



Estudio sobre

**La escucha del menor,
víctima o testigo**

Madrid, mayo de 2015

Se permite la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente. En ningún caso será con fines lucrativos.

© Defensor del Pueblo
Eduardo Dato, 31 – 28010 Madrid
<www.defensordelpueblo.es>

Depósito Legal: M-16910-2015
ISSN: 2254-3910

Maquetación e Impresión:

PRESENTACIÓN

Hace un año, esta institución presentó el estudio sobre *La escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. El presente documento se refiere, también, al menor, si bien como «víctima o testigo». Sería muy difícil discernir cuál de los procesos puede ser más difícil y delicado para el menor; cuál puede afectarle más. Ambos resultan muy importantes en su presente y en su futuro.

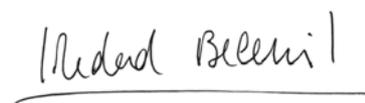
El trabajo que ahora se ofrece tiene como referencia aquello que organismos internacionales recomiendan, así como lo que establece el Estatuto de la víctima, de reciente aprobación en España. Y analiza, tras escuchar la opinión de los actores relevantes en el proceso penal, tres momentos claves del proceso: la sede policial, la preconstitución de la prueba y el juicio oral.

La manera en que el menor es escuchado, es decir, el lugar, el entorno, la asistencia letrada y el trato de las autoridades, tiene enorme trascendencia para que el menor pueda expresarse de la forma más conveniente para que el resultado sea el más justo.

Es preciso destacar entre las estadísticas consultadas el aumento de delitos relacionados con la pornografía, lo que nos debe mantener atentos al uso de las tecnologías de la comunicación, así como a procurar preservar la imagen y la identidad de los menores en todos los procesos penales.

El Defensor del Pueblo quiere agradecer a todas las personas que han participado en la preparación de este estudio, de las que se da cuenta en el mismo, sus fundamentales aportaciones.

Madrid, mayo de 2015



Soledad Becerril
DEFENSORA DEL PUEBLO

SUMARIO

1	Objeto del estudio y metodología.....	7
2	Síntesis de los parámetros internacionales y europeos fundamentales	16
2.1	La Convención sobre los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos del Niño	16
2.2	El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas	19
2.3	Consejo de Europa.....	23
2.4	Unión Europea	26
3	La escucha del menor víctima o testigo en sede policial	30
3.1	La denuncia.....	30
3.2	La declaración	33
3.3	Especialización policial.....	36
3.4	Información que ha de proporcionarse al menor.....	39
4	La escucha del menor víctima o testigo en la preconstitución de la prueba	43
5	La escucha del menor víctima o testigo en el juicio	52
6	Conclusiones.....	57
7	Recomendaciones	63
	Anexos	67
Anexo I	Lista abierta de cuestiones a considerar en las jornadas preparatorias de este estudio	69
Anexo II	Participantes en las jornadas de trabajo preparatorias del estudio.....	71

SIGLAS UTILIZADAS EN EL ESTUDIO

BOE	Boletín Oficial del Estado
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CE	Consejo de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CM	Comité de Ministros de la Unión Europea
CRC	Comité de los Derechos del Niño (siglas en inglés)
DOC	Diario Oficial de la Unión Europea
EMUME	Equipos Mujer-Menor
FRA	Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
GRUME	Grupo de Menores de la Policía Nacional
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
ONG	Organización no Gubernamental
REC	Recomendación
RES	Resolución
SACD	Sección de Análisis del Comportamiento Delictivo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

1 OBJETO DEL ESTUDIO Y METODOLOGÍA

Los niños, al igual que todas las personas, tienen derecho a un acceso pleno a la justicia cuando hayan sido víctimas de un delito o comparezcan como testigos en un proceso penal. Sin embargo, tal acceso deberá adaptarse a la especial condición del menor, que es particularmente vulnerable, superando para ello los obstáculos que pudieran surgir y tratando de minimizar las experiencias negativas que podrían derivarse del contacto con el sistema judicial. Adaptar la justicia, en coherencia con la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN)¹ y la Observación General número 12 del Comité de los Derechos del Niño², las recomendaciones del Consejo de Europa y las directivas comunitarias, supone garantizar que tal objetivo se alcance.

La preocupación del Defensor del Pueblo por la posición jurídica del menor en el proceso, y particularmente por su derecho a ser escuchado en el mismo conforme a la CDN, justificó el estudio *La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, presentado en mayo de 2014.

Este estudio se ocupaba de dos procedimientos civiles: el de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y los denominados «procesos de familia».

Se trata ahora de dar continuidad a esta línea de trabajo poniendo la atención en la escucha del menor en el proceso penal como víctima o testigo. El objetivo es, pues, ocuparse de quienes pueden padecer una «doble victimización» -en el sentido más propio del término en el caso de las víctimas de un delito- si el sistema judicial penal no atiende las orientaciones más modernas que, partiendo de los artículos 3.1 y 12 de la CDN, inciden en el derecho del menor a que su interés sea una consideración

¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (A/RES/44/25), entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su artículo 49.1. España la ratificó el 6 de diciembre de 1990. Fue publicada en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

² El Comité de los Derechos del Niño, previsto en el artículo 43 de la CDN, está integrado por dieciocho miembros, que han de ser expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en la materia, y que ejercen sus funciones a título personal. Examina los informes remitidos periódicamente por los Estados parte a los que formula observaciones finales. Emite asimismo observaciones generales sobre la interpretación y el cumplimiento de la CDN. Las observaciones generales hasta ahora publicadas constituyen una amplia doctrina sobre la CDN. Debe destacarse, en lo que interesa a este estudio, la «Observación General n.º 2 (2002) del Comité de Derechos del Niño, sobre el papel de las Instituciones Nacionales Independientes de Derechos Humanos en la promoción y protección de los derechos del niño (CRC/GC/2002/2)», la «Observación General n.º 12 (2009) del Comité de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12)», y la «Observación General n.º 14 (2013) del Comité de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRC/C/GC/14)».

primordial³, así como su derecho a ser escuchado en «todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño»⁴.

Los artículos 96.1 y 10.2 de la Constitución española se refieren, respectivamente, a la incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento interno y a la interpretación de los derechos fundamentales y libertades de conformidad con los tratados sobre la materia. Por su parte, el artículo 39.4 establece que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». De acuerdo con todo ello, la CDN se sitúa en lo alto de la pirámide normativa tras la Constitución, con un rango especial que exige la modificación, derogación o inaplicación de las normas legales y reglamentarias que la contradigan. Sus disposiciones, así como las observaciones del Comité de Derechos de Niño, han de servir además como criterios interpretativos respecto de los derechos del niño. Lo mismo puede predicarse de las recomendaciones del Consejo de Europa. De ahí que sea preciso incorporar progresivamente en la práctica cotidiana de los operadores jurídicos, tanto en procedimientos administrativos como judiciales, la nueva filosofía en el tratamiento de los derechos del niño, que emana de los instrumentos internacionales. En ese objetivo, las directivas comunitarias representan un indudable avance.

En España, además de la regulación específica, particularmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, es imprescindible referirse a la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre protección de los menores víctimas y testigos, a la práctica judicial y a los protocolos de actuación en las Comunidades Autónomas o partidos judiciales que los tengan⁵.

Recientemente, el Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril) recoge en un solo texto legislativo un catálogo de derechos, trasponiendo las directivas de la Unión Europea en la materia. Con ello se supera el plano exclusivamente procesal y se ofrece una perspectiva social⁶ a todas las víctimas que

³ «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (artículo 3.1 CDN).

⁴ «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 afecte al niño, 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» (artículo 12 CDN).

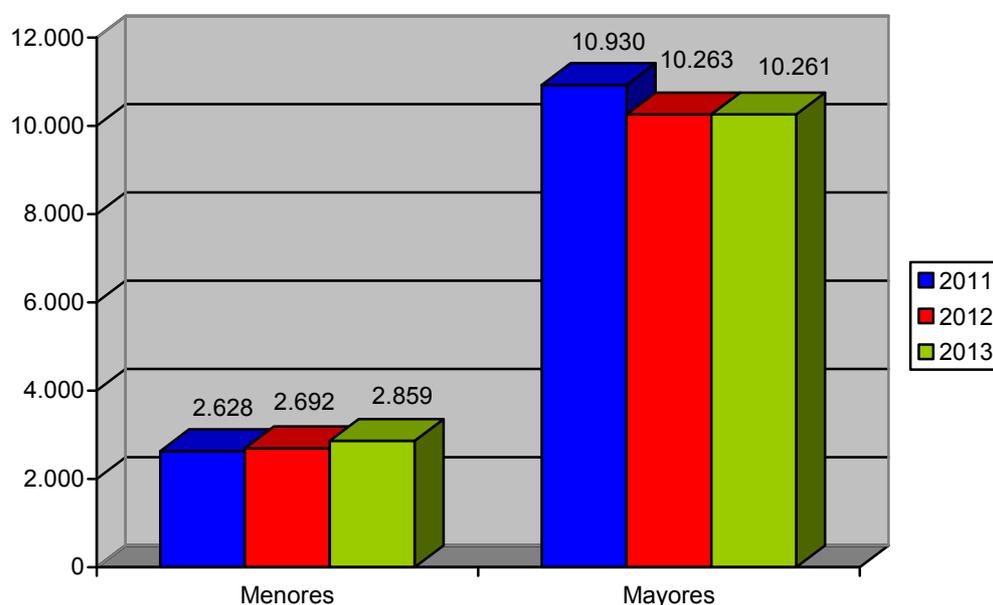
⁵ Por ejemplo, Protocolo de actuación en abusos sexuales y otros malos tratos a la infancia en el partido judicial de Móstoles de 2013 que implica a los servicios educativos, sociales, sanitarios, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y juzgados.

⁶ El preámbulo de la ley se refiere a ello en los siguientes términos: «La finalidad de elaborar una ley constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito es ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica sino también social, a las víctimas, no solo reparadora

lo sean de cualquier delito, incluyendo en dicho concepto a sus familiares. Esta regulación era necesaria para colmar lagunas que se detectaban en nuestro ordenamiento. No obstante, los expertos consultados coinciden en que podría haberse aprovechado la ocasión para elaborar un Estatuto de la víctima menor de edad, si bien existen referencias expresas a los menores víctimas en el articulado.

Algunos datos permiten contextualizar la realidad de los delitos cometidos contra menores. El siguiente cuadro⁷ recoge las incoaciones de procesos por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en los años 2011, 2012 y 2013:

Número de incoaciones por delitos contra la libertad sexual

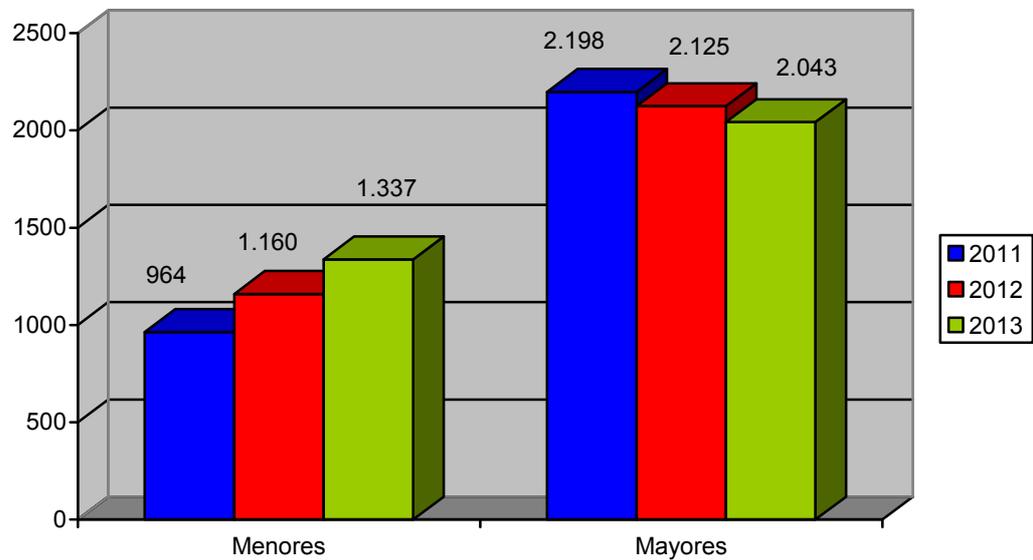


del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal».

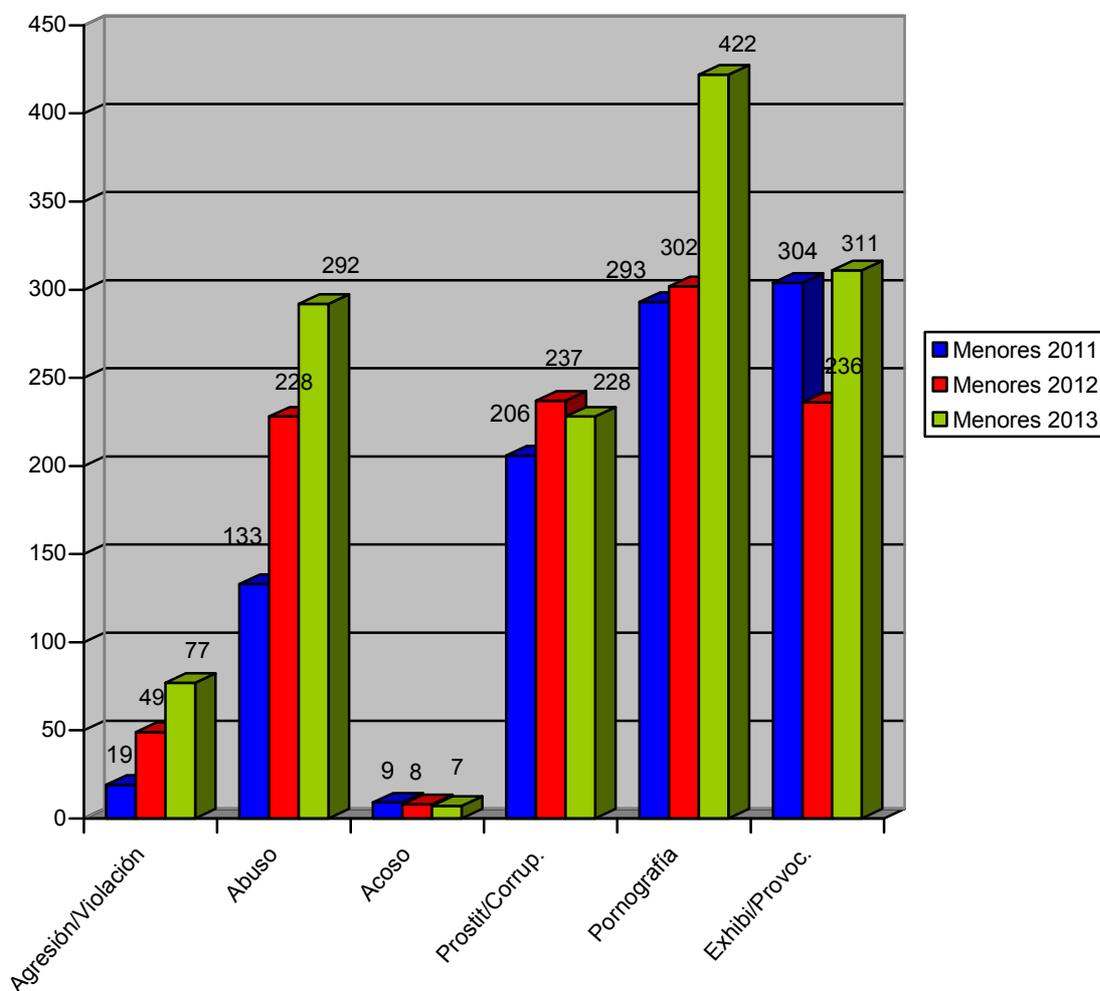
⁷ Fuente de este y los siguientes cuadros: Fiscalía General del Estado; *Memoria elevada al Gobierno de S. M.*, volumen I, Madrid, 2014, pp. 651 y ss.

