

## **LA DECLARACIÓN TESTIFICAL DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE HECHOS DELICTIVOS<sup>1</sup>.**

**I. Introducción. II. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de junio de 2005 (caso Pupino). III. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: derecho a un proceso justo y declaración de testigos menores de edad. III.1. La no preceptividad de la declaración del menor víctima de delito en el acto del juicio oral: STEDH caso S. N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002. III.2. La declaración de los testigos menores de edad en el acto del juicio oral sin confrontación visual con el acusado: Decisión TEDH caso BELLERÍN contra España, de 4 de noviembre de 2003. IV. Análisis de Derecho Comparado: modalidades de exploración de los menores como testigos en el proceso penal. IV.1. Italia. IV.2. Alemania. IV.3. Francia. V. La protección de menores víctimas de delito en el proceso penal español. V.1. Regulación legal vigente. V.2. Regulación contenida en el Anteproyecto de LECrim de 2011. VI. Conclusiones.**

### **I. Introducción**

La situación de especial vulnerabilidad de las víctimas menores de edad, singularmente en el caso de niños en edad preescolar y preadolescentes, exige la introducción de medidas de protección especiales y/o adicionales encaminadas a prevenir la victimización secundaria derivada de su participación como testigos en el proceso penal. Entre dichas medidas destacan por su importancia aquellas relacionadas con la forma de llevar a cabo su testimonio o declaración testifical. Además de una finalidad protectora, la regulación legal de la declaración de menores debe tener, también, como objetivo prioritario la obtención de información lo más fiable y atendible posible para garantizar un mejor esclarecimiento de los hechos.

Por otro lado, la previsión legal de dichas medidas de protección debe ser respetuosa con las exigencias derivadas del reconocimiento del derecho al proceso debido, especialmente las derivadas del derecho de defensa y de la garantía de contradicción en la producción y práctica de la prueba. El respeto a dichas exigencias es un límite que no puede ni debe sobrepasarse nunca, sin que pueda colocarse al imputado o acusado en una situación de intolerable desventaja en el proceso penal. Ello obliga a buscar un adecuado –aunque, a veces, difícil- equilibrio entre la exigencia de respeto del derecho al proceso debido y la necesidad de protección especial en el proceso penal de las víctimas menores de edad.

En el presente trabajo se examinan dos resoluciones judiciales de gran trascendencia y relevancia para el tema objeto de análisis, una dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y otra por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

---

<sup>1</sup> Este trabajo es una reelaboración de la ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, organizado por el Instituto de Estudios Europeos, Universidad de Valladolid, celebrado en Valladolid entre los días 19 y 21 de octubre de 2011.

La exposición continúa con un análisis sucinto de Derecho Comparado en algunos países europeos (Italia, Alemania y Francia), así como un examen de las disposiciones legales y medidas de protección existentes en el proceso penal español, tanto en su regulación legal vigente como en la contenida en el Anteproyecto de nueva LECrim presentado este año 2011 por el Ministerio de Justicia.

En el último apartado, bajo el epígrafe de *Conclusiones*, se formulan una serie de propuestas sobre la forma en que debería tomarse declaración a un menor de edad y su introducción en el acto del juicio oral como prueba anticipada o anticipo probatorio, destacando la compatibilidad de dichas medidas con el necesario respeto a los derechos del imputado derivados del reconocimiento del derecho al proceso debido.

## **II. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de junio de 2005 (caso Pupino)**

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), de fecha 16 de junio de 2005, dictada en el conocido como caso *Pupino* (C-105/03), tuvo su origen en una cuestión prejudicial planteada, con arreglo al art. 35 del Tratado de la Unión Europea, por un Juez italiano, relativa a la interpretación de los arts. 2<sup>2</sup>, 3<sup>3</sup> y 8<sup>4</sup> de la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, *relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*.

