puerta cerrada. Aquí, el referido Protocolo subrayaba que a la hora de decidir si las sesiones se practican con publicidad o a puerta cerrada se tendrán especialmente en cuenta las necesidades del menor víctima, teniendo siempre presente lo dispuesto en el ya citado art. 9.1 LOPJM.

9. VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO MENOR DE EDAD

El punto nº 18 de la Guía sobre Justicia en asuntos concernientes en niños víctimas y testigos de delitos, aprobada por la Resolución 2005/20 ECOSOC-Naciones Unidas establece que la edad no debería ser una barrera al derecho del niño a participar plenamente en el proceso judicial. Todos los niños debieran ser tratados como testigos capaces sometidos a examen y su testimonio no debiera presumirse inválido o tratado con desconfianza por la sola razón de la edad siempre que su desarrollo mental permita la observación de hechos y su transmisión inteligible a terceros, con o sin ayudas o asistencias.

Pese a que el Tribunal Supremo parte de la dificultad probatoria que se presenta en los delitos contra la libertad sexual por la forma clandestina en que los mismos se producen (SSTS nº 597/2008, de 1 de octubre, nº 317/2008, de 27 de mayo; nº 173/2004, de 12 de febrero), la consideración como prueba de cargo del testimonio prestado por el impúber ha sido reiteradamente reconocida por la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como por la del Tribunal Supremo (vid. STC nº 44/1989 de 20 de febrero y SSTS nºs 732/1997, de 19 de mayo, de 28 de octubre de 1992, de 16 de enero de 1991, y de 18 de septiembre de 1990) y ello aunque sea el único testigo (SSTS nº 379/1997, de 23 de marzo, 23 de mayo de 1996 y 23 de mayo de 1995). En principio, la circunstancia de que el testigo sea menor de edad en absoluto empece a que su testimonio constituya prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (STS nº 108/2005, de 31 enero) dado que en el proceso penal "basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo en base a simples percepciones sensoriales" que el menor puede perfectamente transmitir (STS nº 1600/2000, de 20 octubre). La declaración incriminatoria de un menor, incluso afectado de retraso mental, es perfectamente apta para ser valorada por los jueces y, en su caso, destruir la presunción de inocencia de quien resulta incriminado en ellas, porque esos

factores del deponente no son óbice para su eficacia como elemento probatorio, a no ser que existan y se acrediten razones objetivas que invaliden sus manifestaciones o provoquen dudas en el juzgador que le impidan formar su convicción, incluido el aspecto de la credibilidad, cuya valoración corresponde al Tribunal de instancia (STS nº 175/2008, de 14 de mayo).

También en relación con menores objeto de agresión sexual el Tribunal Supremo ha declarado que en estos casos el menor "no da cuenta o informa con un lenguaje elaborado o dependiente de un proceso mental de racionalidad previa, sino que transmite literalmente hechos que pueden ser base para la fijación histórica de lo ocurrido, siendo facultad exclusiva del Tribunal de instancia, en base a la inmediación, la valoración de aquel testimonio, pero cuando se trata de menores de muy corta edad -en este caso tres años y medio- con desarrollo aún muy inmaduro de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación que pueden incidir en la forma de narrar lo sucedido, de manera que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes, su credibilidad debe ser cuidadosamente examinada por el elevado numero de errores que pueden contener, por la reducida capacidad cognitiva-léxica en ese periodo evolutivo y por la elevada posibilidad de que el recuerdo pueda verse inferido por conocimientos, emociones o influencias posteriores a los sucesos" (STS nº 1031/2006, de 31 de octubre).

En ocasiones el Tribunal Supremo valora especialmente, en orden a utilizar la declaración de los menores el informe psicológico ante niños de corta edad a fin de evaluar la posibilidad de fabulación (SSTS de 5 de diciembre de 1994, 13 de abril de 1998, 1 de junio de 1990, 10 de diciembre de 1990, 13 de abril de 1991, 12 de junio de 1995, 21 de diciembre de 1995, 19 de septiembre de 1996).

El peritaje sobre la credibilidad de la declaración de un menor, al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia, puede ayudar al Tribunal a establecer si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. En este contexto, para el Tribunal Supremo, la prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos), rindiendo su informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal, y aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de fiabilidad de las manifestaciones de un menor, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una herramienta de indiscutible valor para apreciar el testimonio de menores víctimas de un delito de naturaleza sexual (SSTS nº 715/2003 de 16 de mayo, 224/2005 de 24 de febrero, 1313/2005 de 9 de noviembre, 1031/2006, de 31 de octubre, 175/2008, de 14 de mayo).