Los siguientes dos cuadros se refieren, respectivamente, al número de calificaciones del ministerio fiscal (en el mismo período y por los mismos delitos) y a la evolución de los delitos calificados en conductas contra menores, distinguiéndose los diferentes tipos penales encuadrados en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Se trata de que, con posterioridad a la incoación y la práctica de diligencias, el ministerio fiscal formula acusación:

Número de calificaciones por el ministerio fiscal

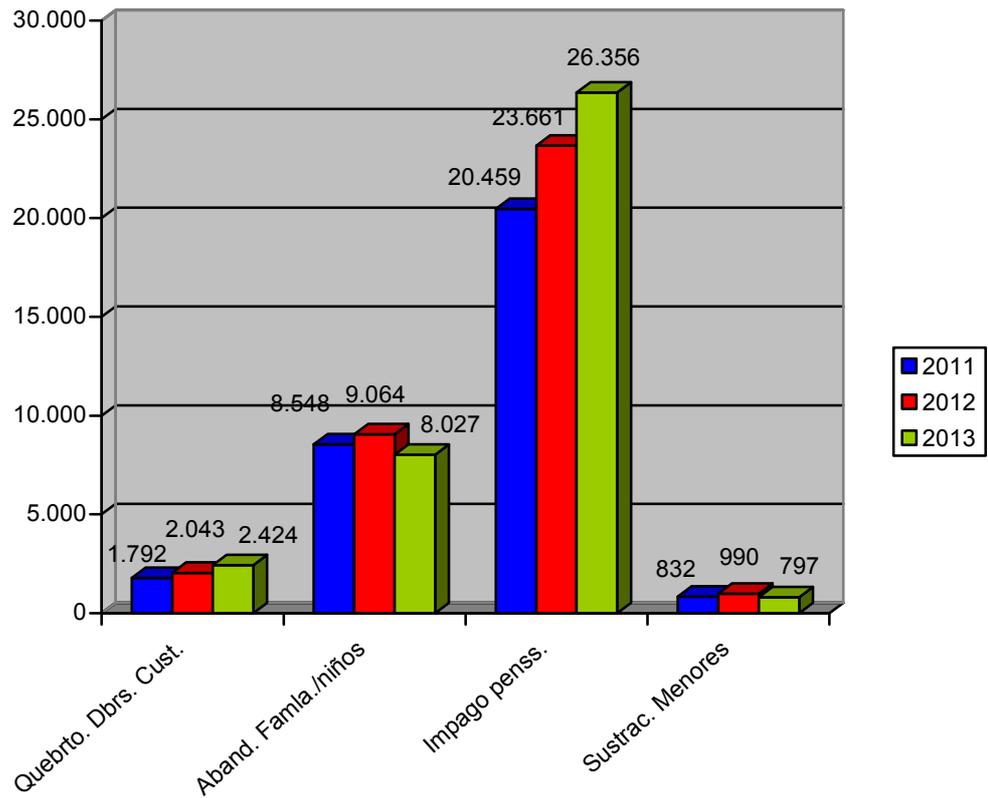


Número de calificaciones en conductas contra menores por tipo de delito

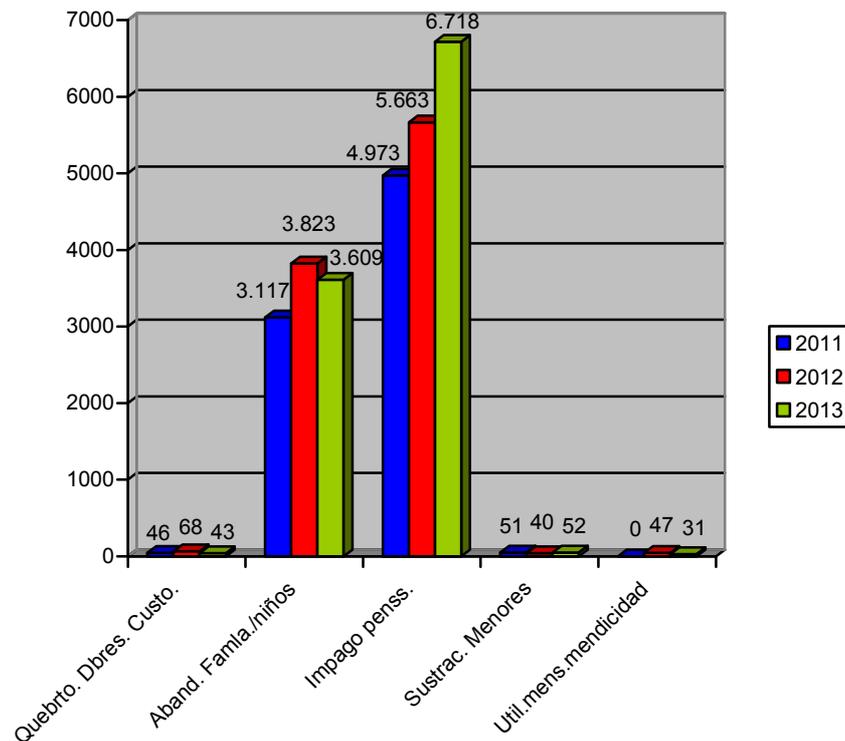


Los dos siguientes cuadros se refieren a los delitos contra las relaciones familiares (que conviene tener en cuenta porque, a menudo, de manera directa o indirecta, pueden ser víctimas menores), el primero relativo a las incoaciones de procedimientos y el segundo a las calificaciones del ministerio fiscal:

Número de incoaciones reflejadas en diligencias previas



Número de los delitos calificados por el ministerio fiscal



La suma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales cometidos contra menores en 2013 desde la perspectiva procesal del ministerio fiscal (1.337 calificaciones); el abandono de familia y niños (3.609 calificaciones); el impago de pensiones (6.718 calificaciones); la sustracción de menores (52 calificaciones), y la utilización de menores en la mendicidad (31 calificaciones) alcanza la cifra de 11.747. Con independencia de la importancia intrínseca de la escucha del menor en cada procedimiento (aunque hubiera muy pocos), el número anual de asuntos es significativo y refuerza la necesidad de un adecuado tratamiento de estos problemas.

El derecho del niño a ser escuchado y la obligación simultánea de garantizar el derecho de defensa del acusado configuran una realidad en la que son precisas medidas para que el niño no padezca una «segunda victimización». Por ello, este estudio pretende analizar las fortalezas y deficiencias que se detectan en nuestro ordenamiento jurídico y en la práctica habitual y, para ello, además de cotejar los estándares internacionales y europeos con la legislación española, resultaba oportuno llevar a cabo varias jornadas de reflexión con actores relevantes en el proceso penal,

para estudiar el trabajo cotidiano de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de los órganos judiciales.

Con este propósito, se llevaron a cabo cinco jornadas de debate entre el 5 de noviembre y el 3 de diciembre de 2014, para cuya preparación se elaboró una lista abierta de cuestiones a considerar (que puede consultarse en el anexo I). Este método permite reunir a actores relevantes, quienes, sobre una lista de temas que conocen con antelación, mantienen una discusión abierta y, al propio tiempo, estructurada.

La primera de las jornadas (5 de noviembre de 2014) contó con la asistencia de abogados seleccionados por el Consejo General de la Abogacía Española y representantes de organizaciones sociales; la segunda de las jornadas (12 de noviembre de 2014) contó con representantes enviados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con competencias de policía judicial: Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía, Mossos d'Esquadra, Ertzaintza y Policía Foral de Navarra; la tercera de las jornadas (19 de noviembre de 2014) contó con representación del Ministerio de Justicia y de los equipos psicosociales adscritos a órganos judiciales, designados por las comunidades autónomas con competencias en medios personales y materiales de la Administración de Justicia; la cuarta de las jornadas (26 de noviembre de 2014) contó con la presencia de fiscales, designados por la Fiscalía General del Estado, y la quinta (3 de diciembre de 2014) contó con la presencia de jueces seleccionados por el Consejo General del Poder Judicial. Las personas participantes en las jornadas figuran en el anexo II.

Las jornadas de reflexión de esta naturaleza constituyen para el Defensor del Pueblo una oportunidad de enriquecer su análisis de la realidad gracias a las virtudes de todo debate y al contraste de opiniones entre personas especialmente cualificadas. El Defensor del Pueblo, desde la independencia de criterio que deriva de su mandato constitucional, ha elaborado posteriormente el presente estudio.

Este trabajo se encuadra en el mandato del Defensor del Pueblo que, además de poder realizar informes y formular recomendaciones en el marco de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, es Institución Nacional de Derechos Humanos. La «Observación General n.º 2 (2002) del Comité de Derechos del Niño sobre el papel de las Instituciones Nacionales Independientes de Derechos Humanos en la promoción y protección de los derechos del niño (CRC/GC/2002/2)», encomienda a tales Instituciones «preparar y publicar opiniones, recomendaciones e informes... sobre cualquier asunto relacionado con la promoción y protección de los derechos del niño» [§ 19c].

El orden sistemático decidido para la realización de este estudio comprende la elaboración de una síntesis de los parámetros internacionales y europeos, el análisis de la manera de escuchar al niño en los tres momentos claves del proceso penal (la sede policial, la preconstitución de la prueba y el juicio oral) y la elaboración de las correspondientes conclusiones y recomendaciones. Todo ello poniendo el foco de

atención en la escucha del menor víctima o testigo, desde la vocación institucional del Defensor del Pueblo de analizar la realidad y procurar influir en la modificación de las normas o prácticas operativas con el fin de lograr una mejor garantía del derecho del menor a ser escuchado.

2 SÍNTESIS DE LOS PARÁMETROS INTERNACIONALES Y EUROPEOS FUNDAMENTALES

2.1 LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En el estudio *La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia* (mayo de 2014) el Defensor del Pueblo tuvo ocasión de analizar el concepto de «escucha» a la luz de la CDN y la Observación General 12 antes citada. Se ponía de relieve entonces la transformación que supuso el artículo 12 de la CDN con respecto a la concepción tradicional, que atribuía al niño una posición de receptor pasivo de la protección de los adultos, para cambiar hacia una posición de protagonista activo, sujeto de derechos y participe en las decisiones que le afectan. Como sujeto capaz de expresar una opinión que habrá de ser tomada en serio.

El artículo 12.1 de la CDN establece el derecho de los menores a expresar libremente su opinión en aquellos asuntos que les conciernan y a que sea tomada en consideración; el titular de estos derechos es cualquier niño que se halle en condiciones de formarse un juicio propio, presumiéndose que tiene esa capacidad a cualquier edad. El párrafo segundo del artículo 12 concreta el derecho a ser escuchado de cada menor en todos los procedimientos administrativos y judiciales que les afecten sin excepción alguna, conforme a lo que se denominaba en el estudio el «principio de adecuación», referido a la forma de escucha del menor, que deberá adaptarse a la situación subjetiva de este y a los requerimientos del concreto procedimiento que se esté sustanciando. Por último, el artículo 12 es también un principio que informa todo el articulado de la CDN: el resto de derechos en ella contenidos deben interpretarse y aplicarse de conformidad con este principio.

Se desgranaban entonces las notas caracterizadoras del derecho del niño a ser escuchado, las cuales conviene recordar de forma sintética:

- Se trata de un derecho renunciabile: «Para el niño, expresar sus opiniones es una opción no una obligación» (Observación General 12, § 16 y 134b).
- Lo tiene todo niño capaz de formarse un juicio propio, lo que debe presumirse, sin límites mínimos de edad y justificando su ausencia caso por caso. Hay pues una presunción a favor de la existencia de juicio propio en el niño en todas las edades, incluida la primera infancia, para la que es adecuado tener en cuenta las formas no verbales de comunicación. El juicio propio no implica un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, es suficiente la comprensión del mismo y la capacidad para expresar sus opiniones al respecto de forma razonable e independiente (Observación General 12, § 20, 21 y 52). Ha de cuidarse la ausencia de

presiones y permitirse la iniciativa del niño para «destacar y abordar las cuestiones que ellos mismos consideren pertinentes e importantes» (Observación General 12, § 22 y 134d).

- La opinión expresada por el menor de edad ha de tener una consideración primordial. Por ello, si la decisión se aparta de la opinión del niño tendrá que ser razonada. La edad tampoco debe predeterminar la trascendencia de las opiniones del niño.

Por su parte, la garantía del derecho del menor de edad a ser escuchado en los procesos administrativos y judiciales presenta, además, las siguientes características específicas:

- La presunción de concurrencia de juicio propio obliga a motivar la decisión de no oír al niño. De la misma forma, si la resolución del procedimiento administrativo o judicial se separa de la opinión del niño deberá exteriorizar las razones que lo justifiquen.
- El entorno de la escucha ha de ser «amigable», no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado. Ello puede exigir cambios no solo en los espacios y elementos físicos, sino también en la actitud de los actores del proceso (Observación General 12, § 34). La seguridad del niño, en fin, es imprescindible en todo proceso de escucha (Observación General 12, § 134h).
- El niño podrá ser escuchado directamente o por medio de un representante o un órgano adecuado, pero se recomienda la escucha directa al niño siempre que ello resulte posible (Observación General 12, § 35).
- El incumplimiento del derecho del niño a ser escuchado ha de ser motivo de impugnación de la decisión administrativa o judicial, que en consecuencia debe poder ser anulada o modificada (Observación General 12, § 39).

El derecho del niño a ser escuchado, con todos sus elementos configuradores, ha de respetarse también en los procedimientos penales, evitándose en lo posible la victimización secundaria de las víctimas o testigos, que puede derivarse del número de veces que deben comparecer y declarar.

La Observación General 12 dedica sus párrafos 62 a 64 al niño víctima y al niño testigo:

«62. El niño víctima y el niño testigo de un delito deben tener la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a expresar libremente sus opiniones de conformidad con la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, «Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos»⁸.

⁸ E/2005/INF/2/Add.1.

63. Eso significa, en particular, que debe hacerse todo lo posible para que se consulte a los niños víctimas y/o testigos de delitos sobre los asuntos pertinentes respecto de su participación en el caso que se examine y para que puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso judicial.

64. El derecho del niño víctima y testigo también está vinculado al derecho a ser informado de cuestiones tales como la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales, el papel del niño víctima y/o testigo, la forma en que se realizará el «interrogatorio», los mecanismos de apoyo a disposición del niño cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial, las fechas y los lugares específicos de las vistas, la disponibilidad de medidas de protección, las posibilidades de recibir reparación y las disposiciones relativas a la apelación». (Observación General 12, § 62 a 64).

Se configura aquí para el niño, por una parte, un derecho a ser consultado; por otra, un derecho de expresión; y, finalmente, un derecho a la información.

«Debe hacerse todo lo posible», dice el número 63, por consultar al niño víctima o testigo sobre su participación en el procedimiento penal -«en el caso que se examine»- y ello está en conexión con el derecho a expresar –en ese marco de consulta- sus «opiniones y preocupaciones» en cuanto a dicha participación. El derecho a la información ha de tenerlo respecto a un amplio elenco de cuestiones: a) disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales; b) papel del niño en el procedimiento; c) forma del interrogatorio; d) mecanismos de apoyo del niño denunciante o participante en el procedimiento; e) fecha y lugar de las vistas; f) medidas de protección; g) posibilidades de reparación, y h) posibilidades de apelación o recurso.

Para concretar y completar estos tres derechos (consulta, expresión e información) la Observación General número 12, en su párrafo 62, remite al marco establecido en las «Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos», adoptadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 2005/20.

De esta forma, el Comité refuerza estas directrices, que pasan a formar parte del cuerpo doctrinal de la Observación General 12 y a servir de criterio interpretativo del artículo 12 de la CDN en el ámbito de los procesos penales.

Antes de pasar al análisis de las «Directrices» es preciso mencionar el artículo 8 del Protocolo facultativo de la Convención de Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el cual refuerza la protección de la infancia frente a delitos de particular gravedad. Fue aprobado por la

Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2000 y entró en vigor en enero de 2002. Fue ratificado por España en diciembre de 2001⁹.

Este precepto contiene previsiones de naturaleza procesal que resultan de interés para el objeto de este estudio. Si bien el elenco de derechos, las previsiones procesales y las orientaciones que contiene se circunscriben a tres graves delitos (la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía) son susceptibles de ser aplicables a cualquier supuesto de niño víctima o testigo.

En efecto, este artículo establece un conjunto de deberes para los Estados parte, correlativos a los correspondientes derechos procesales, que han de hacerse efectivos a través de la actuación de las autoridades: derecho a que se reconozcan las necesidades especiales de los niños en el proceso penal, sean víctimas o testigos, en razón de su vulnerabilidad; derecho a la información sobre la causa en el sentido más amplio (sobre sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa), derecho de expresarse (a presentar y que sean consideradas sus opiniones, necesidades y preocupaciones), derecho a la asistencia a lo largo del proceso, derecho a la protección de la intimidad e identidad, derecho a la seguridad de los niños, sus familias y testigos, derecho a un proceso sin dilaciones. Estos derechos se completan con el principio de que la consideración primordial a que se atienda sea el interés superior del menor a lo largo del proceso. Además, debe asegurarse la formación apropiada de quienes trabajen con víctimas y garantizarse la seguridad de quienes previenen los delitos y protegen y rehabilitan a los afectados.

2.2 EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS

La Resolución 2005/20, de 22 de julio, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, denominada «Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos», establece diez grandes derechos: derecho a un trato digno y comprensivo¹⁰; derecho a la protección contra la discriminación¹¹;

⁹ 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. Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 (A/RES/54/263). Fue ratificado por España el 18 de diciembre de 2001 y publicado en el *BOE* núm. 27, de 31 de enero de 2002.

¹⁰ Este derecho comprende el de ser tratado «con tacto y sensibilidad», una injerencia mínima en la vida privada del niño, la actuación de profesionales capacitados que han de actuar «con tacto, respeto y rigor», y una interacción adaptada al niño y en un idioma que hable y entienda.

¹¹ Se incluye aquí el acceso a un proceso de justicia que los proteja de todo tipo de discriminación basada en sus circunstancias personales o sociales; el proceso y los servicios de apoyo han de tener en cuenta las circunstancias personales o sociales; instituir servicios y protección especiales cuando se hayan cometido determinados delitos; el niño no se considerará incapacitado para testificar en razón meramente de la edad, siendo determinante la madurez.

derecho a ser informado¹²; derecho a ser oído y a expresar opiniones y preocupaciones; derecho a una asistencia eficaz¹³; derecho a la intimidad¹⁴; derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia¹⁵; derecho a la seguridad¹⁶; derecho a la reparación¹⁷, y derecho a medidas preventivas especiales¹⁸.

El derecho a ser oído en la Resolución 2005/20 citada está directamente relacionado con el derecho a ser informado, pues según se indica ha de velarse «por que se consulte a los niños víctimas y, en su caso, a los testigos de delitos acerca de los asuntos enumerados en el párrafo 19 supra», que se refiere precisamente a los contenidos del derecho a ser informado. Por su parte, el derecho a expresar opiniones y preocupaciones significa que el niño «a su manera», es decir, con las formas expresivas propias de su edad, madurez y demás circunstancias personales que concurren, pueda expresarse sobre «su participación en el proceso de justicia, sus preocupaciones acerca de su seguridad en relación con el acusado, la manera en que prefieren prestar testimonio y sus sentimientos acerca de las conclusiones del proceso». Es interesante constatar que el enfoque va más allá de lo jurídico (participación procesal, seguridad) para adentrarse en lo más estrictamente personal (expresión sobre los sentimientos ante el resultado del proceso). Finalmente, y es particularmente relevante, ha de prestarse «la debida consideración a las opiniones y

¹² En sentido análogo al del derecho a la información a que se refiere la Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño, a lo que ha de añadirse «la evolución y sustanciación de la causa que les concierna, incluidos datos sobre la captura y detención del acusado, su situación en cuanto a privación o no de libertad, así como cualquier cambio inminente de esa situación, la decisión de la Fiscalía y las novedades de interés que se produzcan después del juicio y la resolución de la causa».

¹³ Se trata de una asistencia multidisciplinar a cargo de profesionales debidamente formados. De especial interés constatar que se promueve la debida coordinación «a fin de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones» y el acompañamiento por especialistas y familiares en el momento de prestar testimonio.

¹⁴ Las medidas para garantizar la intimidad pueden consistir en excluir «al público y a los medios de información de la sala de audiencia mientras el niño presta testimonio, si así lo permite el derecho interno».

¹⁵ El derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia comprende un amplio elenco de medidas concretas, desde la premisa de que los profesionales «deberán tratar con tacto a los niños víctimas y testigos de delitos»; entre ellas se incluyen proporcionarles certidumbre sobre el proceso, celeridad procesal (salvo que la demora sea conforme al interés superior del niño), salas de entrevistas y de audiencias especialmente diseñadas, recesos durante el testimonio, audiencias a horas adecuadas para un niño, procedimientos especiales para obtener pruebas (por ejemplo, utilizando grabaciones de video) con el fin de limitar el número de entrevistas, evitar el contacto con el autor del delito (salas de espera separadas, que no se produzca el interrogatorio directo autor/víctima), interrogatorio adaptado a los niños y con participación de expertos en psicología.