La cuestión se planteó en el marco de un proceso penal seguido contra María Pupino, maestra de parvulario, acusada de un delito de “abuso de medidas disciplinarias” por haber maltratado y causado lesiones a varios alumnos menores de cinco años. Durante la fase de investigación el Ministerio Fiscal solicitó que el Juez de Garantía tomara declaración a ocho niños, testigos y víctimas de los delitos objeto de imputación, mediante *incidente probatorio* (prueba anticipada) sobre la base de lo

---

<sup>2</sup> Dicho art. 2 proclama que “1. Los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal. Seguirán esforzándose por que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, y reconocerán sus derechos e intereses legítimos en particular en el marco del proceso penal. 2. Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación”.

<sup>3</sup> Dicho precepto, bajo la rúbrica *Audición y presentación de pruebas*, declara que: “Los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal”.

<sup>4</sup> Precepto que bajo la rúbrica *Derecho a la protección*, proclama que: “1. Los Estados miembros garantizarán un nivel adecuado de protección a las víctimas y, si procede, a sus familiares o personas en situación equivalente, por lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad, siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar su vida privada. 2. Para ello, y no obstante lo dispuesto en el apartado 4, los Estados miembros garantizarán que, en caso necesario, sea posible adoptar, en el marco de un proceso judicial, las medidas adecuadas para proteger la intimidad o la imagen física de la víctima y de sus familiares o de las personas en situación equivalente. 3. Los Estados miembros velarán además por que, en las dependencias judiciales, pueda evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera. A tal fin, si ha lugar, los Estados miembros dispondrán progresivamente lo necesario para que las dependencias judiciales estén provistas de espacios de espera reservados a las víctimas. 4. Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho”.

dispuesto en el art. 392.1.bis CPP italiano, argumentando que la prueba no podía retrasarse hasta el acto del juicio oral dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Asimismo, el Ministerio Fiscal solicitó que se practicara la prueba con arreglo a lo previsto en el art. 398.5.bis CPP, que admite que el examen de los menores de 16 años pueda tener lugar fuera de la sede del Tribunal, en centros asistenciales especializados o, en su defecto, en el propio domicilio del menor. En tal caso, prevé dicho precepto legal, las declaraciones testificales de los menores deberán ser documentadas en su integridad con medios de reproducción fonográfica y audiovisual. Para el caso de no disponer de aparatos de grabación o de personal técnico, el Juez recurrirá a peritos o recabará asesoramiento técnico. La representación procesal de la Sra. Pupino se opuso a dicha solicitud alegando que el caso no se correspondía con ninguno de los supuestos (delitos) previstos en el art. 392.1.bis CPP, dado que el *incidente probatorio* de menores de 16 años solo estaba previsto legalmente para el caso de delitos contra la libertad sexual y/o de carácter sexual.

A la vista de la anterior regulación nacional el Juez decidió plantear cuestión prejudicial por albergar dudas sobre la compatibilidad de los mencionados arts. 392.1.bis y 398.5.bis CPP con los mencionados arts. 2, 3 y 8 de la Decisión Marco de 2001, en cuanto limitaban la práctica del *incidente probatorio* a los delitos contra la libertad sexual y/o de carácter sexual, sin prever su aplicación a otro tipo de delitos cuando la víctima fuera menor de edad, como los que eran objeto de imputación en el proceso.

La sentencia estableció que el carácter vinculante de las Decisiones Marco [art. 34.2.b) Tratado de la UE] conllevaba para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos judiciales nacionales, la obligación de “interpretación conforme del Derecho nacional”<sup>5</sup>.

En relación con los términos de la cuestión prejudicial planteada la sentencia señala que si bien la Decisión Marco no define el concepto de vulnerabilidad de la víctima a efectos de sus arts. 2.2 y 8.4, sin embargo “con independencia de la cuestión de si el hecho de que la víctima de una infracción penal sea un menor basta, en general, para calificarla de especialmente vulnerable en el sentido de la Decisión marco, no cabe negar que cuando, como en el asunto principal, niños de corta edad alegan haber sufrido malos tratos, por parte, además, de una maestra, dichos niños pueden ser objeto de tal calificación habida cuenta, en particular, de su edad, así como de la naturaleza y consecuencias de las infracciones de las que consideran haber sido víctimas, a fin de disfrutar de la protección específica exigida en las disposiciones anteriormente citadas de la Decisión marco” (apartado 53).