Los informes sobre credibilidad del testimonio, improcedentes en general cuando se trata de testigos adultos cuya credibilidad sólo ha de valorar el juzgador, son recomendados en determinados casos de testimonio de menores: "…la psicología del testimonio en tanto que disciplina científica goza hoy de un notable desarrollo, merced en gran parte al trabajo de campo realizado en torno a la experiencia jurisdiccional. Fruto de ese desarrollo cultural es un buen conocimiento de los diversos riesgos de desviación y consiguiente pérdida de objetividad que gravan la prueba testifical. Entre los que, en el caso de los niños, se cuenta muy especialmente su vulnerabilidad a la sugestión, en función de las circunstancias personales y de entorno, su marcada apertura a influencias externas recibidas por vía de autoridad o de afectos, y su proclividad a la reelaboración inducida de los contenidos de memoria, tanto mayor cuanto más numerosas sean las ocasiones en que se vuelve sobre ellos en conversaciones o interrogatorios sucesivos. Es así hasta el punto de que en los exámenes psicológicos a que se les somete, y más si se trata de evaluar la credibilidad de

sus testimonios, juega un papel importantísimo la selección de los criterios de validez y la acreditación de que su uso ha sido el correcto" (SSTS nº 379/2005, de 14 de marzo, 604/2005, de 12 de abril y 1579/2003, de 21 de noviembre).

Las conclusiones de estos informes psicológicos de valoración técnica del testimonio de un menor y de análisis de la realidad de la declaración nunca pueden alcanzar precisión absoluta. Afirmaciones como la de que el relato es "muy probablemente creíble", integrarían “la categoría superior de todos los resultados posibles, ya que no se permite establecer científicamente, como es natural, una declaración en términos de exactitud matemática, sino tan solo una evaluación cualitativa ordenada” (vid. STS nº 1769/2001, de 5 de octubre).

En todo caso, es preciso insistir, y subrayar que tales pericias ni dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones del testigo se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que, entre otros elementos, contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (STS nº 317/2008, de 27 de mayo, 707/2007, de 19 de julio, 339/2007, entre otras). La reciente STS nº 517/2008, de 17 de junio recuerda por ello que la prueba pericial psicológica sobre la credibilidad de los testimonios “no excluye que la última depuración pertenezca a la función propia del órgano jurisdiccional”.

Ante supuestos de periciales psicológicas contradictorias sobre valoración técnica del testimonio, la STS nº 604/2005, de 12 de abril aporta pautas interesantes: “…el tribunal *a quo* se ha encontrado con dictámenes psicológicos enfrentados, por lo que se ha visto obligado a una selección crítica, que razona explícitamente. Selección que ha consistido sustancialmente en alzaprimar los dictámenes emitidos por especialistas que han sido traídos al proceso por su adscripción a la Administración de Justicia o a otros órganos públicos u oficiales

y los dictámenes que presenten una mayor exposición de las técnicas y los protocolos seguidos.”

La edad del testigo ha de ser uno de los datos a tener en cuenta a la hora de valorar su credibilidad; pero tal valoración compete al órgano judicial (STS nº 871/1996, de 21 de noviembre). En esta línea, el Tribunal Supremo ha declarado que el análisis de los testigos menores no integra un problema de legalidad procesal sino de credibilidad (STS nº 732/1997, de 19 de mayo).

A fin de valorar esta credibilidad, el móvil de resentimiento, enemistad o interés anterior a los hechos hay que buscarlo no ya en el propio menor sino en el entorno familiar que puede influir sobre su testimonio. En los casos de separaciones matrimoniales conflictivas y en que existe litigio sobre la custodia o/y el ejercicio del derecho de visita, la experiencia judicial lamentablemente acredita que no son excepcionales las denuncias por supuestos malos tratos o abusos que no responden a la realidad y tienen como finalidad influir sobre la decisión de custodia. Por ello, estos casos deben examinarse con suma atención y cuidado para evitar una posible condena injustificada de quien no tiene medio alguno de demostrar su inocencia enfrentado como única prueba acusatoria a las manifestaciones cambiantes de un niño de temprana edad que puede estar influenciado por su entorno familiar. (vid. SSTS nº 430/1999, de 23 de marzo, nº 990/1995, de 11 de octubre y nº 331/1996, de 11 de abril). En esta línea, la STS nº 1582/2002, de 30 de septiembre recomienda extremar las cautelas “si la declaración de la víctima es la única prueba de la existencia misma del delito y si se produce en el marco de una ruptura sentimental entre los progenitores, pues no puede descartarse la utilización fraudulenta de los menores para otros fines distintos de su protección”.