¹⁶ Protección policial, adoptar medidas para que no se revele su paradero, prisión preventiva del acusado si fuere necesario, etcétera.

¹⁷ Comprende la «plena indemnización, reinserción y recuperación». El resarcimiento corresponde al delincuente, pero puede haber también programas estatales de ayuda a víctimas.

¹⁸ Se refiere a situaciones o delitos particularmente graves: reiteración de la victimización, malos tratos en el hogar, explotación sexual, malos tratos en instituciones y la trata de niños.

preocupaciones del niño y, si no les es posible atenderlas, explicando al niño las causas». Se trata de una verdadera escucha en el sentido del artículo 12 de la CDN¹⁹.

Por otra parte, con el fin de ayudar a los Estados a adaptar su legislación a las disposiciones contenidas en la Resolución 2005/20 citada del Consejo Económico y Social, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, que trabajó en colaboración con UNICEF y la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, publicó en 2009 la denominada *Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos*, acompañada de un «Comentario». Se trata de un texto que, eventualmente, podría orientar a los Estados para elaborar una ley, a modo de Estatuto de la víctima o testigo menor de edad.

Se parte del derecho a que el interés superior sea la consideración primordial, sin perjuicio de que «al mismo tiempo deberán protegerse los derechos del acusado o el delincuente condenado» (artículo 1). Son principios de la «ley modelo» los de no discriminación, respeto a la dignidad²⁰, injerencia mínima en la vida privada y protección de la intimidad. El menor tiene derecho a expresar «creencias, opiniones y pareceres libremente» (artículo 2).

Resulta de interés subrayar algunas medidas propuestas en la «ley modelo», que van más allá de lo establecido en la Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social. En efecto, siendo, de alguna manera, la «ley modelo» otra manera de formular la mencionada resolución (en forma de texto articulado), procede poner de relieve ciertas especificaciones procesales que pudieran servir de inspiración para los Estados.

En primer lugar, ha de destacarse que se propone la designación de abogado gratuito para el niño, de oficio o a petición de parte interesada (artículo 10). En la fase de instrucción, el interrogatorio será llevado a cabo por un investigador «especialmente capacitado en el trato con menores para dirigir el interrogatorio que se haga al niño, utilizando métodos adaptados a este» (artículo 13.1). Se evitará la repetición de interrogatorios, pero «en la medida de lo posible».

El examen médico y la toma de muestras corporales, en su caso, solo podrán efectuarse si se dan dos condiciones concurrentes: presencia de padres, tutores o persona de apoyo (salvo que el menor decida lo contrario) y autorización por escrito judicial, fiscal o policial para llevarlo a efecto (artículo 14).

¹⁹ Como quedó dicho en el estudio *La escucha y el interés superior del menor*, «el concepto de escucha en el marco de la Convención es más exigente, ya que además de atender a lo escuchado ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño» (*La escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, Madrid, 2014, p. 12).

²⁰ Se habla de que «será tratado con tacto y sensibilidad, respetando su dignidad a lo largo de todo el procedimiento judicial, teniendo en cuenta su situación personal y sus necesidades inmediatas y especiales, edad, sexo, discapacidad, si la tuviera, y grado de madurez» (artículo 2.2).

Habrán necesariamente la denominada «persona de apoyo», presente desde la fase policial a la judicial, definida como «un profesional cualificado, especialista en técnicas de comunicación con menores y asistencia a niños de diferentes edades y contextos culturales y familiares, con el fin de evitar el riesgo de coacción, victimización repetida y victimización secundaria» (artículo 15). La figura de la persona de apoyo es clave en el sistema propuesto por la «ley modelo», pues se le atribuye un amplio elenco de funciones tanto jurídicas como personales; en el orden jurídico, estará presente en el interrogatorio (artículo 16.5), consultará con el tribunal las distintas opciones para prestar declaración, incluida la grabación en video (artículo 17f), y solicitará medidas de protección (artículo 17h), entre otras. En el ámbito personal, se habla, por ejemplo, de apoyo emocional, con el fin de reducir el nivel de ansiedad o estrés (artículo 17a, en conexión con el 25.1), asistencia para adoptar medidas que ayuden al niño a seguir con su vida cotidiana (artículo 17b) o asesoramiento al niño respecto de la necesidad de recibir tratamiento o apoyo psicológico (artículo 17c).

En la fase de juicio, se propone, en línea con los criterios de la Observación General 12, que el niño pueda testificar, con independencia de su edad, salvo prueba de capacidad en contrario debidamente practicada²¹. El niño podrá expresar sus opiniones sobre los distintos aspectos de la causa y habrá de ser escuchado, lo que se objetiva mediante la fórmula «en los casos en que no haya atendido a sus opiniones, el menor deberá recibir una explicación clara de las razones por las que no se han tenido en cuenta» (artículo 20.4).

Se proponen salas de espera adaptadas para niños, en las que la espera deberá reducirse al mínimo posible, dándose prioridad a oír en sala la declaración de los niños víctimas y testigos (artículos 24.1 y 24.5). En la sala de audiencias deberá haber disposiciones especiales, como asientos elevados o asistencia para niños con discapacidades y los niños sentarse cerca de sus padres o personas próximas (artículos 26.1 y 26.2). En ningún caso el acusado interrogará al niño (artículo 27).

Especial interés reviste el artículo 28, en el que bajo el epígrafe «medidas para proteger la intimidad y el bienestar de los niños víctimas y testigos» se enumeran diferentes técnicas ordenadas directamente a evitar la «victimización secundaria», tales como suprimir en las actas toda referencia que permita la identificación del niño (incluso asignando un pseudónimo o un número al niño), la celebración de sesiones a puerta cerrada y, sobre todo, enumerando diferentes modos adecuados de prestar declaración: detrás de una pantalla opaca; utilizando medios de alteración de la

²¹ Artículo 20.1: «Se considerará que todo niño puede ser un testigo capaz, salvo que se demuestre lo contrario mediante una prueba de capacidad, administrada por el tribunal de conformidad con el artículo 21 de la presente [ley], y su testimonio no se considerará carente de validez o de credibilidad solo en razón de su edad, siempre que por su edad y madurez pueda prestar testimonio de forma inteligible y creíble».

imagen o de la voz; realizando el interrogatorio en otro lugar, transmitiéndolo a la sala de forma simultánea a través de un circuito cerrado de televisión; mediante grabación en video del interrogatorio del niño antes de la celebración de la vista (preconstitución de la prueba); o a través de un intermediario cualificado.

2.3 CONSEJO DE EUROPA

En el ámbito del Consejo de Europa se han adoptado decisiones en orden a proteger a los menores víctimas a través de decisiones como la Recomendación CM/REC (1985) 4, del Comité de Ministros sobre la violencia dentro de la familia (adoptada el 26 de marzo de 1985, en la Sesión 382^a), que insta a que los menores tengan un asesoramiento adecuado; la Recomendación CM/REC (1985) 11²², del Comité de Ministros sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal (adoptada el 28 de junio de 1985, en la Sesión 387^a) en la que se alude al interrogatorio de menores, y la Recomendación CM/REC (1987) 21, del Comité de Ministros sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización (adoptada el 17 de septiembre de 1987, en la Sesión 410^a) en la que expresa la necesidad de crear y desarrollar o apoyar los servicios dirigidos a categorías específicas de víctimas, como los niños.

Por su parte, la Recomendación CM/REC (2001)16 del Comité de Ministros sobre la protección de los niños contra la explotación sexual (adoptada el 31 de octubre de 2001 en la Sesión 771^a) introduce medidas relativas a las víctimas como el deber de asegurar que los derechos e intereses de los niños sean salvaguardados a través de todos los procedimientos, en particular, permitiendo la escucha y la asistencia necesaria y su representación conciliando este derecho con los del presunto culpable. Igualmente insta a los Estados a que las autoridades judiciales den prioridad a los casos de explotación sexual de menores y a asegurar que estos procedimientos sean enjuiciados de la manera más rápida posible. En esta Recomendación no se alude a la fuerza probatoria de la declaración de los menores en la fase previa al juicio, pero se recomienda a los Estados que durante la declaración del menor en la vista judicial se faciliten unas condiciones especiales con el fin de reducir al mínimo los efectos traumáticos de tales vistas y de aumentar la credibilidad de sus declaraciones a la vez que se respeta su dignidad²³.

A la Recomendación CM/REC (2006) 8 del Comité de Ministros sobre asistencia a las víctimas de delitos (adoptada el 14 de junio de 2006 en la Sesión 967^a) se añade

²² Esta Recomendación propone a los Estados miembros que revisen su legislación y su práctica tanto en la formación como en la información que deberían facilitar los funcionarios de policía, en la forma de realizarse los interrogatorios de la víctima y en medidas que se deben adoptar para proteger la vida privada de la misma.

²³ Medidas generales: a) derecho penal y procedimiento penal, punto 14 de esta Recomendación.

la *Guía sobre la justicia amigable*, adoptada el 17 de noviembre de 2010²⁴, que pretende asegurar que en todos los procedimientos los derechos de los niños, entre los cuales se citan el derecho a la información, a la representación, a la participación y a la protección, sean plenamente respetados con la debida consideración a su nivel de madurez y comprensión así como teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y sin perjuicio de los derechos de otras partes implicadas²⁵.

²⁴ *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*, adoptada el 17 de noviembre de 2010 en su 1098ª sesión (<<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1705197>>).

²⁵ Reproducimos parte de esta Guía, traducida al español:

5. *Organización de los procedimientos, ambiente agradable para los niños y lenguaje adaptado*

54. En todos los procedimientos, los niños y las niñas deben ser tratados respetando su edad, sus necesidades especiales, su madurez y nivel de comprensión, y teniendo presente cualquier tipo de dificultad de comunicación que puedan tener. Los casos en que haya niños y niñas implicados, deben realizarse en ámbitos no intimidantes y adaptados para niños y niñas.

55. Antes de que comience el procedimiento, los niños y las niñas deben estar familiarizados con la distribución del espacio en el tribunal y otras dependencias y el papel y la identidad de los actores que participen en él.

56. Debe emplearse un lenguaje apropiado a la edad del niño o la niña y su nivel de comprensión.

57. Cuando niños y niñas sean escuchados o entrevistados en procedimientos judiciales o no judiciales u otro tipo de intervenciones, los jueces y demás profesionales deberán interactuar con ellos y ellas con respeto y sensibilidad.

58. A los niños y las niñas se les debe permitir estar acompañados por su padre y/o madre o, en la medida de lo posible, un adulto de su elección, a menos que se haya adoptado una decisión razonada en sentido contrario respecto a esa persona.

59. Los métodos de entrevista, como grabaciones de vídeo o audio o audiencias prejudiciales grabadas, deben poder ser empleadas y consideradas como pruebas admisibles.

60. Niños y niñas deben ser protegidos en la medida de lo posible, contra imágenes o información que pueda ser dañina para el bienestar del niño o la niña afectado. Al decidir sobre la revelación al niño o la niña de imágenes o información que puedan resultarle dañinas, el juez podrá buscar asesoramiento de otros profesionales como psicólogos o trabajadores sociales.

61. Las sesiones del tribunal en el que participen niños o niñas deberán adaptarse a su ritmo y capacidad de atención: deben planificarse descansos regulares y las audiencias no deberían prolongarse en exceso. Para facilitar la participación de niños y niñas, al mayor nivel posible de su capacidad cognitiva y para proporcionarles estabilidad emocional, las interrupciones y distracciones durante las sesiones deben ser las mínimas.

62. En la medida de lo posible y apropiado las salas de entrevista y las de espera deben estar acondicionadas de manera adaptada a niños y niñas.

63. En la medida de lo posible, para niños y niñas en conflicto con la ley deben establecerse tribunales (o salas), procedimientos e instituciones especializados. Esto incluye establecer unidades especializadas de policía, poder judicial, Administración de Justicia y fiscalía.

6. *Pruebas, declaraciones de los niños*

64. Las entrevistas y recopilación de declaraciones de niños y niñas deberán, en la medida de lo posible, ser conducidas por profesionales expresamente capacitados para hacerlo. Deben hacerse todos los esfuerzos para que los niños y las niñas puedan prestar declaración en los emplazamientos y las condiciones más adecuados a la vista de su edad, madurez, nivel de comprensión y cualquier dificultad de comunicación que puedan tener.

65. El empleo de declaraciones de niños y niñas víctimas o testigos en soporte audiovisual deben ser estimuladas en la medida que respeten el derecho de las otras partes a refutar el contenido de las declaraciones.

Finalmente, ha sido significativa la adopción del Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, que, entre otras previsiones, contempla que los firmantes adopten las medidas necesarias para proteger los derechos y los intereses de las víctimas, especialmente en calidad de testigos, en todas las fases de las investigaciones y actuaciones penales.

El artículo 35 del Convenio se detiene en regular las entrevistas con el niño, que deberán realizarse en lugares concebidos o adaptados a tal fin, por profesionales debidamente formados a tal efecto; limitando el número de declaraciones al mínimo posible y posibilitando que las mismas puedan ser grabadas en video de tal forma que la grabación sea admisible como medio de prueba en el procedimiento penal.

Asimismo, en referencia al procedimiento penal, se estipula que todos los que intervienen en el procedimiento judicial, en particular jueces, fiscales y abogados, deberán tener la formación apropiada en materia de derechos del niño y explotación y abuso sexual de los niños. Además, reconoce al juez la potestad para ordenar que la audiencia se celebre a puerta cerrada y que la audiencia de la víctima pueda

66. Cuando sea necesaria más de una entrevista, deberán ser conducidas preferiblemente por la misma persona para asegurar la coherencia en la aproximación a lo que constituye el interés superior del niño o la niña.

67. El número de entrevistas debe ser lo más limitado posible y su duración debe estar adaptada a la edad del niño o la niña y su capacidad de atención.

68. En la medida de lo posible, debe evitarse el contacto directo, confrontación o interacción entre el niño o la niña testigo o víctima con los presuntos perpetradores a menos que el propio niño o niña lo requiera.

69. Niños y niñas deben tener la oportunidad de prestar declaración en procedimientos penales sin la presencia del presunto perpetrador.

70. La existencia de normas menos estrictas sobre la forma de prestar declaración de niños y niñas, tales como la ausencia del requisito de prestar juramento o declaraciones similares, u otras medidas procedimentales adaptadas a los niños o las niñas, no deben, por sí mismas, disminuir el valor otorgado al testimonio o prueba que proporcione.

71. Deben diseñarse protocolos para las entrevistas que tomen en cuenta los diferentes estados evolutivos de niños y niñas y deben implementarse para sustentar la validez de las pruebas que niños y niñas proporcionen. Se deben evitar en ellos preguntas orientadas para, con ello, mejorar la fiabilidad del testimonio.

72. Atendiendo al interés superior y el bienestar de niños y niñas, el juez debe poder permitirles no testificar.

73. Las declaraciones y pruebas proporcionadas por niños y niñas nunca deben presumirse inválidas o poco fiables a partir exclusivamente de la edad del niño o la niña.

74. Debe examinarse la posibilidad de tomar declaración a niños y niñas víctimas y testigos en dependencias y entornos adecuados y adaptados para ellos y ellas.

Fuente de la traducción: *Infancia y justicia: una cuestión de derechos. Los niños y las niñas ante la Administración de Justicia en España*, Save the Children, Madrid, 2012, anexo.

realizarse sin necesidad de que la misma esté presente, recurriendo, en particular, a las tecnologías de la comunicación apropiadas.

2.4 UNIÓN EUROPEA

La Carta Europea de los Derechos del Niño de la Unión Europea de 1992, ya reconocía: «15. Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, este deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten».

Con posterioridad, se fueron dictado otras normas, como la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI)²⁶, que ha sido sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI), que ha sido sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2004/68/JAI), que fue sustituida por la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; a ello hay que añadir la Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos.

El precedente de la Directiva 2012/29/UE fue el Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales. Este plan fue aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 10 de junio de 2011²⁷, y sus objetivos generales eran los siguientes:

1) Establecer procedimientos y estructuras adecuados para que se respete la dignidad, la integridad personal y psicológica y la intimidad de la víctima en un proceso penal.

²⁶ En esta Decisión Marco, dictada con la finalidad de armonizar legislaciones de los Estados miembros en lo relativo al Estatuto y a los principales derechos de las víctimas, se adoptan disposiciones que pretenden tratar las necesidades de la víctima de forma integrada, no limitándose a atender a los intereses de la víctima en el marco del procedimiento penal en sentido estricto, sino que engloban, asimismo, algunas medidas de asistencia a las víctimas, antes o después del proceso penal, encaminadas a paliar los efectos del delito.

²⁷ DOC 187, de 28 de junio 2011 (2011/C-187/01).

2) Fomentar el acceso de las víctimas de delitos a la justicia, fomentando asimismo el papel de los servicios de apoyo a las víctimas.

3) Concebir procedimientos y estructuras adecuados encaminados a prevenir la victimización secundaria y repetida.

4) Fomentar la provisión de interpretación y traducción para la víctima en el marco del procedimiento penal.

5) Cuando proceda, animar a las víctimas a que participen activamente en los procesos penales.

6) Reforzar el derecho de la víctima y de su asesor jurídico a recibir información puntual sobre el proceso y su resultado.

7) Fomentar el recurso a la justicia reparadora y a modalidades alternativas de solución de conflictos, tomando en consideración los intereses de la víctima.

8) Prestar atención especial a los niños, como parte del grupo más vulnerable de víctimas, y tener siempre en mente sus intereses.

9) Velar por que los Estados miembros proporcionen formación, o estimulen la provisión de formación, a todos los profesionales pertinentes.

10) Velar por que la víctima reciba una indemnización adecuada.

Para conseguir estos objetivos se consideró necesario aprobar la Directiva 2012/29/UE, la cual, además de introducir al menor como titular pleno de los derechos que recoge la misma, le otorga la facultad de ejercitarlos de forma que sea tenida en cuenta su capacidad de juicio propio. El *considerando* 42 indica que el derecho de las víctimas menores de edad a ser oídas en procesos penales no debe excluirse únicamente basándose en la edad de la víctima. De conformidad con el artículo 1.2, segundo inciso, «prevalecerá un planteamiento sensible a la condición de menor, que tenga en cuenta la edad del menor, su grado de madurez y su opinión, al igual que sus necesidades e inquietudes»²⁸.