---

<sup>5</sup> Como puso de manifiesto MANES, V., “La incidencia de las “Decisiones Marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9-7, 2007, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>, pág. 4, con dicha sentencia el instrumento jurídico de la Decisión Marco recibió una sensible potenciación, si no una auténtica *upgradation*, en un contexto de progresiva “comunitarización” del Tercer Pilar. Vid., también, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones-marco: ¿hacia el efecto directo?: especial referencia al caso Pupino”, en AA.VV., *El derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Directores: Arroyo Zapatero y Nieto Martín, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, págs. 291 y ss.

Sigue razonando la sentencia que “... la consecución de los objetivos perseguidos por las disposiciones anteriormente citadas de la Decisión marco exige que un órgano jurisdiccional nacional tenga la posibilidad de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, un procedimiento especial, como el incidente de práctica anticipada de la prueba previsto en el Derecho de un Estado miembro y las formas particulares de declaración asimismo previstas, cuando dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública” (apartado 56).

Más adelante, tras destacar que la Decisión Marco debe interpretarse de modo que se respeten los derechos fundamentales, en particular el derecho a un proceso equitativo recogido en el art. 6 CEDH (apartado 59), añade que: “Suponiendo que el recurso al incidente de práctica anticipada de la prueba y la audición según las formas particulares previstas por el Derecho italiano sean posibles en el caso de autos, habida cuenta de la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional, corresponde al órgano jurisdiccional remitente cerciorarse de que la aplicación de dichas medidas no pueda hacer que el proceso penal contra la Sra. Pupino, considerado en su conjunto, no sea equitativo en el sentido del artículo 6 del Convenio, tal y como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [véanse, en particular, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de diciembre de 2001, P.S. c. Alemania; de 2 de julio de 2002, S.N. c. Suecia (*Reports of Judgments and Decisions* 2002-V); de 13 de febrero de 2004, Rachdad c. Francia, y resolución de 20 de enero de 2005, Accardi y otros c. Italia, demanda n° 30598/02]” (apartado 60). Para concluir que: “A la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta. El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión marco” (apartado 61).

Como se apunta más adelante, resuelta la cuestión prejudicial el juez nacional italiano autorizó finalmente la celebración del incidente probatorio en los términos previstos en los arts. 392.1.bis y 398.5.bis CPP, tras examinar que con su utilización no se vulneraba el derecho al proceso debido.

### **III. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: derecho a un proceso justo y declaración de testigos menores de edad**

Son varias las ocasiones en que el TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la declaración de menores de edad como testigos en el proceso penal y su compatibilidad con las exigencias derivadas del derecho al proceso justo o equitativo (art. 6.1 CEDH), singularmente con la garantía de contradicción que consagra el art. 6.3.d) CEDH<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Dicho art. 6.3.d) CEDH proclama que “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: ....  
d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el

Del contenido de dicho precepto se infieren tres exigencias fundamentales en el ámbito de la prueba testifical:

1ª. La convocatoria o citación de los testigos de descargo en las mismas condiciones que los de cargo.

2ª. El interrogatorio de los testigos de descargo en las mismas condiciones que los de cargo.

3ª Y, en todo momento, la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo.

En la doctrina española, LÓPEZ ORTEGA nos dice que en el art. 6.3.d) se subraya la trascendental función del principio de contradicción en el juicio oral, al producirse la prueba reconociendo a favor del acusado el derecho a combatir todas las pruebas presentadas por la acusación<sup>7</sup>.

No obstante, la garantía de contradicción y sus exigencias en el ámbito del interrogatorio de testigos se ha visto sometida a determinadas modulaciones y matizaciones cuando se trata de la declaración como testigos de menores de edad.

A continuación se exponen algunos casos analizados por el TEDH relacionados con la declaración de testigos menores de edad.