En relación con la credibilidad del testimonio infantil resultan tan inadmisibles las posturas extremas de quienes piensan que por su inmadurez y

sugestionabilidad siempre se debe dudar de sus relatos, como las de quienes sostienen que en todo caso deben ser creídos, olvidando los factores de riesgo que concurren en este tipo de declaraciones, puestos de manifiesto por los especialistas en psicología del testimonio. Factores de riesgo que se acentúan en los supuestos de rupturas conflictivas de las parejas de sus progenitores, si los testimonios se refieren a hechos ocurridos en una edad muy temprana, o cuando relatan acontecimientos supuestamente ocurridos varios años antes sobre la base de unos borrosos recuerdos que pueden ser reales, imaginados o sugeridos. (vid. STS nº 832/2000, de 28 de febrero).

En estos casos de testigo único menor en los que se presenta una situación límite para el derecho a la presunción de inocencia, es esencial la valoración expresa de la prueba de cargo en función de los tres parámetros de contraste señalados por la jurisprudencia (posible concurrencia de factores relevantes de incredibilidad subjetiva, concurrencia o inexistencia de algún tipo de corroboración objetiva, aún de carácter periférico y posible existencia de contradicciones o ambigüedades en las supuestas manifestaciones acusatorias). Pero como expresa la STS nº 667/2008, de 5 de noviembre, estos parámetros (ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación) son criterios de valoración pero no exigencias.

Debe tenerse también presente que el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor

corroborante; etc. (SSTS nº 667/2008, de 5 de noviembre, nº 175/2008, de 14 de mayo).

Es también importante recordar que en ocasiones un menor que realmente ha sido víctima de abusos sexuales puede presentar síntomas aparentemente opuestos a las nociones de credibilidad y verosimilitud: secreto, sentimientos de desamparo, acomodación al abuso, reserva, mimetismo, depresión y ansiedad, confusión, demora en informar del abuso, descripciones inarticuladas e incluso retractación.

Tampoco debe perderse de vista, en relación con los delitos contra la libertad sexual de menores, el denominado "síndrome de acomodación del abuso sexual infantil". Este síndrome describe que es habitual que el niño se vea presionado por sus sentimientos de culpa y por el sufrimiento de sus familiares, y sienta que tiene en su poder la responsabilidad de proteger o dañar a su familia, lo que puede generar falsas retractaciones.

En relación con las identificaciones, las investigaciones empíricas aportadas por psicólogos del testimonio indican que por debajo de los seis años los errores aumentan. Con los niños pequeños especialmente (también con los adultos) debe neutralizarse la tendencia a producir errores de falso-positivo, que tiene lugar cuando, por no explicarles correctamente qué se espera de ellos, los niños se creen obligados a dar siempre una respuesta de identificación, de forma que, en el caso de no detectar la fotografía del presunto culpable, eligen la que más se aproxima a su aspecto externo, generando una identificación errónea.

10.- INDEMNIZACIONES A MENORES VÍCTIMAS

Las Sras./Sres. Fiscales seguirán las sugerencias del Módulo de referencia para el desarrollo de un Protocolo de actuación en casos de maltrato infantil aprobado en el pleno del Observatorio de la Infancia de 22 de noviembre de 2007 que dispone que el Fiscal, en cumplimiento de su función de velar por la protección procesal de las víctimas, habrá de promover los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas. A tales efectos promoverá la total indemnización de los daños irrogados al menor, incluidos los psicológicos. Si al formular el escrito de calificación el menor continúa recibiendo tratamiento médico o psicológico, el Fiscal fijará las bases para su inclusión en la sentencia y promoverá durante la ejecución de la misma su precisa determinación.

Deben en este punto tenerse presentes las indicaciones contenidas en la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal.

11.- LA AUDIENCIA DE LOS MENORES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

El análisis de esta cuestión queda enmarcado por el art. 12 de la Convención Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 donde se dispone que *1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea*

directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* ha introducido cambios sustanciales en la audiencia a los hijos menores en estos procedimientos.

Conforme con el art. 12 de la Convención de 1989, el apartado segundo del art. 92 CC dispone ahora que el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

Pero el apartado sexto del mismo precepto establece que en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y *oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor.*

Por tanto, la audiencia del menor que tenga suficiente juicio no se configura ahora como imperativa sino como susceptible de modulación por el Juez a través del inciso que subordina la decisión a que *se estime necesario*.

La regla 4ª del art. 770 LEC, no obstante, no modificada, continúa manteniendo de forma imperativa la audiencia del menor cuando haya cumplido los doce años de edad.