²⁸ Por su parte, el artículo 24 de la Directiva dispone:

1. Además de las medidas establecidas en el artículo 23, cuando las víctimas sean menores los Estados miembros garantizarán que:

a) en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales;

b) en las investigaciones y en los procesos penales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en el sistema judicial penal pertinente, las autoridades competentes designen a un representante para la víctima menor de edad en caso de que, de conformidad con el Derecho nacional, se imposibilite a los titulares de responsabilidad parental para representar a la víctima menor de edad de resultas de un conflicto de intereses entre ellos y la víctima menor de edad, o cuando se trate de una víctima menor de edad no acompañada o que esté separada de la familia;

c) cuando la víctima menor de edad tenga derecho a un abogado, el menor tendrá derecho a asistencia letrada y representación legal, en su propio nombre, en los procesos en los que exista, o

La Directiva 2012/29/UE se estructura en cuatro bloques fundamentales:

El primero, «Información y apoyo», en el cual se incluye no solo el derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente, cuando se interponga una denuncia, sino también el derecho a recibir información sobre su causa y el acceso a los servicios de apoyo a las víctimas.

En segundo lugar, «Participación en el proceso penal», en el que se incluye el derecho a ser oído, a presentar pruebas, derecho a la justicia gratuita, restitución de bienes, reembolso de gastos, entre otros.

En tercer lugar, «Derecho a la protección» de las víctimas, que incluye evitar el contacto entre víctima e infractor, derecho a la protección de la intimidad, o la atención específica a aquellas víctimas con necesidades especiales de protección.

En último lugar, la «Formación de los profesionales», como los agentes de policía, jueces y fiscales, abogados y organizaciones de apoyo a las víctimas.

En España, la Directiva 2004/80/CE, sobre indemnización a las víctimas de delitos, se traspuso mediante el Real Decreto 199/2006, de 17 de febrero, por el que se modifica el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, aprobado por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo.

La trasposición de las Directivas 2011/36/UE y 2011/93/UE se ha efectuado en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Finalmente, la Directiva 20012/29/UE ha sido traspuesta, como ya se ha señalado, mediante la reciente la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

En este apartado hay que mencionar también que, en 2011, la Comisión Europea destacó en la agenda de los Estados miembros de la Unión Europea la necesidad de promover una justicia amigable, como una de sus líneas de actuación prioritarias. La falta de datos oficiales fiables sobre la situación de los niños en los distintos Estados miembros, según la Comisión, es un serio obstáculo al desarrollo y ejecución de políticas en esta materia y se hace evidente de manera especial en el contexto de una justicia amigable y la protección de los niños que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

podría existir, un conflicto de intereses entre la víctima menor de edad y los titulares de responsabilidad parental.

Las normas procesales de las grabaciones audiovisuales mencionadas en la letra a) del párrafo primero y el uso de las mismas se determinarán en el Derecho nacional.

2. Cuando no se conozca con certeza la edad de una víctima y haya motivos para pensar que es menor de edad, se presumirá, a efectos de la presente Directiva, que dicha víctima es menor de edad.

Para ello, en directa colaboración con la Comisión, la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales (en adelante FRA), realiza en la actualidad un proyecto de investigación para examinar las prácticas y los procesos de la participación del niño en los procesos judiciales en varios Estados europeos entre los que se encuentra España.

En la elaboración del citado Proyecto, en 2013 y 2014 se han estado realizando entrevistas con niños para aprender de su experiencia tras verse involucrados en un proceso judicial como testigos, víctimas o parte en estos procedimientos. Por su parte, se ha entrevistado a diversos profesionales involucrados con menores en la justicia tales como jueces, fiscales, personal al servicio de la Administración de Justicia, abogados y policías, así como asistentes sociales, psicólogos y personal de ONG²⁹. Tras dichas entrevistas, con el análisis de los datos obtenidos se elaborará un informe comparado sobre *Menores y Justicia* que será publicado en el transcurso del año 2015.

Además de lo anterior, y en paralelo con la FRA, en el año 2014 se ha hecho público un informe elaborado por la Dirección General de Justicia de la Comisión sobre la visión de conjunto realizada en 28 Estados miembros de la Unión Europea sobre la participación de los niños en procedimientos judiciales penales, que es parte de la toma en consideración por la Comisión de que la promoción y protección de los derechos de los menores es uno de los objetivos de la Unión Europea en el que el Tratado de Lisboa ha puesto mayor énfasis.

En este estudio, se recogen 30 experiencias comparadas sobre 28 Estados (en el Reino Unido se han estudiado tres sistemas judiciales diferentes), y se da una visión de conjunto a través de los datos recogidos en la fase de estudio sobre la participación de los niños en procesos judiciales penales³⁰.

²⁹ Vid., <<http://fra.europa.eu/en/project/2012/children-and-justice>>.

³⁰ Por lo que respecta a España, vid., *Study on children's involvement in judicial proceedings. Contextual overview for the criminal justice phase-Spain*, June 2013.

3 LA ESCUCHA DEL MENOR VÍCTIMA O TESTIGO EN SEDE POLICIAL

3.1 LA DENUNCIA

El primer conocimiento de un hecho presuntamente delictivo del que haya podido ser víctima un menor se produce en lugares como el centro educativo, el punto de encuentro familiar, un centro sanitario u hospitalario, o en cualquier otro entorno en que se desenvuelve habitualmente un menor.

Muchos de los delitos que padecen las víctimas menores de edad tienen que ver con episodios de violencia de género y violencia doméstica, así como de abuso sexual o maltrato infantil; en estos casos hay un alto grado de probabilidad de que exista una relación emocional fuerte del agresor con el menor y, por tanto, provenga del entorno más directo de la víctima, como un familiar o persona conocida. A ello hay que añadir situaciones en las que el menor es víctima de *cyberbullying* o de *child grooming*, nuevas modalidades delictivas en las que los autores son o bien otros menores, compañeros del colegio, de su barrio, de su entorno de amigos, o son adultos que se hacen pasar por un menor para contactar con él por internet³¹.

De ahí que en la práctica sean excepcionales los casos de menores víctimas que se personan en dependencias policiales a formular una denuncia sin la presencia de una persona adulta.

Pese a que, a efectos prácticos, sean escasos los casos en los que un menor, y además de corta edad, comparezca sin acompañamiento de algún adulto en dependencias policiales para formular una denuncia cuando ha sido víctima o testigo de un hecho delictivo, en caso de que se produzca se presenta, en primer lugar, la cuestión de si el menor está legitimado para formular una denuncia por sí solo, sin acompañamiento de la persona que ejerza la patria potestad o la tutela.

De las experiencias que se han trasladado a esta institución por parte de los expertos policiales en las jornadas de debate que se han desarrollado con carácter previo a la elaboración de este estudio, se desprende que existen algunos casos en los que sí se han admitido denuncias de menores sin acompañamiento, si bien existen reticencias con carácter general en todos los cuerpos policiales a recoger este tipo de

³¹ El artículo 183 bis del Código Penal establece: «El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

denuncias. En algunos casos, se ha apuntado la posibilidad existente y prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 267), aunque poco utilizada en la práctica, de formular una denuncia verbal por parte de un menor y posteriormente documentarla por el agente que la redacta por escrito.

La solución de esta cuestión la ofrece la Observación General número 12 antes citada, que al referirse en el número 64 a «los mecanismos de apoyo a disposición del niño cuando haga una denuncia», aboga claramente porque el niño puede denunciar por sí solo.

En el ámbito procesal, cuando la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula la denuncia en sus artículos 259 y siguientes, tan solo exceptúa de la obligación de denunciar a los impúberes y a «los que no gozaren del pleno uso de su razón»³². Aunque el término impúber puede ser considerado obsoleto, la mayoría de la doctrina entiende que se trata de menores de catorce años. En cualquier caso, hay que entender que la ley no está exigiendo una mayoría de edad civil para poder denunciar.

A su vez, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, establece en su artículo 9 el derecho del menor a ser oído «tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social».

De la redacción de este precepto se pudiera entender que el menor puede comparecer en solitario y formular personalmente una denuncia, al expresar la ley que «se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio». Ahora bien, «cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras

³² Artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción, de Paz, Comarcal o Municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas».

Artículo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «La obligación establecida en el artículo anterior no comprende a los impúberes ni a los que no gozaren del pleno uso de su razón».

Artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «Tampoco estarán obligados a denunciar: 1º El cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad. 2º Los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive».

Artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «Las denuncias podrán hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por medio de mandatario con poder especia».

Artículo 267 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «Cuando la denuncia sea verbal, se extenderá un acta por la autoridad o funcionario que la recibiere, en la que, en forma de declaración, se expresarán cuantas noticias tenga el denunciante relativas al hecho denunciado y a sus circunstancias, firmándola ambos a continuación. Si el denunciante no pudiese firmar, lo hará otra persona a su ruego».

personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente».

La negativa a que el menor sea escuchado ha de ser justificada y no estar basada en límites mínimos de edad que determinen juicios automáticos de inmadurez o falta de credibilidad de su testimonio. Así, en su último apartado, este artículo dispone que «cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al ministerio fiscal y a aquellos».

En ese mismo sentido, en las directrices emanadas de la Resolución 2005/20, anteriormente citadas en este estudio, sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, se establece en el punto 18: «La edad no deberá ser obstáculo para que el niño ejerza su derecho a participar plenamente en el proceso de justicia. Todo niño deberá ser tratado como testigo capaz, a reserva de su examen, y su testimonio no se considerará carente de validez o de credibilidad solo en razón a su edad, siempre que por su edad y madurez pueda prestar testimonio de forma inteligible y creíble, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia».

A lo anterior se añade toda la doctrina sobre el derecho a ser escuchado del menor, contenida en el artículo 12 de la CDN y en la Observación General del mismo número, a la que dedicamos el estudio *La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, y que hemos sintetizado en el apartado 2.1, en especial, la idea de que el juicio propio debe presumirse, sin límites mínimos de edad y justificando su ausencia caso por caso.

En la Instrucción 11/2007 de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el «Protocolo de Actuación policial con menores», se regula el tratamiento policial del menor víctima o testigo, disponiéndose que «cuando la víctima o el testigo de una infracción penal sea menor de edad el tratamiento se adecuará en función de la edad y circunstancias personales, así como la naturaleza de los hechos que origina la intervención, procurando que reciban de inmediato los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran».

No establece pues la citada instrucción una edad mínima para formular una denuncia, sino que en todo caso se condiciona a la «edad y circunstancias personales», lo que habría que interpretar en línea con los parámetros internacionales. De hecho, la Instrucción da a entender la posibilidad de dicha personación individual cuando a renglón seguido expresa que «Deberá notificarse inmediatamente el hecho ocurrido y el lugar donde se encuentra a los padres, tutores o guardadores del menor, salvo que las circunstancias aconsejen lo contrario».

En conclusión, las dudas interpretativas que pudieran surgir a la vista de la legislación y la práctica deben resolverse en el sentido más favorable a la capacidad del menor para denunciar por sí solo, pues de otro modo no sería efectiva la

«participación plena en el proceso de justicia» a la que se refieren las normas internacionales, ni se garantizaría su derecho a ser escuchado en todos los procedimientos administrativos y judiciales que le afecten.

3.2 LA DECLARACIÓN

Respecto de la procedencia de que se deba producir de manera efectiva una declaración ante la policía tras la denuncia del hecho delictivo, la posición del Ministerio Fiscal parece resultar contraria a que se produzcan un número excesivo de declaraciones de menores con el fin de «evitarles el sufrimiento de volver a relatar y revivir ante personas extrañas un suceso para ellos traumático»³³.

Así, se dispone en la Circular 3/2009 que «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».

De hecho, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 1/2008, sobre la Dirección por el Ministerio Fiscal de las Actuaciones de la Policía Judicial, detalla las distintas fases de actuación de la Policía Judicial, regulando la posición del Ministerio Fiscal en cada una de las fases procesales.

Respecto de la fase que aquí interesa, esto es, la fase policial, el Fiscal puede asumir la dirección jurídica de las actuaciones de la Policía Judicial en cualquier momento de esta fase; al propio tiempo, y siempre antes de que existan actuaciones judiciales en trámite, el Fiscal podrá «impartir instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos» para lo cual será preciso que «la policía le haya informado suficientemente de los hechos más graves o complejos y de sus circunstancias, así como de las diligencias practicadas y del resultado de las mismas». Tan solo en el supuesto de que el fiscal opte por no incoar diligencias de investigación y decida no intervenir, la Policía Judicial «deberá finalizar sus investigaciones confeccionando un atestado del que hará entrega al Juez de Instrucción de conformidad con lo dispuesto en los artículos 291 y siguientes, y 772.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

³³ Circular 3/2009, de 10 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre Protección de los menores víctimas y testigos.

Esta opinión contraria a la existencia de numerosas declaraciones del menor salvo en los casos estrictamente necesarios, no es solo la posición mantenida por el ministerio fiscal, sino que también es compartida por los representantes de los distintos ámbitos invitados a las Jornadas celebradas en la institución, coincidiendo muchos de ellos en que, en cualquier caso, y al ser obligatoria como mínimo una declaración del menor ante el juez, fiscal y abogados de las partes en la realización de la prueba preconstituida, bien podría prescindirse de la declaración policial, máxime si esta entrevista o interrogatorio policial es realizado exclusivamente por agentes policiales que no están asistidos por profesionales de la psicología y de la ciencia forense.

En el ámbito de determinados cuerpos policiales autonómicos, como el de los Mossos d'Esquadra, el «Protocolo Marco de Actuaciones en caso de abusos sexuales y otros maltratos graves a menores», cuyo promotor fue el Síndic de Greuges³⁴, dispone que no se tomará declaración al menor, entre otras circunstancias, si las actuaciones han sido iniciadas en sede policial, si la víctima es menor de ocho años³⁵.

En Navarra la Policía Foral toma declaración al menor mayor de 13 años. Por debajo de esa edad la policía intenta recoger todos los datos y pruebas posibles y se pone en contacto con los psicólogos forenses para realizar una valoración de la veracidad de la declaración del menor. Por ello, es muy importante la coordinación entre los psicólogos y los agentes de la policía judicial.

No obstante, si resulta necesario e inevitable tomar declaración al menor para esclarecer los hechos³⁶ sería necesario disponer de un entorno amigable a la hora de tomar declaración, tanto en dependencias policiales como en las salas de los Tribunales de Justicia. Los espacios, concebidos para un uso burocrático, no reúnen las debidas condiciones de tranquilidad y sosiego para la práctica de estas diligencias, su propio mobiliario y decoración suele resultar intimidatorio para los menores, lo que

³⁴ Vid. «Protocolo marco de actuaciones en casos de abusos sexuales y otros maltratos graves a menores», Síndic de Greuges, Barcelona, 13 de septiembre de 2006. Se dice en la introducción: «La finalidad del Protocolo es asegurar una coordinación eficaz entre las diferentes instituciones implicadas y favorecer, sin mengua de las garantías procesales, asistenciales y de protección, que las actuaciones que se lleven a cabo con el niño sean sólo aquellas estrictamente necesarias para evitar la repetición de diligencias que puedan afectar a su situación emocional».

³⁵ *Ibidem*, apartado 4.5: «Si las actuaciones se inician en la misma institución, no se tomará declaración al menor si:

- Sufre grave afectación como víctima y, en este caso, deberá posponerse la declaración a la recuperación psicológica del menor.
- Existe una denuncia de un/a profesional.
- Existen suficientes indicios probados de abuso o maltrato.
- Las pruebas se pueden obtener de otra forma.
- La víctima es menor de 8 años».

³⁶ En ocasiones, por ejemplo, el autor del delito no está identificado y, en consecuencia, la policía tiene que tomar declaración al menor para obtener datos que le permitan iniciar su investigación.

no coadyuva a la realización de una entrevista en la que lo que se exige es el relato de un hecho trágico y traumático en la vida del menor. Se ha encontrado algún caso en el que se ha tomado declaración a un menor en el propio centro educativo, en el entorno escolar, estando presente un profesor o educador del menor con el que tiene una especial relación de afinidad.

El Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril) establece el derecho de la víctima a «entender y ser entendida» (artículo 4). La letra a de este artículo indica que «todas las comunicaciones con las víctimas, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta... su minoría de edad». Asimismo, el artículo 21b dispone que «se reciba declaración a las víctimas el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal».

Se plantea también si durante la declaración deben estar presentes los padres o tutores del menor. En las jornadas de debate preparatorias de este estudio se puso de manifiesto la existencia de prácticas policiales diversas; así, en el ámbito de la Sección de Análisis del Comportamiento Delictivo de la Guardia Civil (SACD), las entrevistas son grabadas, conducidas por profesionales expertos en psicología forense y sin la presencia de los padres, con el fin evitar de la mediatización o influencia que estos pudieran ejercer sobre sus hijos, incluido el lenguaje no verbal, mientras que otras prácticas optan por la declaración en presencia de los padres o tutores (según se indicó por los asistentes pertenecientes a la Policía Foral de Navarra o la Ertzaintza), o bien por dejarlo a elección del menor, siempre que los hechos no vayan dirigidos contra sus propios progenitores. En esa línea, los Mossos d'Esquadra, según se indicó en la jornada de reflexión celebrada, toman declaración al menor con edades comprendidas entre 14 y 18 años en presencia de algún representante legal, salvo que el menor elija declarar solo. Si la denuncia va contra éste, entonces se le toma declaración solo, pero siempre con autorización del ministerio fiscal. Si el menor es de 10-12 años y es víctima de abusos sexuales, se realiza una diligencia de vulnerabilidad para que la declaración del menor la realicen los equipos de atención técnica-penal de los juzgados, donde se lleva a cabo la declaración y se graba como prueba preconstituida.

La Instrucción 11/2007 de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el «Protocolo de Actuación policial con menores», cuando se refiere a la toma de declaración concreta del menor que ha sido víctima o testigo del delito, establece que cuando voluntariamente accediera a declarar lo hará en presencia de sus padres, tutores o guardadores, salvo que las circunstancias aconsejen lo contrario, en cuyo caso se comunicará al fiscal competente para que disponga lo conveniente. No obstante, la Guardia Civil insiste en que es conveniente en la toma de declaración a un menor que no estén presentes los padres, dado que el menor se sincera menos delante de los progenitores, bien porque exista o tenga sentimiento de culpa, o bien porque quiera evitarles aspectos desagradables de la

declaración. Por ello, en su forma de actuación, cuando la Guardia Civil toma declaración a un menor, les explican a los padres cuál es el procedimiento de entrevista, solicitando en primer lugar su consentimiento y se procede a grabar la misma en video.