*III.1. La no preceptividad de la declaración del menor víctima de delito en el acto del juicio oral: STEDH caso S. N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002.*

La intervención en el proceso penal como testigo de los menores de edad víctimas de delito ha sido, siempre, una cuestión polémica no solo en el seno de la comunidad jurídica sino, también, en la sociedad en general. Algunas decisiones judiciales acordando la preceptividad de la presencia de los menores en el acto del juicio oral para ser sometidos, a presencia del acusado, al interrogatorio cruzado de las partes han tenido un amplio eco en los medios de comunicación social. Resulta interesante por ello analizar el contenido de la STEDH dictada en el caso S. N. pues permite defender con base en las propias exigencias del proceso debido no solo la no confrontación visual del menor con el acusado, sino la no necesidad de presencia de los menores como testigos en el acto del juicio oral para ser sometidos al interrogatorio cruzado de las partes, siempre que se cumpla determinadas condiciones. El TEDH modula el alcance

---

interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que a los testigos que lo hagan en su contra”. El TEDH ha destacado la íntima conexión existente entre las garantías enumeradas en el art. 6.3.d) y la noción de proceso equitativo proclamada en el art. 6.1 del Convenio. Según una consolidada doctrina las exigencias que se proclaman en el art. 6.3.d) no son más que ciertos aspectos específicos o concretos del más amplio derecho a un proceso equitativo (*fair trial*) establecido por el art. 6.1 del CEDH: vid., por ejemplo, S TEDH caso BÓNISCH contra Austria, de 6 de mayo de 1985 (apartado 29); caso UNTERPERTINGER contra Austria, de 24 de noviembre de 1986 (apartado 29); caso BARBERÁ, MESSEGUÉ y JABARDO contra España, de 6 de diciembre de 1988 (apartado 67).

<sup>7</sup>LÓPEZ ORTEGA, J. J.; “Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales de la jurisprudencia europea”, en AA.VV., *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 264.

de la garantía de contradicción, en particular en su manifestación de intervención directa del acusado o su letrado en el interrogatorio del testigo menor de edad<sup>8</sup>.

Una síntesis de los hechos permite destacar, como más relevantes a los efectos del presente análisis, los siguientes:

El procedimiento penal del que trae causa esta sentencia se inició para investigar la comisión de un posible delito de abuso sexual presuntamente cometido por el demandante en la persona de un menor de edad (de 10 años), identificado como M. Durante la investigación policial el menor-víctima fue interrogado en dos ocasiones por la policía. El primer interrogatorio policial fue grabado en video. Durante esta primera entrevista los padres del menor y un representante de los Servicios Sociales permanecieron en una sala adyacente. En aquel momento, el demandante no había sido informado de las sospechas que recaían sobre él por lo que no se le había designado ningún abogado. El segundo interrogatorio del menor fue solicitado por el Letrado del demandante, una vez designado, celebrándose en el domicilio de los padres de M. Esta segunda entrevista fue grabada en cinta de audio, estando presentes los padres del menor. En la misma no estuvo presente el letrado del menor ni tampoco el letrado del demandante, quien estuvo de acuerdo en que se podía llevar a cabo la entrevista sin su participación. En ambas ocasiones el interrogatorio fue realizado por el mismo funcionario de policía, quien desde hacía unos 6 años venía trabajando exclusivamente en investigaciones referentes a malos tratos y abusos sexuales de menores. Con carácter previo al segundo interrogatorio, el inspector detective y el abogado del demandante mantuvieron una entrevista al objeto de concretar que aspectos del caso era necesario abordar durante el interrogatorio del menor. Después del mismo el abogado del demandante escuchó la cinta de audio del interrogatorio, y se le entregó una transcripción, y entendiendo que los puntos planteados en su solicitud habían sido cubiertos no solicitó la celebración de un nuevo interrogatorio.

En el acto del juicio oral el demandante negó los cargos. Durante el mismo se procedió a mostrar el vídeo del primer interrogatorio de M., así como se escuchó la grabación del segundo interrogatorio. También se interrogó, como testigos, a la madre del menor y a su profesor, quien al tener sospechas de que M. pudiera haber sido objeto de abusos sexuales había puesto los hechos en conocimiento de los Servicios Sociales. Ninguna de las partes solicitó que el menor M. fuera interrogado en persona. El Tribunal de instancia condenó al demandante a 8 meses de prisión, basándose fundamentalmente en las declaraciones del menor M., estimando acreditado que, en un gran número de ocasiones, había tocado el pene del menor o le había masturbado y había inducido a dicho menor a tocarle el pene y a masturbarle.