La aparente antinomia habrá de resolverse haciendo primar el carácter sustantivo de la norma contenida en el art. 92 CC y en especial, teniendo en cuenta el argumento cronológico de ser *lex posterior.* Por tanto, habrá de

entenderse que, siendo inexcusable garantizar el derecho del niño a expresar su opinión y ser oído, el trámite concreto de audiencia del menor no es imperativo y que su práctica queda subordinada a que se estime necesario.

Esta flexibilidad se amolda más al principio del interés superior del menor, proclamado también en el art. 3 de la misma Convención de los Derechos del Niño y en los arts. 2 y 3.1 de la LOPJM**,** argumento éste que apoya también la tesis de resolver la contradicción normativa entre los arts. 770.4 LEC y 92 CC en favor de este último.

A fortiori, el apartado 5º del art. 777 LEC, también afectado por la reforma de 2005, de nuevo configura la audiencia de los menores como potestativa, al declarar que si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

La reforma asume las opiniones contrarias a la obligatoriedad de oír al menor, en todo caso, cuando hubiere cumplido la edad de 12 años, teniendo en cuenta que en ocasiones no es necesario y ponderando que a veces esta comparecencia en el Juzgado puede suponer un auténtico trauma. De hecho la *praxis* judicial omitía la audiencia del menor en los procesos de separación y divorcio de mutuo acuerdo.

Ya en el Encuentro de Jueces y Abogados de Familia sobre la incidencia de la LEC en los procesos matrimoniales celebrado en noviembre de 2003 la conclusión 18 relativa a la exploración de menores defendía que *es preceptivo en todos los procedimientos dar a los menores la oportunidad de ser oídos*

cuando así lo deseen, pero deberá valorar el juzgador en cada supuesto concreto y según las circunstancias, la obligatoriedad de su asistencia a tal fin.

Habrán de ponderarse en cada caso las circunstancias concurrentes (existencia o no de contienda entre los progenitores, edad del menor, singularidades concurrentes en el mismo, especialidades de las medidas impetradas respecto del menor, etc.) para decidir sobre la necesidad o no de la audiencia al menor.

Las Sras/Sres. Fiscales solicitarán o no la audiencia valorando los anteriores parámetros, evitando la utilización de fórmulas estereotipadas o impresos rutinarios.

En todo caso, estas exploraciones deberán realizarse de forma que el menor se sienta lo más relajado posible y sólo en presencia del Juez, Secretario y Ministerio Fiscal. Igualmente cabrá interesar si las circunstancias lo aconsejan el auxilio de psicólogos o miembros del equipo técnico adscrito al Juzgado. La audiencia de los menores se debe realizar respetando las condiciones necesarias de discreción e intimidad, infundiéndoseles confianza, y protegiendo al máximo su dignidad y personalidad. La regla 4ª párrafo tercero del art. 770 LEC, añadida por la disposición final 1ª de Ley 15/2005 de 8 julio, dispone al respecto que en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

Como pauta general, se evitará preguntar directamente al menor con qué progenitor desea convivir o qué régimen de visitas considera más conveniente. Son preferibles las preguntas indirectas que pongan de relieve con cuál de los

progenitores tienen una relación más intensa, cuál es el que ha asumido la mayoría de las responsabilidades, y con cuál tiene mejor relación.

Como con acierto expone la SAP Madrid, sec. 22ª, de 5 de febrero de 1999, rec. 51/1998 no se infringe "principio alguno de orden constitucional o procesal al no permitir la intervención de las partes, y en concreto de sus direcciones letradas, en el acto de la exploración por el Juzgador *a quo* del común descendiente, pues aunque dicha diligencia pueda determinar, en mayor o menor grado, la convicción judicial y venga además impuesta respecto de los hijos que superen los doce años (art. 92 CC), no puede olvidarse que no nos encontramos ante un medio probatorio de carácter formal. Debe recordarse, una vez más, que nos situamos ante un menor de edad, que no puede verse inmiscuido, en modo alguno, en un torrente de preguntas y repreguntas, dirigidas al mismo por los Letrados de las partes presentes en el acto, pues no se trata de un mero testigo ajeno al proceso, sino directamente afectado por el mismo y sus consecuencias jurídicas, y al que, en base precisamente a su superior interés, se le debe aislar de contraproducentes intervenciones que no sean las de una entrevista personal y exclusiva con el Juez, y en su caso el Fiscal, en cuanto un medio más de proporcionar al primero datos que pudieran conformar su final criterio decisorio…"

12.- CONCLUSIONES

12.1. Principios generales

1ª El derecho de todo acusado a un juicio público con todas las garantías (art. 24.2 CE) encuentra en el derecho de defensa y el principio de contradicción algunas de sus principales manifestaciones. 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. Las pautas y orientaciones de esta Circular deben entenderse siempre desde la salvaguarda de este derecho fundamental del acusado que incumbe al Ministerio Fiscal a tenor del art. 124 CE.