Los técnicos de los juzgados opinaban de manera casi unánime en el sentido de que cuando el menor viene con un adulto, su padre o su madre, y la entrevista se hace conjunta con el menor, este puede, por vía del lenguaje analógico, estar inducido en esa declaración, por lo que es interesante hacer la entrevista al menor separado de los adultos.

En cuanto a las características de la declaración, el formato de las preguntas es abierto y no cerrado. Por ejemplo, la Guardia Civil utiliza unos protocolos en las entrevistas con menores víctimas de abuso sexual infantil que constituyen su guía de actuación, y establece paso a paso cómo se tiene que desarrollar una entrevista con un menor víctima.

3.3 ESPECIALIZACIÓN POLICIAL

Surge en este punto la cuestión de la necesaria especialización en los cuerpos policiales encargados de la toma de declaración de los menores y de su debida atención.

En los textos internacionales no deja de hacerse referencia a la necesidad de crear, desarrollar y apoyar «los servicios dirigidos a categorías específicas de víctimas, como los niños³⁷», lo que evidencia la procedencia, *prima facie*, de que en esta primera fase ante la policía, los cuerpos policiales dispongan de personal con la necesaria cualificación profesional para llevar a cabo, en su caso, un interrogatorio y declaración que respete el derecho del niño a ser escuchado y respete los principio de la justicia penal adaptada a los menores de edad y a sus circunstancias personales.

La especialización policial en materia de menores viene estructurada en lo que se refiere a las Fuerzas de Seguridad del Estado, por la existencia, en el Cuerpo Nacional de Policía, de los Grupos o Equipos especializados en el tratamiento policial de menores (GRUME) en todas las Brigadas Provinciales de Policía Judicial y Comisarías Locales en su caso y el Servicio de Atención a la Familia (SAF Central) de la Comisaría General de Policía Judicial. A título de ejemplo, existe un «Protocolo de actuación en abusos sexuales y otros malos tratos a la infancia en el partido judicial de Móstoles» que establece la manera de actuar en el territorio citado. En Gran Canaria,

³⁷ Vid. Recomendación CM/REC (1987) 21, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización (adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987 en la Sesión 410^a).

la Policía Nacional del Servicio de Atención a la Familia (SAF), en una práctica amparada por la Fiscalía Provincial de Menores y la Instrucción 11/2007, de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se aprueba el «Protocolo de actuación policial con menores», se recogen las denuncias del menor en los colegios en presencia de un guardador o educador o de algún progenitor.

A lo anterior hay que añadir, en el ámbito de la Guardia Civil, los especialistas en materia de menores que se integran en los equipos Mujer-Menor (EMUME) en todas las Comandancias dentro de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, apoyados por el EMUME Central de la Unidad Técnica de Policía Judicial. Igualmente, funciona dentro de la Guardia Civil el SACD Central, que es una Unidad especializada en psicología criminal y forense formada por psicólogos con alta especialización, que se desplaza por todo el territorio nacional para atender a las víctimas más vulnerables y especialmente si son menores de siete años. El criterio de la Guardia Civil es tomar declaración al menor víctima de un delito lo más pronto posible una vez ocurrido el hecho delictivo. El SACD prima la atención inmediata, la atención por agentes especializados y el grabado de la exploración, sin perjuicio de que posteriormente se haga otra exploración en sede judicial para la realización de la prueba preconstituida. En las jornadas de debate se citó un caso significativo en el que se tardó más de dos meses en realizar la prueba preconstituida, lo que se estima un tiempo excesivo al existir riesgo de que el testimonio se pueda contaminar.

En los Mossos d'Esquadra existe una Unidad Central de Menores, adscrita a la Fiscalía de Menores de Barcelona, que coordina las actuaciones respecto de los menores en todo el territorio de Cataluña en este cuerpo policial.

Según se indicó en la misma jornada, en la Ertzaintza existe una Sección de delitos informáticos y un protocolo por el cual cuando se produce un delito utilizando internet o cualquier sistema tecnológico, esa sección asume directamente la investigación, incluido si la víctima es menor, y están en contacto con la Fiscalía de Menores, con las Fiscalías especializadas en delitos informáticos y con el Servicio de Atención a las Víctimas del Gobierno Vasco.

Sin perjuicio de lo expuesto, para el personal que desarrolle tareas de seguridad ciudadana, dado que es en muchos casos a quien corresponde materializar la intervención inicial con menores, se le han de proporcionar planes específicos de formación y actualización en el tratamiento policial de menores (2.2.2 de la Instrucción 11/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se aprueba el «Protocolo de actuación policial con menores»).

En cualquier caso y siendo las funciones generales de todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualquiera que sea su naturaleza y dependencia, practicar por propia iniciativa las primeras diligencias de prevención y aseguramiento cuando tengan noticia de la perpetración de un hecho presuntamente

delictivo, lo cierto es que han de dar cuenta de todo ello en los términos legales a la autoridad judicial o fiscal o a través de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial³⁸.

La necesidad ineludible de una especialización y permanente formación del personal que atiende a menores que han sido víctimas o testigos de un delito aparece de forma constante en las directrices emanadas de la Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social sobre la justicia, en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. Así, el objetivo de cada país debe ser «asegurarse de que cuenta con procedimientos adecuados de capacitación, selección y de otra índole a fin de proteger y satisfacer las necesidades especiales de los niños víctimas y testigos de delitos». Asimismo, «las entrevistas y exámenes y demás tipos de investigación deberán ser realizados por profesionales capacitados que actúen con tacto, respeto y rigor».

En estas directrices se dispone, asimismo, que «Los niños víctimas y testigos de delitos y, cuando proceda, sus familiares, deberán tener acceso a la asistencia de profesionales a los que se habrá impartido la capacitación», y no solo durante el inicio de un proceso, sino «de forma ininterrumpida» hasta que esos servicios (especialistas en niños víctimas) dejen de ser necesarios. Por lo que afecta a su derecho a la seguridad, «los profesionales deberán estar capacitados para reconocer y prevenir la intimidación, las amenazas y los daños a los niños víctimas y testigos de delitos».

Esta línea de especialización se contemplaba en la Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001(2001/220/JAI), adoptada en desarrollo de los artículos 31 y 34.2 b) del Tratado de la Unión Europea, dictada con la finalidad de armonizar las legislaciones de los Estados relativas al Estatuto de la víctima, la cual contempla, entre otras disposiciones, la formación de personas que intervienen en las actuaciones o que tienen otro tipo de contacto con la víctima.

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, y traspuesta por la Ley 4/2015, de 27 de abril, establece que los Estados miembros garantizarán la formación de los profesionales de los distintos ámbitos involucrados; los agentes de la policía y el personal al servicio de la Administración de Justicia han de recibir tanto formación general como especializada a un nivel adecuado al contacto que mantengan con las víctimas; respecto de los jueces y fiscales que participen en procesos penales, «con el fin de mejorar la concienciación de jueces y fiscales respecto de las necesidades de las víctimas»; la formación de los abogados «respetando debidamente la independencia de la profesión jurídica», así como respecto de los servicios públicos y organizaciones

³⁸ Artículo 4 del Real Decreto 769/1987 de 19 de junio, de regulación de la Policía Judicial.

de apoyo a las víctimas, de tal forma que reciban la formación adecuada «al tipo de contactos que mantengan con las víctimas y observen normas profesionales para garantizar que tales servicios se prestan de manera imparcial, respetuosa y profesional».

3.4 INFORMACIÓN QUE HA DE PROPORCIONARSE AL MENOR

Otra cuestión de no menor importancia junto con la formación de los profesionales es la información que ha de proporcionarse al menor víctima desde el primer momento en que es atendido. Las diligencias de información que los cuerpos policiales han de realizar a las víctimas, en el momento de la denuncia de un delito, entroncan con el derecho a ser informado, que reconocen tanto la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos como la Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social reiteradamente citada. Así, entre los derechos que se contemplan en esta Resolución se encuentra el derecho a ser informado «desde su primer contacto con el proceso de justicia y a lo largo de todo ese proceso», entre otras cuestiones de «los mecanismos de apoyo a disposición del niño cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial».

La Directiva 2012/29/UE dedica su capítulo 2 a la información y apoyo a las víctimas. La información ha de ofrecerse, en la medida de lo posible, «a través de una diversidad de medios y de forma que pueda ser entendida por la víctima» y engloba no solo el derecho a entender sino a ser entendido. Ello implica que se deba utilizar un lenguaje sencillo y accesible, oralmente o por escrito, y que la víctima pueda estar acompañada «de una persona de su elección en el primer contacto con la autoridad competente».

En el caso de que las víctimas no entiendan o no hablen la lengua de la autoridad competente, pueden presentar la denuncia en una lengua que entiendan o recibiendo la asistencia lingüística necesaria³⁹. Añade la directiva que en la fase policial los derechos de las víctimas cuando se interponga una denuncia han de cumplimentarse mediante la necesaria entrega de una declaración por escrito que sirva de reconocimiento de la denuncia formal que hayan presentado ante las autoridades competentes y en la que consten los elementos básicos de la infracción penal de que se trate. Con posterioridad, ha de notificarse a las víctimas la sucesiva información sobre el proceso penal iniciado a raíz de la denuncia de la infracción penal de la que han sido víctimas «sin retrasos innecesarios». El nuevo Estatuto de la víctima del delito se refiere en el artículo 5 al derecho de la víctima a la información

³⁹ Artículo 5.2 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

desde el primer contacto con las autoridades competentes y en el artículo 6 al derecho a obtener una copia de la denuncia debidamente certificada.

Asimismo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 771.1ª en conexión con los artículos 109 y 110 regula el derecho de información a las víctimas por la policía judicial y por el secretario judicial. Ello deriva del derecho que todos los ciudadanos ofendidos o no por un delito tienen para ejercer la acción penal en aplicación del artículo 125 de la Constitución española, actuando en la causa como acusador particular o privado, según el caso⁴⁰.

Los miembros de la Policía Judicial están obligados a informar a la víctima de un delito, en defecto de abogado y hasta tanto se realice en el Juzgado, del contenido del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la forma que establece el artículo 771.1ª de la misma ley⁴¹.

En este contexto, hay que destacar que la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, estableció en su artículo 15⁴², por un lado, los deberes de información que las autoridades públicas

⁴⁰ El Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Sentencia núm. 900/2006, de 22 septiembre, dice: «Por ello, si el ofrecimiento de acciones tiende a posibilitar al ofendido o perjudicado el ejercicio del derecho de defensa en un determinado proceso, su omisión debe ser subsanada si el estado del procedimiento permite aun al sujeto afectado el ejercicio eficaz de ese derecho en el mismo proceso, es decir, comparecer en él en tiempo oportuno para poder conocer el material instructorio, calificar los hechos y proponer la prueba que sea de su interés. De no ser así, y si el procedimiento se encuentra ya en una fase que no permite esa actuación procesal, la situación que con dicha omisión se genera a aquel perjudicado es de efectiva y manifiesta indefensión, pues aun cuando se cumpliera formalmente con la instrucción al mismo de cuanto el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece, se trataría de una actuación vacía de contenido y carente de toda eficacia, al no poder realizar los actos que son sustanciales para la defensa de sus intereses. En estos casos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240,2 LOPJ, el remedio a adoptar no podía ser otro que el de la anulación de lo actuado con reposición de las actuaciones al momento procesal que permita la correcta realización del acto omitido, esto es, la instrucción a la parte en sus concretas posibilidades de actuación en el proceso como perjudicado, conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para que puedan intervenir efectivamente en el proceso ejercitando las acciones civiles y penales según les conviniere».

⁴¹ «En el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención, si la hubiere, la Policía Judicial practicará las siguientes diligencias:

1ª Cumplirá con los deberes de información a las víctimas que prevé la legislación vigente. En particular informará al ofendido y al perjudicado por el delito de forma escrita de los derechos que les asisten, de acuerdo con lo establecido en los artículos 109 y 110. Se instruirá al ofendido de su derecho a mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela y tanto al ofendido como al perjudicado de su derecho a nombrar abogado o instar el nombramiento de abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de su derecho a, una vez personados en la causa, tomar conocimiento de lo actuado, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 301 y 302, e instar lo que a su derecho convenga. Asimismo, se les informará de que, de no personarse en la causa y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el ministerio fiscal las ejercitará si correspondiere».

⁴²«Artículo 15.1:

1. Los jueces y magistrados, miembros de la carrera fiscal, autoridades y funcionarios públicos que intervengan por razón de su cargo en la investigación de hechos que presenten caracteres de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, informarán a las presuntas víctimas sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas reguladas en esta ley».

deben dispensar a las víctimas de estos delitos sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas reguladas en esta ley, y en su artículo 16 la obligación de establecer las Oficinas de asistencia a las víctimas⁴³.

En materia de asistencia jurídica gratuita, debe informarse al menor víctima de situación de abuso o maltrato de su derecho a tal asistencia, con independencia de la existencia de recursos para litigar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2g de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en relación con el artículo 5.1c del Estatuto de la víctima (Ley 4/2015). No obstante, debe ponerse de relieve que no existen turnos de oficio de abogados específicos para menores víctimas de delito.

La Instrucción número 6/1997 de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre atención e información a las víctimas de determinados delitos de las gestiones e investigaciones realizadas para su esclarecimiento, asigna a los funcionarios la obligación general de proporcionar «la información de carácter general que les solicite el ciudadano, además de darle a conocer los derechos que le corresponden y las posibilidades asistenciales que tiene a su disposición», y la más específica de, en el supuesto de posibles víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual,

⁴³ «Artículo 16. Oficinas de asistencia a las víctimas.

1. El Ministerio de Justicia e Interior procederá, de conformidad con las previsiones presupuestarias, a la implantación de Oficinas de asistencia a las víctimas en todas aquellas sedes de Juzgados y Tribunales o en todas aquellas Fiscalías en las que las necesidades lo exijan.

2. En relación con las actividades desarrolladas por estas Oficinas, el Ministerio de Justicia e Interior podrá establecer convenios para la encomienda de gestión con las Comunidades Autónomas y con las Corporaciones locales».

Actualmente, las Oficinas existen en todas las Comunidades Autónomas, en prácticamente todas las capitales de provincia, e incluso en otras ciudades.

Las oficinas dependientes del territorio gestionado por el Ministerio de Justicia se corresponden con las Comunidades Autónomas de Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Murcia, Illes Balears, y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Los objetivos de las Oficinas de asistencia a las víctimas son: la información, el apoyo, la asistencia y el acompañamiento cuando sea preciso para solventar las necesidades específicas de las víctimas que hayan sufrido daños considerables por la gravedad del delito, con especial atención a los menores, las víctimas de violencia de género y/o doméstica, la tercera edad y los discapacitados.

Así, entre otras funciones pueden informar sobre cómo interponer una demanda o una denuncia, cómo participar en el proceso penal, sobre la denuncia o demanda en sí, sobre el modo y las condiciones para obtener asesoramiento y asistencia jurídica, y cuándo puede acceder a la justicia gratuita, si le corresponde a la víctima, sobre las condiciones para poder acceder a las ayudas económicas y el acceso a asistencia médica, etcétera.

El Estatuto de la víctima (Ley 4/2015) regula en el artículo 28 las funciones de las Oficinas de asistencia a las víctimas: información, apoyo emocional, asesoramiento y coordinación. Es de destacar que realizarán una valoración de las circunstancias particulares de la víctima y determinarán las medidas concretas que deben ser prestadas en cada caso: apoyo o asistencia psicológica; acompañamiento a juicio; información sobre recursos psicosociales y asistenciales y derivación a los mismos si la víctima lo solicita; medidas especiales de apoyo para víctimas con necesidades especiales de protección; derivación a servicios de apoyo especializados.

informarles de que pueden acogerse a la asistencia, ayudas y beneficios previstos en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, para lo cual deberán dirigir la oportuna solicitud en el plazo de un año, desde la comisión del hecho, al Ministerio de Economía y Hacienda.

La instrucción citada igualmente asigna a los responsables policiales competentes la obligación de promover las iniciativas de coordinación con otras instituciones, con la finalidad de establecer procedimientos consensuados que favorezcan la simplificación de trámites, la reducción de las molestias y la racionalización de la gestión.

En la práctica, se advierte que el problema primordial que suscita el ofrecimiento de acciones radica en la dificultad de comprensión del lenguaje utilizado en los formularios empleados en las diligencias de información de derechos al perjudicado u ofendido por el hecho delictivo, dificultad que se ve obviamente agravada cuando la víctima es menor de edad. Al propio tiempo, el plazo de un año para solicitar las ayudas de la Ley 35/1995 podría ser insuficiente en algunos casos, teniendo en cuenta la situación emocional que puede padecer la víctima, la falta de información a tiempo y otros imponderables que aconsejan, para estas situaciones, plazos más generosos.

4 LA ESCUCHA DEL MENOR VÍCTIMA O TESTIGO EN LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA

En nuestro ordenamiento, los medios de prueba considerados válidos son los que se practican en el juicio oral, ante el tribunal que ha de juzgar y las partes del proceso. Pero también se reconoce que hay pruebas que no siempre pueden practicarse en el juicio oral, por ejemplo, por la imposibilidad de asistencia de quien debe declarar, para cuyo caso se prevé la posibilidad de preparar una prueba preconstituida o anticipada.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 884/2010, de 6 de octubre, opta por la ampliación de la idea de imposibilidad de testificar en el juicio oral, incluyendo también «aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de producir con dicho testimonio en sede de enjuiciamiento graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, de forma que, en estos casos, nada impide incluir entre los casos de imposibilidad aquellos que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegido por la ley».

Ya en su sentencia de 16 de junio de 2005, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («caso Pupino») declaraba que la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, debía interpretarse en el sentido de que «el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de esta».

La Directiva 2012/29/UE que sustituye a esta última decisión, establece en el artículo 22.4 que se da por supuesto que las víctimas menores de edad tienen necesidades especiales de protección en razón de su vulnerabilidad a la victimización secundaria reiterada, a la intimidación o a las represalias. En su artículo 23.2 dispone determinadas prevenciones respecto a la toma de declaración de la víctima que deberá ser en dependencias concebidas a tal fin, realizada por profesionales con formación adecuada o con su ayuda, y con medidas para evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor, incluido el uso de las tecnologías de la comunicación, sin estar presente la víctima en la sala de audiencia. Todas las declaraciones con relación a menores de edad deben poder ser grabadas por medios audiovisuales y poder utilizarse como elementos de prueba en procesos penales.