En segunda instancia se volvió a oír al demandante, así como a la madre de M. y a su profesor. Se procedió, también, a visionar el video del primer interrogatorio del menor así como a escuchar la cinta del segundo. Tampoco en esta ocasión el demandante solicitó que M. declarara durante la vista. El Tribunal de apelación confirmó la sentencia condenatoria, aunque redujo la pena a 3 meses de prisión. Argumentó en la sentencia que la información facilitada por el menor era, en algunas

---

<sup>8</sup> Un comentario a dicha sentencia puede verse en HERNÁNDEZ GARCÍA, J., y MIRANDA ESTRAMPES, M., “¿Deben declarar los menores victimizados en el acto del juicio oral? (A propósito de la STEDH caso S. N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002)”, *La Ley*, núm. 6335, 7 de octubre de 2005, págs. 1 y ss.

partes, vaga e incierta y que algunas de las preguntas que se le habían formulado eran de las que sugerían la respuesta deseada, a pesar de lo cual, a juicio del Tribunal, dichas declaraciones no debían menospreciarse<sup>9</sup>.

El demandante acudió ante el Tribunal Supremo denunciando que su letrado en ningún momento había podido interrogar al menor, criticando, además, la manera en que M. había sido interrogado y el hecho de que sus afirmaciones eran vagas y contradictorias. El TS denegó al demandante su derecho a recurrir.

En su demanda el Sr. S. N. se quejaba de que no había tenido un juicio justo porque no había tenido la oportunidad de interrogar al menor M., basando su pretensión en la vulneración de los arts. 6.1 y 6.3.d) CEDH<sup>10</sup>.

El TEDH reitera que, aunque, como regla general, las pruebas deben ser practicadas en presencia del acusado en una audiencia pública (*public hearing*) para poder tener un debate basado en el principio de contradicción (*adversarial argument*)<sup>11</sup>, reconoce que la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase sumarial (investigación policial y/o judicial) no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3.d) del art. 6 CEDH, siempre que se respeten los derechos de la defensa<sup>12</sup>. Tales derechos exigen, como norma, que el acusado tenga una oportunidad adecuada y correcta de impugnar e interrogar a un testigo que declare en su contra, bien en el momento de prestar declaración bien en una fase posterior del procedimiento (apartado 44)<sup>13</sup>. El TEDH también llama la atención sobre el hecho de que el art. 6 CEDH no concede al acusado un derecho ilimitado a que se le garantice la presencia de testigos ante el Tribunal, correspondiendo a los Tribunales nacionales decidir si es necesario o conveniente escuchar a un testigo (apartado 44)<sup>14</sup>.

Dado que, como constata el TEDH, las declaraciones del menor M. fueron la prueba decisiva sobre la que los Tribunales nacionales suecos fundamentaron la declaración de culpabilidad del demandante, debe procederse a examinar si tuvo la oportunidad adecuada de ejercer sus derechos de defensa en los términos exigidos por el art. 6 CEDH (apartado 46). En este punto el TEDH advierte de las especiales características que presentan los procedimientos penales relativos a delitos sexuales, porque los mismos se conciben a menudo como una experiencia difícil y terrible para las víctimas, especialmente cuando se trata de menores de edad. Para valorar si en

---

<sup>9</sup> Véase el apartado 18 de la sentencia, en donde se recoge con detalle la argumentación del Tribunal de apelación.

<sup>10</sup> Véase, más ampliamente, apartados 39-42 de la sentencia comentada.

<sup>11</sup> Este principio ya se había proclamado, con anterioridad, en la STEDH caso BARBERÁ, MESSEGUÉ y JABARDO contra España, de 6 diciembre 1988, en cuyo apartado 78 se declaraba que: “del objeto y finalidad del artículo 6 y de la redacción de algunos párrafos del apartado 3º, se derivan, por lo demás, la facultad del acusado de tomar parte en el juicio y su derecho a que su causa se vea por un Tribunal que se reúna estando él presente. De ello deduce el Tribunal que, en principio, la prueba debe practicarse ante el acusado en audiencia pública, para que exista un debate contradictorio”. En la misma línea se pronuncian, entre otras, SSTEDH caso KOSTOVSKI contra Países Bajos, de 20 noviembre 1989, apartado 41; caso ASCH contra Austria, de 26 abril 1991, apartado 27.