2ª La características personales y evolutivas de los menores de edad les hacen especiales vulnerables a la victimización secundaria que puede entrañar su participación en el proceso penal. Las graves consecuencias físicas, psicológicas y emocionales que tal participación puede acarrearles les hace acreedores de un tratamiento específico orientado a su protección y asistencia, así como a la calidad objetiva del testimonio que han de prestar.

3ª Las Sras/Sres. Fiscales deberán tener presente que las causas que mayores problemas plantean, en relación con el testigo menor (normalmente también víctima) son las relativas a abusos y agresiones sexuales. En estas causas, un juicio erróneo o una investigación archivada prematuramente puede tener consecuencias extraordinarias no solo para los implicados en el proceso en curso sino para potenciales víctimas, por lo que es extremadamente importante que todas las investigaciones de presuntos abusos sexuales sean de la mayor calidad posible y que se les otorgue prioridad respecto a otras investigaciones criminales.

4ª Aún partiendo siempre de que el mero hecho de la minoría de edad hace merecedor al testigo de un tratamiento especial, la intensidad de la protección puede graduarse, atendiendo a la edad del menor, al dato de si el mismo es o no víctima del delito, a la naturaleza y gravedad del delito presuntamente cometido, a si guarda relación de parentesco con el imputado o acusado, etc.

5ª La idea básica a tener presente como pórtico es la de que las diligencias que recaigan sobre el menor van a ser generalmente perturbadoras, cuando no traumáticas para él. Por tanto, deben evitarse en la medida de lo posible las duplicidades en exploración de médicos, evaluación de psicólogos, psiquiatras y análogos y en la toma de declaración. Debe tenderse hacia los diagnósticos, exploraciones o evaluaciones conjuntas.

6ª Las Sras/Sres. Fiscales procurarán evitar la repetición de declaraciones de menores, salvo en los casos estrictamente necesarios, a fin de ahorrarles el sufrimiento de volver a relatar y revivir ante personas extrañas un suceso para ellos traumático. En la fase de juicio oral evitarán suspensiones reiteradas o largas esperas en los estrados del Juzgado, promoviendo la inadmisión de preguntas orientadas a poner en tela de juicio la credibilidad de la declaración del menor cuando la forma de plantearlas no respete la dignidad del mismo.

7ª Siempre que las circunstancias lo permitan debiera prescindirse de la declaración policial del menor, especialmente cuando el mismo sea víctima del delito y fundamentalmente cuando éste sea de naturaleza sexual. Para reducir al mínimo imprescindible el número de declaraciones puede resultar conveniente dar pautas a la Policía Judicial, para que en casos en que pueda ser especialmente perturbador tomar declaración al menor, se prescinda de la misma y se le traslade al Juzgado de Guardia para preconstituir la prueba.

8ª Las causas con menores implicados, especialmente cuando éstos sean las víctimas, deben ser objeto de una tramitación especialmente rápida. A tales efectos, las Sras/Sres. Fiscales, en su función impulsora del proceso penal, habrán de redoblar sus esfuerzos para remover cualquier obstáculo que ralentice la tramitación de estos procedimientos.

9ª La Reforma operada en la LECrim por LO 8/2006 en relación con los testigos no distingue franjas de edades, por lo que sus disposiciones habrán de entenderse aplicables a cualquier persona menor de 18 años.

10ª En cuanto a la edad que debe tenerse en cuenta para aplicar el *plus* protector que estos preceptos incorporan habrá de atenderse no a la edad que el testigo tenía cuando tomó conocimiento de los hechos respecto de los que ha de deponer sino a la edad que tiene en el momento de prestar declaración en el proceso.

12. 2. Fase de instrucción

1ª La obligación específica de la presencia del Fiscal en estas declaraciones no se funda en la necesidad de asegurar la eficacia de la investigación, sino se inscribe en el desarrollo de su función de protector de los derechos fundamentales del menor y de las garantías del acusado y de la necesidad de procurar la necesaria ponderación de unos y otras.

2ª La presencia del Fiscal en la declaración del menor en fase de instrucción ha de ser aprovechada para acopiar la necesaria información para decidir con fundamento acerca de si procede proponerlo como testigo para el acto del juicio oral o bien prescindir de él y en ese caso acerca de si procede preconstituir la prueba, citar a testigos de referencia o interesar alguna diligencia sobre la credibilidad del testimonio. También servirá para calibrar -si procede citarlo como testigo para el acto del juicio oral- el tipo de cautela a promover para evitar su doble victimización. Igualmente podrá ser útil para, en su caso, decantarse por el sobreseimiento.