No obstante, para que la declaración tenga validez como medio de prueba, resulta imprescindible que se cumpla el principio de contradicción, es decir, que el abogado de la defensa pueda formular al menor víctima o testigo cuantas preguntas

considere oportunas. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias 470/2013⁴⁴ y 632/2014⁴⁵, en las que las respectivas víctimas de un delito de abusos sexuales eran menores de edad. En el primero de los casos se visionó el video con su declaración en el juicio, pero la defensa no contradujo las declaraciones de las menores en el momento procesal oportuno. En la segunda, entendió el Tribunal que no se había respetado el principio de contradicción al no haberse grabado la exploración inicial, y no haber podido ser escuchado el testimonio posteriormente en el juicio oral.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la atención recae sobre las garantías que rodean la exploración del menor, con el objetivo de poder hacerla valer en la fase del juicio oral. Por ello, tal y como recoge la Sentencia de este Tribunal de 28 de septiembre de 2010 (asunto A. S. contra Finlandia), «quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener la oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación

⁴⁴ Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sentencia de 5 de junio de 2013: «En el período de instrucción se tomó declaración a ambas menores, esa declaración fue dirigida por una psicóloga judicial, estando presente en las mismas dependencias, tanto la juez de instrucción, como el secretario judicial, la fiscal y la letrada de la defensa; esta declaración fue grabada con unas magníficas condiciones de imagen y sonido, y fue vista íntegramente en el acto del juicio, otorgando seguidamente la palabra a la Fiscal y a la defensa, previa entrevista reservada con su representado, para que alegasen las cuestiones que considerasen, no haciendo uso de ello. En el momento de proposición de prueba en el escrito de conclusiones provisionales, la defensa solicitó que la declaración de las menores se hiciera personalmente en el acto del juicio, lo cual fue desestimado en el auto de esta Sala en donde ya se le exponía a esa parte que ello bien podía suponer un nuevo ataque a la integridad de las menores, porque en el informe psicológico ya se apuntaba que al acercarse el día de acudir al Juzgado las menores habían manifestado intranquilidad, recomendando la psicóloga que no volvieran a tener contacto las menores con la institución judicial ni policial».

⁴⁵ Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sección 1ª, Sentencia 632/2014 de 14 de octubre: «Lo expuesto viene en su conjunto a poner de manifiesto que puede entenderse vulnerado el precepto constitucional contenido en el artículo 24.2 CE, no solo por lo que se refiere a la presunción de inocencia sino a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y a la celebración de un proceso con todas las garantías.

En efecto: por el juez de instrucción no se practicó exploración alguna de la menor en cualquiera de las formas previstas por la ley.

- Se practicó un informe psicológico por parte de una especialista, sin que se realizara su grabación audiovisual, ni se posibilitara a la defensa pedir aclaraciones o ampliaciones.

- No se adoptó ninguna de las medidas precautorias que armonizan la protección integral de la menor ante un eventual y no confirmado riesgo a la integridad y equilibrio mental, frente al insoslayable derecho de defensa del acusado.

- La declaración de la menor no fue propuesta como prueba en el plenario, con el resultado de que la defensa no ha podido ver a la menor ni escuchar las manifestaciones efectuadas por esta, y tampoco ha podido ser vista y oída dicha menor por el tribunal sentenciador ni de modo directo ni indirecto al no haberse grabado su exploración ante la psicóloga.

Y desde luego -como ya se ha indicado- no puede sustituirse el pronunciamiento de credibilidad que corresponde en exclusiva a los tribunales por el que considere la perito psicóloga que recibió el relato de la menor que, por otra parte se limita a concluir que la versión de la menor podría ser "probablemente creíble" ni por el testimonio de dos testigos de referencia sobre lo que la menor les relató».

audiovisual; asimismo, debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior».

En definitiva, mantiene el Tribunal que para que pueda ser evitada la presencia del menor en la fase del juicio oral, la exploración previa habrá de ser grabada dando a la defensa la posibilidad de estar presente, y dirigir por medio de un experto las preguntas y aclaraciones que considere oportunas para su defensa.

En todo caso, dicha decisión se adoptará por el tribunal penal si aprecia que existe un riesgo para la integridad psíquica del menor en caso de comparecer, y salvaguardando los deberes y derechos de ambas partes.

En el caso concreto del que se ocupa la Sentencia del Tribunal Supremo 470/2013 ya comentada, existía un informe psicológico que desaconsejaba la comparecencia en el acto del juicio de las dos menores, de 7 y 8 años de edad, víctimas de abuso sexual por el acusado. Por ello, en el periodo de instrucción se les tomó declaración dirigida por la psicóloga judicial, estando presente en las mismas dependencias tanto la juez de instrucción, como el secretario judicial, la fiscal y la letrada de la defensa. Es decir, la prueba se preconstituyó atendiendo a todos los requisitos que expone la jurisprudencia, y fue visto en el plenario, con la posibilidad de efectuar observaciones después.

Durante la grabación del testimonio de las menores, se efectuó el reconocimiento del acusado por medio de fotografías en lugar de realizar un reconocimiento en rueda, o identificarlo en el juicio, para evitar una confrontación visual con el presunto agresor. Si bien se intentó desvirtuar la prueba por la defensa, la visualización de la grabación concluyó que las menores lo habían identificado espontáneamente, sin ningún tipo de influencia, al no estar los padres presentes en la sala donde se recogió el testimonio de las niñas.

Con la prueba preconstituida, además de proteger los derechos de los menores y evitar su revictimización, se están protegiendo también los derechos del propio acusado, pues de esa forma se garantiza que la declaración del niño sea más cercana en el tiempo, y, por lo tanto, no se vaya contaminando por influencias externas que pudieran enturbiar el recuerdo. Además, una vez obtenida la declaración del menor se puede comenzar con su recuperación psicológica; revivir en juicio todo lo sucedido, supondría echar por tierra todo lo que hubiera podido avanzar con su terapia. Recoge la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos, que la preconstitución probatoria habrá de plantearse especialmente en causas por delitos contra la libertad sexual cuando la víctima sea menor de 14 años.

El artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁶ dispone que toda declaración de un menor podrá realizarse mediante expertos, y siempre en presencia del ministerio fiscal, debiendo el juez ordenar la grabación tras la reforma de este artículo por el Estatuto de la víctima, pues antes era potestativa tal grabación.

Por su parte, el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁷ permite que la declaración de los testigos menores de edad se lleve 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. Llama la atención el cambio de criterio: antes de la redacción del Estatuto de la víctima (Ley 4/2015) era taxativo que había de evitarse la confrontación visual con el inculpado, ahora queda como potestativo.

Sobre esta declaración se pronuncia la Circular de la Fiscalía citada, justificando la presencia del fiscal por la información que de la declaración del menor en fase de instrucción se pueda extraer, motivando actuaciones posteriores como la citación del menor o en su lugar de testigos de referencia, o valorar, en su caso, la procedencia del sobreseimiento.

⁴⁶Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, párrafos cuarto y quinto:

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

⁴⁷Artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

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

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

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

En sentido análogo, ver artículo 707 en la nueva redacción dada por el Estatuto de la víctima (Ley 4/2015).

Resulta de suma importancia acreditar que conviene al interés del menor la preconstitución de la prueba, dando una concreta argumentación sobre la necesidad de anticipar la prueba en razón de las circunstancias que concurren en el niño, de modo que no pueda ser recurrida su validez en instancias superiores.

Resultaría conveniente que el interrogatorio lo dirigiera un psicólogo infantil, pedagogo o psiquiatra en función de las circunstancias particulares de cada niño, pero sobre todo en función de su edad, previa reunión con el juez, el fiscal y las partes que habrán facilitado las preguntas que se quieren formular al menor.

No existe unanimidad en la práctica en cuanto a la forma en que se realiza esta toma de declaración, ni el momento procesal oportuno en que debe realizarse. Lo fundamental sería que se practicara en un momento próximo a los hechos pero en el que concurren elementos suficientes para salvar la contradicción y la eficacia de la prueba.

Coinciden los representantes del poder judicial que acudieron a la jornada de estudio, que en la práctica suele haber dos declaraciones como mínimo, una de ellas en comisaría, porque en ocasiones el autor no está identificado en el momento en el que el niño presenta denuncia y, en consecuencia, hay que oírle para que la policía obtenga datos que le permitan iniciar su actuación. En caso de que el autor estuviera identificado, podría pasar directamente al juzgado de instrucción evitando esa primera declaración en sede policial. Una vez en el juzgado de instrucción se podría preconstituir la prueba aunque la realidad demuestra que no siempre se procede de este modo. La razón es sencilla y es la falta de medios de los juzgados: a título de ejemplo, hay un solo técnico para realizar las grabaciones en los juzgados de instrucción de Madrid y un solo psicólogo.

El juez de instrucción, si así lo estima, convocará a las partes para preconstituir la prueba. Es muy importante que la declaración se realice en un ambiente agradable para el menor, donde no sienta la presión del aparato judicial. Lo idóneo sería convocarle en un entorno amigable, fuera de los juzgados, o en una sala especialmente adaptada. Evidentemente, un juzgado tiene un ambiente hostil para un menor, que se siente sobrecogido por tanto formalismo y rigor, pudiendo sentir que se le está juzgando a él según lo que diga y cómo lo diga. Hay que evitar esa presión añadida sobre el niño.

En la práctica puede constatarse que no todas las preconstituciones de prueba se realizan igual, y ello obedece a la falta de un protocolo único y a la diferencia de medios entre las diferentes comunidades autónomas y juzgados. Según las versiones ofrecidas por las magistradas asistentes a la jornada, en uno de los casos estaba en la sala la magistrada con dos psicólogas y la menor a la que se estaba interrogando. Cuando la magistrada se daba cuenta de que la menor se cerraba en sí misma, y no podía avanzar con las preguntas, intervenían las psicólogas haciendo uso de juguetes y muñecas que estaban en la sala. Cuando consideraba que era turno de preguntas,

decía una frase tipo «no sabemos qué más preguntarte» para que las partes, que estaban asistiendo al interrogatorio por videoconferencia desde otra sala, les hicieran llegar sus preguntas. En este caso, se consideró adecuado que en la grabación quedara constancia de la entrega de las preguntas, en papel oficial y con sello del secretario judicial, en vez de utilizar *WhatsApp* o receptor de audio, para que constase debidamente el respeto al principio de contradicción.

En otro caso comentado, la prueba se preconstituyó estando sola la psicóloga con el menor, y el juez y las partes estaban en otra sala. El juez declaraba la pertinencia de las preguntas en su despacho, y entonces se las hacían llegar al psicólogo que las formulaba al menor, salvando así el principio de contradicción.

La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 666/2008, de 21 de octubre, considera garantizada la contradicción 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 la presencia del letrado defensor, por lo que la ausencia de este 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».

Tampoco las opiniones son unánimes en cuanto a las características de la sala donde se va a celebrar la entrevista con el menor. Si bien hay voces que abogan por que la sala cuente con espejos unidireccionales, tipo cámara de Gessel, hay quien opina que los espejos son altamente intimidatorios para los menores, que sin duda habrán visto en películas cinematográficas que tras esos espejos suele haber gente observando.

Por ello, se considera más adecuado el destinar dos salas contiguas para la grabación de la prueba, permaneciendo en una de ellas el menor con el profesional que le deba entrevistar, y en la otra sala las personas que deban estar presentes para garantizar, entre otros derechos y principios el de contradicción, dando la posibilidad al letrado de la defensa para que, sobre la marcha, formule las preguntas que considere más adecuadas, y solicite las aclaraciones pertinentes sobre la declaración que, paralelamente, se está efectuando.

La opinión mayoritaria avala la presencia de dos profesionales en la sala por cuestiones de orden práctico. En primer lugar, para salvar la situación de que el menor no estuviera cómodo con quien inicia la entrevista. En este caso, y salvando la brusquedad que podría suponer el tener que suspender la grabación y citar al menor otro día, el segundo entrevistador tomaría las riendas para tratar de empatizar mejor con el menor. Además, a la hora de evaluar la entrevista se contaría con los puntos de vista de los profesionales que han intervenido.

Al propio tiempo, el entrevistador secundario asumiría otro papel, que es el de conexión con la sala contigua y el técnico supervisor de la grabación. Avisado por cualquier medio que permita conectar ambas salas, como, por ejemplo, el teléfono móvil, aviso del que no tiene por qué ser consciente el menor, el segundo entrevistador saldrá de la sala de grabación para obtener las preguntas que puedan querer formular el fiscal o los abogados. Al estar presente el juez, en ese momento se valida el interrogatorio.

Se plantea la cuestión de si las preguntas que se formulan al menor deberán ser trasladadas literalmente por el entrevistador, para evitar que se desvirtúe su contenido, o que se les pueda dar una interpretación diferente a la buscada por quien la formula. Parece claro que si bien no debe reformularse la pregunta, a fin de que no pierda su eficacia legal, sí es posible adaptarla al lenguaje del menor para que pueda comprenderla y contestarla.

La Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado regula varios aspectos sobre la prueba preconstituida, instando a los fiscales que se interese la grabación de la declaración «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». La cuestión de si grabar o no ha resultado zanjada por el Estatuto de la víctima, que da nueva redacción al artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal e indica que «el juez ordenará la grabación por medios audiovisuales».

En la jornada de debate llevada a cabo con técnicos de los equipos psicosociales que trabajan para los juzgados, se relataron diversas experiencias de actuación en los diferentes territorios sobre la realización de entrevistas a menores, bien en calidad de simple exploración, bien en calidad de prueba preconstituida.

Por otra parte, la Junta de Jueces de Instrucción de Valencia ha elaborado unas «Normas de funcionamiento para la práctica de diligencias de exploración de menores y pruebas anticipadas por videoconferencia»⁴⁸.

Las normas se adoptan con la idea de garantizar que «los menores víctimas de los delitos... puedan ser explorados en condiciones adecuadas y con la asistencia de uno o varios técnicos (psicólogos), siempre que el juez lo estime oportuno, evitando su posterior comparecencia en el juicio oral y facilitando la proximidad temporal de la exploración del menor con la fecha de los hechos, lo que hace su testimonio más fiable y rico en detalles. También podrá aplicarse en todos aquellos casos en los que se trate de la práctica de pruebas en el juicio oral por videoconferencia».

⁴⁸ Acuerdo adoptado por la Junta de Jueces de Instrucción de Valencia el 7 de octubre de 2014, aprobado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana.

Estas normas establecen en cuanto a la práctica de la diligencia que «se realizará en una dependencia destinada al efecto en la Ciudad de la Justicia de Valencia, dotada de aparato de videoconferencia, en la que se encontrarán exclusivamente el menor y el/los técnicos que le asista/n. La diligencia será simultáneamente visionada y escuchada, en directo y a distancia por circuito cerrado de videoconferencia, desde el juzgado o la sala de vistas correspondiente. Se procurará en todo caso que el menor en ningún caso sea consciente de que su exploración está siendo grabada y visionada y que comparezca ante la autoridad judicial a la mayor brevedad». Se garantiza expresamente el derecho a la defensa mediante la contradicción remitiendo las preguntas al técnico por el medio que se establezca, que una vez admitidas por el juez serán formuladas al menor por el entrevistador. Se hace expresa mención a la Oficina de atención a las víctimas del delito, a la que encomienda la tarea de acompañar y asistir a los menores en todo momento, así como la de mantener informados a sus representantes legales.

Por otra parte, hay que hacer mención a otros aspectos no menos importantes de la declaración del menor como es la conveniencia de adaptar la sesión a los horarios de comidas y descansos, o incluso a signos que deberán ser interpretados durante la entrevista por los profesionales, como cansancio, o la sensación de miedo o tristeza que le impidiera seguir con el relato.

El menor tiene derecho a ser informado de los motivos por los que está ahí, del objeto de la entrevista, y, por supuesto, del derecho a no declarar y de las consecuencias de todo ello. Asimismo, debe ser informado de las consecuencias de su declaración. Se debe indicar también al menor que debe decir la verdad, pero en ningún caso instarle a que jure o prometa decir la verdad en su testimonio. Lo que un menor recuerda o cree que ha vivido puede ser verdad para él, o para su construcción mental. Imponerle la necesidad de jurar o prometer podría coartar su relato libre; por ello, el artículo 433 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo se refiere al juramento o promesa de testigos mayores de edad.

Por otro lado, es tarea posterior del entrevistador analizar la credibilidad del testimonio. Se valora si el contenido de lo relatado es coherente, si está bien contextualizado en espacio y tiempo, si el lenguaje en la narración es propio de un menor, o si hay coherencia respecto de otras narraciones que haya podido realizar.

Sobre este tema debe añadirse que realizar una prueba de credibilidad sobre una prueba grabada podría resultar adecuado, puesto que los peritos podrían visionar varias veces la declaración; igualmente, otras pruebas periciales se realizarían si las hubiere sobre el mismo testimonio grabado del menor y no sobre una nueva declaración que pudiera estar contaminada por diversos factores, fundamentalmente el paso del tiempo.

Lo expuesto en este apartado sobre la prueba preconstituida pone de manifiesto la conveniencia de elaborar un protocolo de ámbito general en el que se establezca el

momento, la forma, las condiciones y los requisitos necesarios para preconstituir la declaración del menor como prueba en la fase de instrucción y por lo tanto previa al juicio oral.

A lo anterior se une la necesidad de una dotación suficiente de medios personales y materiales para poder llevar a cabo la prueba preconstituida y, en concreto, con sistemas de grabación audiovisuales y salas especialmente acondicionadas para los menores. Si dichas dependencias se ubicaran en sede judicial, habría que habilitar una entrada independiente a la de acceso a los juzgados. A la hora de adecuar la estancia a las necesidades del menor, se entiende menos invasivo, como se ha apuntado anteriormente, el sistema de salas contiguas comunicadas por medios audiovisuales que el de espejos unidireccionales (cámara de Gessel).

5 LA ESCUCHA DEL MENOR VÍCTIMA O TESTIGO EN EL JUICIO

La conveniencia, no solo desde la perspectiva del superior interés del menor, sino también de la psicología del testimonio –tanto más preciso cuanto más cercano sea a los hechos enjuiciados, sobre todo en el caso de los menores- de llevar a cabo una correcta preconstitución de la prueba consistente en «escuchar al niño», no permite olvidar el principio general del derecho procesal penal expresado por el Tribunal Supremo con meridiana claridad: «es evidente que no se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores. Por ello, la regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que su declaración sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa»⁴⁹.