3ª La presencia de los representantes legales del menor, y, en su caso, de los guardadores, que sin ser representantes se ocupen del mismo -en principio recomendable para dar mayor seguridad y confianza al menor- habrá de exceptuarse además de cuando los representantes o guardadores sean los propios imputados -pues en tales casos se desnaturalizaría su presencia en el acto, cuyo sentido es precisamente el de amparar y dar tranquilidad al menor-, cuando existan conflictos de intereses entre representantes y menor que justifiquen la exclusión. También podrá ser fundamento de la exclusión la existencia de indicios que lleven a la fundada creencia de que los progenitores persiguen que el menor no colabore con la Administración de Justicia.

4ª Facultativamente el párrafo tercero del art. 433 LECrim también prevé que puedan asistir expertos. Habrá de entenderse por tales 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.

5ª Las Sras/Sres. Fiscales interesarán la grabación de la declaración como modo específico de documentación siempre que prevean que el menor no va a poder declarar en el acto del juicio oral o cuando de los datos recabados pueda ya sostenerse que el grado de victimización secundaria del menor podría ser especialmente intenso y perjudicial si se le impone la obligación de asistir al juicio como testigo.

6ª Si con anterioridad a la citación para declarar se ha solicitado la elaboración de un informe psicológico sobre el menor será muy importante el interesar que el mismo perito se pronuncie sobre si el testigo puede declarar sobre los hechos sin riesgo para su equilibrio psicológico y, en caso positivo, sobre las cautelas que se consideran necesarias o convenientes.

7ª Como regla general, las Sras/Sres. Fiscales no citarán como testigos a los menores para el acto del juicio oral cuando los expertos consultados desaconsejen fundadamente tal citación. En estos casos -si no la han hecho ya- propondrán la grabación de su declaración y que la misma se lleve a cabo respetando los requisitos de contradicción previstos para la preconstitución probatoria, siempre con las modulaciones que pueda exigir el interés del menor. Una interpretación teleológica de las causas generales previstas en los arts. 448 y 777 LECrim, tamizada por los principios generales que informan la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, lleva a admitir como presupuesto habilitante de la preconstitución probatoria el caso de los menores que por razón de su corta edad o de su especial vulnerabilidad estén en riesgo de sufrir un grave daño psicológico de verse obligados a comparecer de nuevo como testigos en el acto del juicio oral. Esta probabilidad de sufrir grave daño psicológico debe estar debidamente documentada en la causa, a través del correspondiente informe pericial.

8ª También podrá acudirse a la preconstitución probatoria y correlativamente habrán de abstenerse las Sras/Sres. Fiscales de citar a juicio oral a los testigos menores cuando los mismos tengan tan corta edad que racionalmente pueda concluirse que tras el lapso temporal probable entre la primera declaración y la fecha del juicio oral, cualquier intento de rememorar los hechos será inútil.

9ª Aunque con carácter general la preconstitución de la prueba exige hacer pasar a la diligencia por el tamiz de la contradicción, con el fin de salvaguardar el derecho del imputado a interrogar a los testigos de cargo, el inexcusable respeto de esta exigencia admite matizaciones para minimizar el daño a los testigos menores. Las posibilidades para llegar a un punto de equilibrio son múltiples (utilización de biombo, empleo de video conferencia, colocación del menor en un punto desde el que no pueda ser visto por el imputado, utilización de espejos unidireccionales). Debe en todo caso tenerse presente que el principio de contradicción no sufrirá siempre que esté presente en el interrogatorio el Letrado del imputado y se le permita formular preguntas al testigo menor.

10ª La decisión de preconstituir la prueba testifical de menores de edad habrá de plantearse especialmente en causas por delitos contra la libertad sexual cuando la víctima sea menor de catorce años.

11ª La prueba preconstituida relativa a la exploración del menor, debe ser llevada a la vista del juicio oral como prueba documental, proponiéndolo así en el escrito de calificación, debiendo igualmente las Sras/Sres. interesar su lectura, audición o visionado, excluyendo totalmente la práctica de “darla por reproducida”.

12. 3. Testigos de referencia

1ª En determinados y excepcionales supuestos equivalentes a la imposibilidad de producción del testimonio, especialmente ante delitos contra la libertad sexual, cuando la víctima es un menor de muy corta edad, no procederá ni siquiera la preconstitución probatoria, pudiendo valorarse como prueba de cargo el testimonio de referencia de los padres o de terceras personas. A tales

efectos, debe tenerse presente que la LECrim prescribe que no podrán ser obligados a declarar como testigos los incapacitados física o moralmente (art. 417.3º LECrim).