Esta presencia del menor en el juicio oral ha de llevarse a cabo «con todas las prevenciones necesarias para proteger su incolumidad psíquica, expresamente previstas en la ley»⁵⁰. En el supuesto de preconstitución de prueba, lo practicado se reproduce en el juicio oral: se llevará a cabo no con una presencia física sino «por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir cuantas preguntas a los menores y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a las de ocurrencia de los hechos perseguidos»⁵¹.

En el acto del juicio, bien porque no se haya preconstituido prueba, bien porque se haya considerado conveniente la presencia del menor, la escucha debe llevarse a cabo de la manera menos lesiva posible para el bienestar del niño. En términos teóricos, cabría la posibilidad de la escucha en la propia sala de vistas adoptando medidas de precaución (como el uso de biombos o «peceras»), pero resulta claro que una proximidad física tan patente entre autor del delito y víctima no es lo más conveniente para el superior interés del niño. En la jornada de debate con jueces

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 632/2014, de 14 de octubre, fundamento de derecho cuarto.

⁵⁰ Se refiere el fundamento cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo 632/2014 citada a lo dispuesto en el artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la redacción anterior al Estatuto de la víctima de 27 de abril de 2015: «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 la prueba». Ahora la evitación de la confrontación visual queda como potestativa.

⁵¹ *Ibidem*, fundamentos de derecho cuarto y noveno.

celebrada para la realización de este estudio se puso de manifiesto la experiencia de los juzgados de instrucción de Madrid mediante el uso de videoconferencia; el menor se hallaba en un lugar diferente a la sala de vistas junto a dos miembros de los equipos técnicos, y desde allí podía responder a las preguntas de las partes «traducidas» a un lenguaje adecuado, «traducción» que contaba con el visto bueno previo de las partes, quienes podían formular preguntas adicionales. Este sistema resulta idóneo para comparecer en el juicio. Sin embargo, en la jornada de debate celebrada con abogados y representantes de la sociedad civil se puso de relieve que no se trata, ni mucho menos, de una regla generalizada, más bien sucede que el menor presta declaración en la vista de la manera tradicional, aunque protegido por una mampara.

La exclusión del público y de los medios de información del acto del juicio mientras el niño presta testimonio es una de las indicaciones de la Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social.

Un problema de la escucha del menor en el juicio es el de las dilaciones judiciales. El transcurso de años entre los hechos y el juicio –como sucede muchas veces en nuestro país- no puede sino redundar en la «victimización secundaria», aun cuando se hubiese preconstituido prueba mucho tiempo atrás. El inevitable recuerdo de lo acontecido cuando quizás las heridas emocionales están curadas o, al menos, atenuadas, es muy negativo. Asimismo, sería conveniente fijar los señalamientos para el comienzo del día, con el fin de evitar al menor esperas prolongadas a resultas de la duración de las vistas previas de esa jornada, aunque esto no sucede en la práctica.

El «derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia» a que se refiere la Resolución 2005/20 tiene variadas repercusiones en el juicio: proporcionar certidumbre sobre el *iter* procedimental, de modo que el niño sepa lo que va a ir sucediendo en la medida en que se exija su intervención personal en el acto, procurar la celeridad, salas adecuadas a las necesidades del niño, descansos, horario adecuado, evitar el contacto con el autor, interrogatorio adaptado o el uso de medios audiovisuales.

La «Ley modelo sobre la justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos» de 2009, citada anteriormente en este estudio, regula la denominada «persona de apoyo», que podría tener un papel relevante en el propio juicio, y también se refiere a las salas de espera especialmente acondicionadas en las que el tiempo de espera sea el mínimo posible, así como a salas de audiencia preparadas para niños. La intimidación debe garantizarse mediante el uso de pseudónimos o números en las actas en vez del nombre verdadero del niño, celebración de las sesiones a puerta cerrada y técnicas de interrogatorio que eviten o reduzcan la «victimización secundaria»: pantallas opacas, alteración de voz e imagen, o uso de circuitos cerrados de televisión.

La valoración de la declaración del niño es el momento final de la escucha desde la perspectiva del órgano judicial. Se haya producido antes del juicio o en él, se debe proceder a la valoración en orden a entender probados o no los hechos a efectos, en su caso, de fundar la condena. El testimonio del menor, valorado conforme a los criterios jurisprudenciales generalmente aceptados⁵², puede ser acompañado en ocasiones de testimonios de referencia y de dictámenes de veracidad. La prueba pericial debe poder ser contrastada, por lo que es sumamente aconsejable que se grabe en soporte audiovisual.

La Resolución 2005/20 citada, al establecer el derecho del menor a ser oído y a expresar opiniones y preocupaciones, considera que ha de prestarse «la debida consideración a las opiniones y preocupaciones del niño y, si no les es posible atenderlas, explicando al niño las causas». Este deber de explicación exige un especial celo en fundamentar y trasladar a un lenguaje adecuado las decisiones que se vayan adoptando en la «puesta en escena» necesaria para la escucha en el juicio oral y también en las resoluciones judiciales.

El Estatuto de la víctima de 27 de abril de 2015 contempla, en los artículos 25 y 26, determinadas medidas con respecto a menores y su presencia en el juicio. En concreto, «medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba, para lo cual podrá hacerse uso de tecnologías de la comunicación; medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas; medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el juez o tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la víctima; celebración de la vista oral sin presencia de público; las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la declaración podrá recibirse por medio de expertos».

⁵² Resulta de especial interés a este respecto el examen del apartado 9 («Valoración de la declaración del testigo menor de edad») de la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. Se indica que «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, aun de carácter periférico y posible existencia de contradicciones o ambigüedades en las supuestas manifestaciones acusatorias). Pero como expresa la STS 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». En este apartado se pone de relieve la pertinencia en muchos casos del peritaje sobre la credibilidad de la declaración de un menor, las especialidades en casos de agresión sexual o cuando subyacen graves conflictos familiares y otras máximas de la experiencia a tener en cuenta.

El Estatuto de la víctima constituye, por ello, una oportunidad de reforzar la protección del menor en la vista oral, consolidar la jurisprudencia y las mejores prácticas que se vienen produciendo en esta materia y, sobre todo, el establecimiento de deberes jurídicos que no pueden ser una excepción solo posible en las sedes judiciales mejor dotadas sino una realidad en todos los órganos judiciales.

Particular interés en el Estatuto de la víctima tienen las medidas para la protección de la intimidad de los menores víctimas. La preservación de la intimidad, ciertamente, es una necesidad transversal, exigible desde la denuncia hasta el final del juicio y también después⁵³. En ocasiones son de lamentar apariciones de nombres y de datos en los medios de comunicación que permiten la identificación de menores víctimas, fruto de filtraciones interesadas o de negligencias. Sobre este problema, la nueva redacción del artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal corrige con multa de 500 a 10.000 euros al abogado o procurador que revele indebidamente el contenido del sumario; así, se establece un castigo efectivo y no una multa simbólica. El artículo 681.3 prohíbe la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección «de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares». La prohibición de grabar sonido e imagen o facilitar identidades tiene aplicación en el juicio, si así lo decide el juez, que puede restringir la presencia de los medios de comunicación⁵⁴.

En este marco de transversalidad, interesa citar lo que dispone el Estatuto sobre formación, protocolos de actuación y sensibilización. El Ministerio de Justicia, el

⁵³ Artículo 22: «Los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección».

⁵⁴ Artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redacción de 27 de abril de 2015: «El Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio y prohibir que se graben todas o alguna de las audiencias cuando resulte imprescindible para preservar el orden de las sesiones y los derechos fundamentales de las partes y de los demás intervinientes, especialmente el derecho a la intimidad de las víctimas, el respeto debido a la misma o a su familia, o la necesidad de evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso. A estos efectos, podrá:

- a) Prohibir que se grabe el sonido o la imagen en la práctica de determinadas pruebas. O determinar qué diligencias o actuaciones pueden ser grabadas y difundidas.
- b) Prohibir que se tomen y difundan imágenes de alguna o algunas de las personas que en él intervengan.
- c) Prohibir que se facilite la identidad de las víctimas, de los testigos o peritos o de cualquier otra persona que intervenga en el juicio».

Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las comunidades autónomas «asegurarán una formación general y específica, relativa a la protección de las víctimas en el proceso penal» y los colegios de abogados y procuradores «impulsarán la formación y sensibilización de sus colegiados en los principios de protección de las víctimas» (artículo 30); el Gobierno y las comunidades autónomas «aprobarán los Protocolos que resulten necesarios para la protección de las víctimas» y los colegios profesionales «promoverán igualmente la elaboración de Protocolos de actuación que orienten su actividad hacia la protección de las víctimas» (artículo 31).

La responsabilidad de los medios de comunicación en la preservación de los derechos de los menores víctimas es evidente. Pese a las dificultades que presenta la regulación de este ámbito y a los diversos derechos fundamentales en juego, el Estatuto de la víctima –quizás de manera escueta- ha querido establecer un mandato claro en el artículo 34: «Estos derechos deberán ser respetados por los medios de comunicación social». Para hacer efectivo el cumplimiento de este deber no se establecen sanciones nuevas, sino un mandato a los poderes públicos: «fomentarán campañas de sensibilización social en favor de las víctimas, así como la autorregulación de los medios de comunicación social de titularidad pública y privada en orden a preservar la intimidad, la dignidad y los demás derechos de las víctimas».

La ambición del nuevo Estatuto exige un fuerte compromiso de todos los poderes públicos concernidos. No obstante, la disposición adicional segunda dice que «las medidas incluidas en esta ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal», lo que augura dificultades de aplicación.

6 CONCLUSIONES

- 1 Examinados los parámetros internacionales y europeos fundamentales, puede concluirse que la normativa española, una vez publicada la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, está sustancialmente adaptada a dichos parámetros en lo que se refiere a la escucha del menor víctima o testigo.

Han de mencionarse –sin ánimo de reiterar lo explicado con más detalle en el estudio- cuatro ideas fundamentales de la escucha: que el menor se exprese libremente, que cuente con información para hacerlo, que la audiencia se produzca en un «entorno amigable» y que lo que diga sea tomado en consideración.

a) Libre expresión

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere al derecho de los menores a expresar libremente su opinión en todos los procesos.

Los párrafos 62 a 64 de la Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño se refieren a que debe tener la oportunidad «de ejercer plenamente su derecho a expresar libremente sus opiniones de conformidad con la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social».

En el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativa a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía se habla del derecho a presentar sus opiniones, necesidades y preocupaciones.

Conforme al artículo 1.2, segundo inciso, de la Directiva 2012/29/UE, «prevalecerá un planteamiento sensible a la condición de menor, que tenga en cuenta la edad del menor, su grado de madurez y su opinión, al igual que sus necesidades e inquietudes».

b) Información para su ejercicio

El derecho a ser oído en la Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social está directamente relacionado con el derecho a ser informado; en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativa a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía se habla también del derecho a la información sobre la causa, en el sentido más amplio, sin el que la escucha quedaría en buena medida vacía de contenido.

c) Audiencia en un «entorno amigable»

Todos los instrumentos internacionales y europeos aluden de una u otra forma a lo que pudiéramos denominar «entorno amigable de la escucha». A título de ejemplo, la Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social se refiere al derecho del menor a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia; asimismo, el artículo 24 de la Directiva 2012/29/UE establece una serie de medidas con este propósito.

d) Toma en consideración de lo que dice

Conforme a la Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, ha de prestarse «la debida consideración a las opiniones y preocupaciones del niño y, si no les es posible atenderlas, explicando al niño las causas».

En el Consejo de Europa, la *Guía sobre la justicia amigable* de 2010 se refiere al «respeto y sensibilidad» con que deben ser escuchados los niños.

Pues bien, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, consagra que «toda víctima tiene el derecho a entender y ser entendida» (artículo 4, primer inciso). El lenguaje habrá de ser claro, sencillo y accesible, teniendo en cuenta factores como la «minoría de edad» (artículo 4a). El derecho a la información de toda víctima se establece con un contenido extenso (artículo 5). La Fiscalía vela por la protección de los menores para que no les perjudique el desarrollo del proceso (artículo 19, párrafo segundo). Las medidas de protección de los artículos 25 y 26 garantizan un «entorno amigable».

En efecto, se establecen una serie de medidas de protección para la fase de investigación (artículo 25.1a, b y c) que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23.4, son aplicables a menores de edad víctimas de algún delito contra la libertad o indemnidad sexual. Se trata de que «se les reciba declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas», «que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda» y «que todas las tomas de declaración a una misma víctima le sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un juez o un fiscal». Asimismo, de conformidad con el artículo 26.1a, «las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio»; este último artículo es aplicable a todos los procesos con menores víctimas. Se trata de medidas que habrá de aplicar tanto la policía como jueces y fiscales, formuladas en términos imperativos cuya puesta en práctica exige necesariamente adoptar decisiones en cuanto a medios

personales (suficiente personal y formación del mismo) y materiales (instalaciones).

En el marco del artículo 24.3, se evaluarán las necesidades de cada menor víctima y esta evaluación individual «tomará en consideración sus opiniones e intereses». Las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal – en preceptos como el artículo 433 párrafo cuarto, 448 párrafo tercero, 681.3 o 707 párrafo segundo, entre otros- o la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, constituyen elementos claves del sistema.

Como consideración crítica hay que indicar que no se recoge expresamente la previsión, como pide la Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, de que se expliquen al niño las causas por las que no se ha atendido a sus opiniones y preocupaciones. No obstante, cabe la interpretación de que así debe ser teniendo en cuenta la amplitud del derecho a la información, que incluye la indicación de los cauces para comunicarse con la autoridad (artículo 5.1j) y el espíritu que encierra en su conjunto el Estatuto de la víctima.

Los déficits que, de hecho, se detectan no obedecen, pues, a insuficiencias normativas sino a limitación de medios personales y materiales.

- 2 La escucha del menor ha de efectuarse al mismo tiempo que se mantiene el principio de contradicción en el proceso y las garantías de defensa del justiciable.
- 3 Debe permitirse al menor víctima de delito denunciar por sí solo para hacer efectiva una participación completa y plena en el proceso judicial, sin perjuicio de que se le dote de mecanismos de apoyo para este propósito.
- 4 Los menores víctimas de delitos tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita con independencia de su situación económica, si bien no existe un turno de oficio específico de abogados para atender a los menores víctimas, como sí los hay para los menores infractores o las víctimas de violencia de género.
- 5 La primera atención policial a la víctima es esencial (recepción, manera de preguntar). Ha de evitarse tanto el riesgo de sobreseimiento por falta de pruebas como la denominada «segunda victimización». Es necesario crear espacios no hostiles para realizar la exploración del menor por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o para recibir su testimonio; los uniformes, las armas, la estética de los edificios, cohiben al menor.
- 6 Cuando se trata de menores de corta edad, es un riesgo posponer la declaración o incluso repetirla nuevamente en la fase de juicio oral ante un tribunal, porque los recuerdos que tendrá el menor serán los últimos y estos estarán alterados por el transcurso del tiempo.

- 7 La especialización policial es esencial para el adecuado tratamiento de los menores víctimas de delitos, así como la implantación de la misma en todos los territorios y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- 8 Con independencia de la existencia de especialización policial en los distintos cuerpos, lo cierto es que, con gran frecuencia, quien interviene en primer lugar en situaciones de menores víctimas es la patrulla de seguridad ciudadana, de ahí la necesidad de una formación básica sobre estos temas para que sus componentes sepan lo que tienen que hacer y cómo hacerlo desde un primer momento.
- 9 El ofrecimiento de acciones que ha de ser realizado por la policía a la víctima de todo delito se lleva a cabo con normalidad, pues está integrado en las prácticas de los diversos cuerpos policiales; además, al presentar la denuncia, el formulario específico establecido al amparo de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, se imprime de forma automática para ser entregado al denunciante. Cuestión distinta es el lenguaje técnico utilizado, tanto en el ofrecimiento de acciones como en las previsiones contenidas en esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lenguaje difícilmente comprensible para un menor. Ello refuerza la importancia de las Oficinas de asistencia a las víctimas, que en este caso se encargarían de explicar y aclarar las dudas que puedan surgir con un tipo de lenguaje que asegure la comprensión de los derechos del menor.
- 10 Al menor no se le informa expresamente en la policía de que no está obligado a declarar contra determinados familiares, lo que puede empañar la eficacia procesal de la declaración si la denuncia es contra alguno de ellos. El artículo 416.1 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que los testigos al ser oídos en declaración deben ser advertidos por el juez instructor de que pueden acogerse al artículo 416.1 párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el sentido de estar exonerados de declarar por parentesco.
- 11 Sobre el asunto del acompañamiento al menor para realizar la declaración, las directrices emanadas de la Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas mencionan la necesidad de acompañamiento en todo momento⁵⁵. Existen razones sólidas tanto a favor como en contra de la presencia de los padres, por lo que lo fundamental será tener en cuenta las circunstancias del caso concreto.

⁵⁵ Así, Directriz 25b: «Que personal de apoyo, incluidos especialistas y los familiares apropiados, acompañen al niño mientras presta testimonio».

- 12 En general, se procura que víctima y autor no se encuentren en dependencias policiales, cuidando que las citaciones impidan una posible coincidencia.
- 13 Aunque todos los profesionales consultados comparten la idea de que el niño debe declarar el menor número de veces posible, no existe un criterio único que las cuantifique, ni que indique si es más apropiado que se tome declaración en sede policial o directamente en los juzgados. Se entiende que cada caso es distinto, resultando diferente si, al presentar la denuncia, existe autor conocido o no. Si no hay un autor conocido, los representantes de los distintos cuerpos policiales ven adecuado tomar una primera declaración a la mayor brevedad posible con el fin de poder dar inicio a la investigación. De esta forma, se obtiene un testimonio más fiable en cuanto a los recuerdos que pueda tener el menor de lo sucedido y menos contaminado por el paso del tiempo.
- 14 Si el menor, acompañado o no, acude al juzgado a presentar una denuncia, puede ocurrir que no haya ningún técnico del equipo psicosocial para atenderle, al no existir turno de guardia para este propósito, si bien su presencia ayudaría a disminuir el impacto emocional que puede suponer para el menor dicha comparecencia.
- 15 Debido a la actual situación de la mayoría de los juzgados del ámbito penal, en la práctica puede pasar mucho tiempo, incluso años, desde el comienzo del proceso hasta que se dicta sentencia, por lo que resulta altamente conveniente la preconstitución de la prueba.
- 16 La preconstitución de la prueba, practicada con todas las garantías y grabada, es un instrumento adecuado para cohonestar la prevención de la «victimización secundaria» del menor y el derecho de defensa del imputado. No obstante, es importante llevarla a la práctica en un momento procesal, por una parte, cercano a los hechos y, por otra, suficiente para que pueda constituir, en su caso, prueba de cargo, en razón de que se haya podido ejercer una defensa adecuada del imputado.
- 17 No existe un criterio uniforme en cuanto al modo en que debe preconstituirse la prueba. De las aportaciones de los asistentes a las jornadas de debate para la realización de este estudio se observa que varían las condiciones en función de la disponibilidad material de los juzgados, así como de la voluntad del juez. En todo caso, es preferible que exista una sala debidamente preparada y con la participación en la práctica de la prueba de personal especializado.
- 18 En la vista oral, si bien la escucha en la propia sala de vistas adoptando medidas de precaución (como el uso de biombos o «peceras») resulta posible para evitar el contacto físico entre menor y agresor y, al propio tiempo, garantizar la contradicción, resulta más conveniente para preservar el superior interés del niño el uso de videoconferencia desde una sala diferente. Sin

embargo, no todos los órganos judiciales disponen de instalaciones y personal suficiente para llevar a cabo esta práctica.

- 19 La preservación de la intimidad del menor víctima o testigo es una necesidad esencial y transversal que abarca desde la denuncia hasta la sentencia y aun después. No obstante, en ocasiones no se consigue dicha preservación, apareciendo datos en los medios de comunicación que permiten la identificación y causan grave daño a los niños.
- 20 El plazo de un año establecido en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual para solicitar las ayudas previstas, puede resultar insuficiente en algunos casos⁵⁶.

⁵⁶ Artículo 7. Prescripción de la acción: «1. La acción para solicitar las ayudas prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado desde la fecha en que se produjo el hecho delictivo. El plazo de prescripción quedará suspendido desde que se inicie el proceso penal por dichos hechos, volviendo a correr una vez recaiga resolución judicial firme que ponga fin provisional o definitivamente al proceso y le haya sido notificada personalmente a la víctima.

2. En los supuestos en que a consecuencia directa de las lesiones corporales o daños en la salud se produjese el fallecimiento, se abrirá un nuevo plazo de igual duración para solicitar la ayuda o, en su caso, la diferencia que procediese entre la cuantía satisfecha por tales lesiones o daños y la que corresponda por el fallecimiento; lo mismo se observará cuando, como consecuencia directa de las lesiones o daños, se produjese una situación de mayor gravedad a la que corresponda una cantidad superior».

7 RECOMENDACIONES

Al Consejo General del Poder Judicial; Fiscalía General del Estado; Ministerio de Justicia; Direcciones Generales de la Policía, de la Guardia Civil, de los Mossos d'Esquadra, de la Ertzaintza, y de la Policía Foral de Navarra; Consejerías de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de personal al servicio de la Administración de Justicia; Consejo General de la Abogacía Española, y Consejo General de Procuradores de España

- 1 Llevar a cabo programas de formación con motivo de la publicación del nuevo Estatuto de la víctima (Ley 4/2015), con especial atención a la víctima menor de edad, atendiendo a cuestiones como los nuevos derechos, forma de efectuar la declaración, motivación de las resoluciones y cualesquiera otros aspectos que fomenten la adecuada escucha del menor en el proceso penal, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del mencionado Estatuto.

Al Ministerio de Justicia y Consejerías de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia

- 2 Adoptar las medidas necesarias para disminuir el impacto emocional que supone para el menor tener que acudir al juzgado, teniendo en cuenta a estos efectos experiencias de países de nuestro entorno cultural en los que la toma de declaración se realiza en ludotecas o espacios infantiles. Si no resulta posible esta opción, al menos procurar evitar todos los formalismos que pudieran intimidar al menor, como entrar por la puerta principal de los juzgados y no disponer de una sala de espera propia y adaptada.
- 3 Dotar a todos los edificios judiciales en que se lleven a cabo juicios orales de naturaleza penal de sistemas de videoconferencia en una sala específica y distinta a la de vistas, de modo que el menor víctima o testigo de un delito, en el supuesto de que por no haberse preconstituido la prueba o por otras razones deba declarar en el juicio, lo haga por videoconferencia desde esa sala específica, la cual estará diseñada para que el menor pueda prestar la declaración en un entorno adecuado y acompañado de personas de su confianza. Esta sala también podría ser utilizada para preconstituir prueba grabada.
- 4 Crear nuevas Oficinas de asistencia a las víctimas en el territorio de su jurisdicción o, cuando menos, reforzar las existentes dotándolas de

mayores medios personales y materiales para un óptimo funcionamiento y respuesta a las necesidades sociales. En particular, se procurará que una persona al servicio de la Oficina asista al menor desde que se interpone la denuncia, tanto para mantenerle informado, como para ser su persona de contacto y apoyo, y le acompañe en las fases policial, de preconstitución de la prueba y en el juicio.

- 5 Que se adopten las medidas necesarias para que los miembros de los equipos psicosociales se turnen en la realización de las guardias como el resto del personal del juzgado, todo ello en defensa del superior interés del menor víctima o testigo en un proceso penal.
- 6 Proponer la inclusión en el proyecto de Ley de Presupuestos para 2016, correspondiente al ámbito territorial de su competencia, de las partidas necesarias para la plena satisfacción de los derechos de los menores víctimas de delitos, establecidos en el Estatuto de la víctima (Ley 4/2015).

A la Fiscalía General del Estado

- 7 Adoptar las iniciativas necesarias para evitar el conocimiento público de la identidad de los menores víctimas de delito en los procesos penales, tanto en la instrucción como en el juicio, a la luz de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo segundo, del Estatuto de la víctima (Ley 4/2015), en cuya virtud «en el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario, para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso».
- 8 Adoptar las iniciativas necesarias para que en todos los casos se procure evitar la confrontación visual de los menores testigos de delitos con el inculpado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción dada por el Estatuto de la víctima (Ley 4/2015), teniendo en cuenta que en dicho artículo se configura como posibilidad y no como obligación.

Al Ministerio de Justicia

- 9 Fomentar campañas de sensibilización social a favor de los derechos de los menores víctimas de delitos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Estatuto de la víctima (Ley 4/2015).
- 10 Impulsar la reforma del artículo 7 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual para

ampliar el plazo de prescripción de la acción para solicitar las ayudas previstas en dicha ley.

Al Ministerio de la Presidencia

- 11 Fomentar la autorregulación de los medios de comunicación social de titularidad pública y privada en orden a preservar la intimidad, la dignidad y los derechos de las víctimas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Estatuto de la víctima (Ley 4/2015).

A las Direcciones Generales de la Policía, Guardia Civil, Mossos d'Esquadra, Ertzaintza y Policía Foral de Navarra

- 12 Garantizar en la investigación policial de delitos cometidos contra menores la estricta preservación de la intimidad del niño, en concreto, que no aparezcan en los expedientes sus datos personales ni su filiación, utilizando a este propósito algún tipo de código o clave, sin perjuicio del traslado de dichos datos en sobre cerrado a la autoridad judicial en el momento procesal oportuno.
- 13 Grabar todas las declaraciones en sede policial de menores víctimas de delito, cuando menos en audio, aunque no sirviese para preconstituir prueba al no dar lugar a la contradicción, con el fin de proteger el testimonio del menor que en ese momento no está contaminado por posteriores intervenciones o falsos recuerdos.
- 14 Atender en sede policial a los menores víctimas de delito, a través de agentes que no vayan uniformados.
- 15 Adoptar todas las medidas necesarias para que los menores víctimas de delito y los presuntos autores no coincidan en sede policial en los mismos espacios o al mismo tiempo.
- 16 Adoptar las medidas necesarias para facilitar que el menor, si lo desea, pueda presentar sin necesidad de acompañamiento denuncias en comisarías y otras instalaciones policiales, sin perjuicio de que se le dote de mecanismos de apoyo para este propósito.
- 17 Reforzar la especialización policial para la atención de los menores víctimas de delitos.

A la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial

- 18 Impulsar entre las instituciones representadas en esa Comisión Nacional la realización de un protocolo, para la escucha del menor víctima y testigo en

el proceso penal en la declaración policial y preconstitución de la prueba, válido en todo el territorio nacional, con el fin de unificar los criterios establecidos en los diversos protocolos actualmente existentes.

Al Consejo General de la Abogacía Española

- 19 Que se favorezca, en el marco de sus competencias, la especialización de los abogados del turno de oficio que vayan a asistir a los menores víctimas en un proceso penal, bien mediante la creación de turnos de oficio especializados, bien mediante secciones específicas de los turnos de oficio ya existentes.

ANEXOS

ANEXO I LISTA ABIERTA DE CUESTIONES A CONSIDERAR EN LAS JORNADAS PREPARATORIAS DE ESTE ESTUDIO

1 La escucha del niño en la fase de instrucción

1.1 *La atención policial al niño*

- 1.1.1 Especialización policial para la atención al niño.
- 1.1.2 La denuncia de hechos con niño víctima.
- 1.1.3 Diligencias del artículo 771.1^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (ofrecimiento de acciones) en conexión con los artículos 109 y 110.
- 1.1.4 La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual: deberes de información del artículo 15.
- 1.1.5 La declaración del niño en sede policial como víctima y testigo.

1.2 *La declaración del niño*

Artículo 433, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «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»⁵⁷.

- 1.2.1 Momento y número de declaraciones: declaración policial y declaración judicial.
- 1.2.2 Posibilidad o imposibilidad de declarar del niño.
- 1.2.3 Informe psicológico previo a la declaración.
- 1.2.4 Presencias obligatorias y potestativas: actuación obligatoria del fiscal; actuación potestativa de los expertos; actuación potestativa de padres, tutores o guardadores.

⁵⁷ Esta era la redacción del párrafo tercero del artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el momento de la remisión a los participantes en los debates de la lista abierta de cuestiones a considerar en las jornadas preparatorias de este estudio (otoño de 2014). Actualmente, la redacción es diferente en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015).

- 1.2.5 La grabación potestativa.
- 1.2.6 El uso de los equipos de videoconferencia como instrumento de apoyo para la prueba testifical: artículos 306 y 325 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- 1.2.7 El careo con niños (artículos 455 párrafo segundo y 713 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).
- 1.2.8 Características del interrogatorio a niños: lenguaje utilizado; narración libre *versus* preguntas; el riesgo de «sugestión por coacción implícita»; admisión de preguntas; papel de los psicólogos.

1.3 *La declaración del niño como prueba preconstituida*

- 1.3.1 Casos en que resulta aconsejable (edad, vulnerabilidad).
- 1.3.2 Forma de practicarse (artículos 448, 777.2 y 797.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).
- 1.3.3 Especial consideración del papel de los abogados para garantizar la contradicción.
- 1.3.4 Introducción de la prueba en el juicio oral (artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2 La declaración del niño en el juicio oral

- 2.1 Forma de declarar: la evitación de la confrontación visual (artículos 707 párrafo segundo y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).
- 2.2 Medios para evitar la confrontación visual: videoconferencia, mamparas...
- 2.3 Otras medidas: juicio a puerta cerrada, evitación de esperas, señalamientos...
- 2.4 La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

3 La valoración de la declaración del niño

- 3.1 Criterios generales: edad, entorno familiar, prueba pericial psicológica sobre la credibilidad de la declaración.
- 3.2 Pautas jurisprudenciales: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud, persistencia de la incriminación.
- 3.3 El recurso a testigos de referencia cuando el niño no puede declarar (artículos 417.3º y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

ANEXO II PARTICIPANTES EN LAS JORNADAS DE TRABAJO PREPARATORIAS DEL ESTUDIO

PARTICIPANTES	PUESTO	JORNADA
Álvarez Ramos, Fernando	Coordinador del equipo psicosocial judicial. Departamento de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco	3
Arana Azparren, Gonzalo	Abogado designado por el CGAE	1
Arco Fernández, Marta del	Jefa de sección de centros de menores. Servicio de Infancia, Familia y Adolescencia de la Dirección General de Políticas Sociales del Principado de Asturias	3
Barceló Tamayo, Ana Rosa	Coordinadora del equipo técnico de familia de Alicante	3
Becerril, Soledad	Defensora del Pueblo	1, 3, 4 y 5
Calvo Blanco, Elena	Asesora del Comité Español de UNICEF	1
Casanovas Andradass, David	Inspector Jefe de la Unidad Central de Menores de los Mossos d'Esquadra	2
Claveguera i Vilà, Joaquim	Director General de Ejecución Penal y Justicia Juvenil de la Generalitat de Cataluña	3
Díaz López, Pablo	Inspector Jefe del GRUME de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Santa Cruz de Tenerife del Cuerpo Nacional de Policía	2
Erramun Arrese, Patxi	Agente Especialista en Delitos Informáticos de la Ertzaintza	2
Esquivias Jaramillo, José Ignacio	Fiscal Decano. Fiscal Delegado de Menores Provincial de Madrid	4

PARTICIPANTES	PUESTO	JORNADA
Fernández Cuco, Óscar	Jefe de Investigación de la Comisaría de Gernika-Lumo de la Ertzaintza	2
Fernández Goñi, Ángel	Inspector del Área de Investigación Criminal de la Policía Foral de Navarra	2
Fernández Salagre, José Andrés	Inspector Jefe del GRUME de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Madrid del Cuerpo Nacional de Policía	2
Ferrer García, Ana María	Magistrada de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo	5
Ferrer i Casals, Concepció	Adjunta Segunda del Defensor del Pueblo	1, 2, 4 y 5
Gálvez García, María Ángeles	Equipo de asesoramiento a Juzgados y Fiscalía de Menores de Madrid	3
García Ingelmo, Francisco Manuel	Fiscal adscrito a la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores de la Fiscalía General del Estado	4
García Pascual, Javier	Abogado designado por el CGAE	1
García-Vilanova Comas, Mercedes	Secretaria General de la Confederación por el Mejor Interés de la Infancia	1
García Sol, Jaume	Sargento de la Unidad de Menores de los Mossos d'Esquadra	2
Girón Girón, Elena	Técnica del Programa de Infancia en Dificultad Social y Coordinadora del Servicio Social Internacional de Cruz Roja	1
Gómez Rodríguez, Teresa	Psicóloga de los equipos de familia de los Juzgados de Sevilla	3
González Ibáñez, Francisco Javier	Policía de la Comisaría General de Policía Judicial del Cuerpo Nacional de Policía	2
Hernández García, Caridad	Magistrada de la Audiencia Provincial de Madrid	5

PARTICIPANTES	PUESTO	JORNADA
Igual Garrido, Carlos	Capitán de la Unidad Técnica de Policía Judicial. EMUME. Guardia Civil	2
Jiménez Gámez, Guillermo	Abogado designado por el CGAE	1
Jiménez Rodríguez, Andrés	Técnico jefe del Área de Seguridad y Justicia del Defensor del Pueblo	T
Mañanes Zamora, María Belén	Psicóloga de equipos técnicos de los Juzgados de Familia de Santa Cruz de Tenerife	3
Marín Rodríguez, Carmen	Técnica del Área de Seguridad y Justicia del Defensor del Pueblo	T
Mata Mayrand, Leticia	Directora del teléfono ANAR	1
Mayor Rodrigo, Elena	Magistrada y Asesora de la Secretaría de Estado del Ministerio de Justicia	3
Muñiz Lorenzo, María	Psicóloga forense adscrita al Instituto de Medicina Legal de Navarra	3
Pajares Cava de Llano, Ana María	Técnica del Área de Seguridad y Justicia del Defensor del Pueblo	T
Páramo de Santiago, Casto	Fiscal Coordinador de la Protección de los Menores en la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Madrid	4
Peláez Pérez, Vicente	Abogado designado por el CGAE	1
Peláez Solís, Filomena	Abogada designada por el CGAE	1
Perazzo Aragoneses, Catalina	Analista Jurídico de los Derechos de la Infancia de Save the Children	1
Pinilla Cabanillas, Cristina	Capitán de la Unidad Técnica de Policía Judicial, Sección de Análisis de Conducta Delictiva de la Guardia Civil	2

PARTICIPANTES	PUESTO	JORNADA
Raposo Ojeda, Raquel	Psicóloga forense. Equipo de Evaluación e Investigación de Casos de Abuso Sexual. Sevilla	3
Rasillo López, María Pilar	Magistrada de la Audiencia Provincial de Madrid	5
Rodríguez del Val, Juan Pedro	Fiscal adscrito a la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores de la Fiscalía General del Estado	4
Rodríguez García, Carmen	Asesora de la Confederación por el Mejor Interés de la Infancia	1
Ruiz Rodríguez, Pilar	Trabajadora social adscrita al Juzgado Decano de Logroño	3
Salinas Íñigo, Antonio María	Jurista de centros de internamiento de menores infractores de la Fundación Diagrama	1
Tallón Díaz, Carlos Alberto	Inspector Jefe del SAF de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Las Palmas de Gran Canaria del Cuerpo Nacional de Policía	2
Torres Díez-Madroñero, María Antonia de	Magistrada del Juzgado de Instrucción número 10 de Madrid	5
Velasco Castrillo, Teresa	Trabajadora social adscrita al Instituto de Medicina Legal de Cantabria	3
Zamorano Val, Carlos	Cabo del Área de Investigación Criminal de la Policía Foral de Navarra	2

T Asistente a todas las jornadas.

- 1 Asistente a la primera de las jornadas (5 de noviembre de 2014), que contó con la asistencia de abogados seleccionados por el Consejo General de la Abogacía Española y representantes de organizaciones sociales.
- 2 Asistente a la segunda de las jornadas (12 de noviembre de 2014), que contó con representantes enviados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con competencias de policía judicial: Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía, Mossos d'Esquadra, Ertzaintza y Policía Foral de Navarra.

- 3 Asistente a la tercera de las jornadas (19 de noviembre de 2014), que contó con representación del Ministerio de Justicia y de los equipos psicosociales adscritos a órganos judiciales designados por las comunidades autónomas con competencias en medios personales y materiales de la Administración de Justicia.
- 4 Asistente a la cuarta de las jornadas (26 de noviembre de 2014), que contó con la presencia de fiscales, designados por la Fiscalía General del Estado.
- 5 Asistente a la quinta de las jornadas (3 de diciembre de 2014), que contó con la presencia de jueces seleccionados por el Consejo General del Poder Judicial.