2ª Cuando las Sras/Sres. Fiscales invoquen como de cargo testimonios de referencia sustitutivos del testimonio directo de un menor, con el fin de respetar el equilibrio respecto a las garantías de los acusados, y en particular, su derecho a la contradicción de las pruebas de cargo, lo harán tomando en consideración los recelos que puede suscitar este medio de prueba, y habrán de ser particularmente rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstancias imponderables que justifican la sustitución del testimonio directo por el de referencia, sino también en la crítica de los referenciales, en la aportación de elementos de corroboración y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito y hábiles para enervar la presunción de inocencia.

12. 4. Sobreseimiento por falta de prueba

1ª La articulación de la prueba de cargo de determinados delitos que se perpetran en la intimidad y sobre menores de edad presenta particulares dificultades, máxime si se trata de niños de corta edad y de hechos que se denuncian en situación de crisis familiar. La importancia de la averiguación y castigo de tales hechos para las víctimas y para el interés general no puede sobreponerse a la realidad de tales dificultades y mucho menos, al sistema de garantías que constituyen el proceso penal, ni a las exigencias del derecho a la presunción de inocencia.

2ª En muchos casos, tras la imprescindible ponderación de los intereses en conflicto -garantías y derechos procesales del acusado, necesidad de protección de las víctimas y testigos menores de edad e interés público en la persecución de los delitos- y tras una adecuada valoración de la entidad de los elementos incriminatorios que pueden presentarse ante el Juzgador penal, las Sras/Sres. Fiscales habrán de optar por interesar el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

12. 5. Garantías en el acto del juicio

1º Una interpretación sistemática de los arts. 707 y 731 bis LECrim lleva a la conclusión de que cuando el testigo es menor debe automáticamente -*ope legis*-, entenderse que su comparecencia resulta gravosa o perjudicial y que por tanto, puede acudirse al uso de la videoconferencia.

2º La utilización de mamparas o medios análogos tiene una menor capacidad como mecanismo neutralizador de efectos de victimización secundaria, pues no evita la presencia del menor en la sala de vistas y su cercanía al acusado, aunque para determinados supuestos no necesitados de niveles de protección cualificados podrá ser suficiente. La utilización de las mamparas habrá de realizarse tratando por un lado de impedir el contacto visual entre menor y acusado y al mismo tiempo permitiendo que el menor siga teniendo contacto visual con la persona o persona que le acompañen para prestarle apoyo, y sea visto por el Tribunal, el Ministerio Fiscal y los Letrados de las partes.

3º Debe también tenerse presente que el Tribunal Supremo ha admitido el uso de otras cautelas, de forma que puede el Tribunal adoptar las medidas de

tutela que estime más adecuadas, entre las que cita expresamente: “acompañamiento por un familiar, limitaciones a la publicidad, suspensión temporal del juicio, declaración como testigo oculto para los acusados o sin confrontación visual directa con los mismos”

12. 6. Otros mecanismos protectores del testigo menor

1ª En los casos de riesgo grave para la integridad física, psicológica o moral del menor testigo, serán aplicables también los mecanismos de protección previstos en la LO 19/1994, de 23 de diciembre de *Protección a Testigos y Peritos en causas criminales.* Las Sras/Sres Fiscales desplegarán sus deberes de protección de la vida privada y la intimidad y dignidad de conformidad con la Ley 35 /1995 de 11 de diciembre de *Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la libertad Sexual.*

2ª Las Sras/Sres Fiscales velarán también por el riguroso cumplimiento de la previsión del art. 109 *in fine* LECrim en el que se dispone que en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el art. 57 del CP, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

12. 7. Pautas generales sobre interrogatorios a menores

1ª Deberán las Sras/Sres. Fiscales paliar tanto los retrasos en la citación para tomar declaración al menor en fase de instrucción, como las dilaciones en los señalamientos de juicio. Igualmente -en la medida de sus posibilidades- habrán de promover que los juicios en los que tenga que intervenir un testigo menor sean los primeros en el orden de señalamientos. Aunque los

señalamientos obviamente no son competencia del Fiscal, las Sras/Sres. Fiscales en sus escritos de calificación y por medio de Otrosí, podrán interesar tales prevenciones.

2ª Cuando el testigo menor es víctima y se encuentra además en una situación de desprotección (*v.gr.* cuando ha sido objeto de malos tratos por sus progenitores) es esencial que la actuación de la Justicia penal y de las Entidades Públicas de Protección de Menores esté coordinada, y a los efectos de tal coordinación los Sres. Fiscales en tanto en cuanto son parte necesaria en el proceso penal y son superiores vigilantes de la actuación de las Entidades de Protección, habrán de desplegar toda su diligencia para evitar contradicciones o disfunciones.

3ª En sus interrogatorios, deberán las Sras/Sres. Fiscales realizar los necesarios esfuerzos por modificar el lenguaje jurídico utilizando una terminología adecuada al nivel de desarrollo del niño.

4ª La psicología del testimonio ha puesto de manifiesto que los testigos cometen mas errores cuando las preguntas son cerradas que cuando las preguntas son abiertas, de modo que se les permita el recuerdo libre, eligiendo sus propios detalles. El recuerdo libre incrementa la exactitud, por lo que es preferible iniciar el interrogatorio de manera que sea el propio testigo menor quien cuente lo que ha visto y percibido, para a continuación -y sólo a continuación- pasar a hacerle preguntas sobre puntos que puedan permanecer oscuros o sobre otros detalles adicionales sobre los que se precise información, advirtiendo al menor que conteste sólo sobre lo que recuerde. Debe *prima facie* utilizarse la forma narrativa y *a posteriori*, progresivamente, preguntas cada vez más estructuradas.

5ª Las preguntas nunca han de contener aditivos sugestivos, ni revelar la opinión o toma de postura del interrogador. Debe ponderarse cada caso pero en ocasiones es preferible contentarse con respuestas lacónicas y declaraciones fragmentarias, pues si se obliga al niño a detallarla y completarla, se incrementará el riesgo de que éste incorpore a su declaración elementos irreales.

6º Las Sras/Sres. Fiscales procurarán que se inadmitan las preguntas que intenten menoscabar la solidez del testimonio del menor o su eficacia probatoria empleando medios, modos, o formas poco respetuosos con la dignidad del mismo.

12. 8. Valoración del testigo menor de edad

1ª La prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías rindiendo su informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal, y aplicando los conocimientos científicos a las condiciones del testigo y al grado de fiabilidad de sus manifestaciones, conforme a métodos profesionales, no vincula al Juzgador ni puede sustituir su función valorativa, pero sí puede ser una herramienta útil para apreciar el testimonio de menores de corta edad, en especial cuando son víctimas de un delito de naturaleza sexual.

2ª La presencia de esta pericia no dispensa al Tribunal de la función de valoración que le corresponde en exclusiva.

3ª En los casos en los que deba valorarse el contenido de una grabación de audio/video, es imprescindible que se proceda a la audición y/o visionado.

12. 9. Responsabilidad civil

1º Las Sras/Sres. Fiscales en cumplimiento de la función de velar por la protección procesal de las víctimas, habrán de promover los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas. A tales efectos promoverán la total indemnización de los daños irrogados al menor, incluidos los psicológicos. Si al formular el escrito de calificación el menor continúa recibiendo tratamiento médico o psicológico, el Fiscal fijará las bases para su inclusión en la sentencia y promoverá durante la ejecución de la misma su precisa determinación.

12. 10. Audiencia de los menores en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio

1ª La aparente contradicción entre el apartado segundo del art. 92 CC, modificado por Ley 15/2005, de 8 de julio y la regla 4ª del art. 770 LEC en relación con la audiencia del menor en punto al régimen de guardia y custodia en procesos de nulidad, separación y divorcio, ha de resolverse primando el carácter sustantivo del CC y acudiendo a la condición de *lex posterior* de la norma contenida en su actual art. 92. Por ello habrá de entenderse que la audiencia del menor no es imperativa y que su práctica queda subordinada a que se estime necesaria, en función del superior interés del menor.

2ª En todo caso, la exploración del menor deberá realizarse de forma que el menor se sienta lo más tranquilo posible y sólo en presencia del Juez, Secretario y Ministerio Fiscal, aunque quepa interesar el auxilio de psicólogos o miembros del equipo técnico adscrito al Juzgado, cuando las circunstancias lo aconsejen.

3ª Las Sras/Sres Fiscales velarán porque estas audiencias transcurran con el máximo respeto a la intimidad, dignidad y personalidad del menor afectado, evitando las preguntas directas sobre con cuál de sus progenitores desea convivir o el régimen de visitas que considera más conveniente, y optando por preguntas indirectas que revelen con cuál de los progenitores tiene una relación más intensa, quién de los dos ha asumido la mayoría de los progenitores, con quién mantiene una mejor relación, o cualquier otro extremo relevante para la decisión.

Madrid, 10 de noviembre de 2009

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS. E ILMOS SRES. FISCALES SUPERIORES Y FISCALES JEFES PROVINCIALES.