<sup>12</sup> SSTEDH caso ISGRÓ contra Italia, de 19 febrero 1991, apartado 34; caso LÜDI contra Suiza, de 15 junio 1992, apartado 47.

<sup>13</sup> Véase, también, SSTEDH caso DELTA contra Francia, de 19 diciembre 1990, apartado 37; caso SÄIDI contra Francia, de 20 septiembre 1993, apartado 43; caso FERRANTELLI y SANTANGELO contra Italia, de 7 agosto 1996, apartado 51; caso A. M contra Italia de 14 diciembre 1999, apartado 25.

<sup>14</sup> Véase STEDH caso BRICMONT contra Bélgica, de 7 julio 1989, apartado 89.

dichos procedimientos el acusado ha tenido o no un juicio justo se debe tener en cuenta, también, el derecho al respeto de la vida privada y familiar de la víctima<sup>15</sup>. Desde esta óptica, el TEDH admite que en este tipo de procedimientos penales puedan adoptarse determinadas medidas para proteger a las víctimas, siempre que sean compatibles con un adecuado ejercicio de los derechos de la defensa<sup>16</sup>. Para ello es fundamental que las autoridades judiciales adopten medidas tendentes a contrarrestar las dificultades con que se encontró la defensa<sup>17</sup>.

En el caso analizado, el TEDH constata que el menor M. nunca compareció ante los Tribunales, y que si bien el letrado del demandante nunca solicitó que testificara en persona, esta actitud obedeció a la existencia de una práctica forense seguida por los Tribunales nacionales suecos que se niegan a permitir testificar personalmente a los menores de 15 años de edad, por lo que el demandante, en estas circunstancias, no podría haber obtenido la comparecencia del menor en persona ante los Tribunales. Para constatar si el procedimiento seguido por las autoridades judiciales para contrarrestar adecuadamente las limitaciones impuestas al derecho la defensa y derivadas de dicha práctica jurisprudencial, el TEDH destaca los siguientes datos relevantes:

---

<sup>15</sup> No hay que olvidar que el art. 8.1 CEDH proclama que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...”.

<sup>16</sup> En este punto resulta relevante el dictamen (*report*) emitido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH) en el caso BAEGEN contra Países Bajos, de 20 octubre 1994, que en un procedimiento penal por un delito de violación cometido contra una víctima mayor de edad, admitió la posibilidad de adoptar tales medidas de protección (vid. apartado. 77). En este caso, la víctima había manifestado ante la policía su voluntad de permanecer en el anonimato por miedo a represalias. Durante la investigación judicial el Juez estimó que la solicitud de la testigo de permanecer en el anonimato estaba bien fundamentada. Durante dicho interrogatorio no estuvo presente el Letrado del demandante, pero después de su finalización se le envió una copia de la declaración de la víctima invitándole a formularle por escrito preguntas adicionales, sin que el Letrado formulara nuevas preguntas. Tampoco solicitó durante la tramitación del procedimiento que se citara a la víctima como testigo para ser oída en el juicio en su presencia, solicitándolo únicamente durante la audiencia ante el Tribunal de apelación (véase apartado 78). Por otro lado, la Comisión destaca que las declaraciones de la víctima no habían sido las únicas pruebas de cargo utilizadas para fundamentar la declaración de culpabilidad, existiendo otras declaraciones testificales, sin que, tampoco, el letrado del demandante hubiera solicitado interrogarles (apartado 79). A juicio de la ComEDH, no parece que durante el procedimiento el demandante no hubiera tenido la oportunidad de cuestionar la versión de los hechos ofrecida por la víctima o de cuestionar su veracidad (apartado. 80). En estas circunstancias no puede considerarse que el procedimiento seguido contra el demandante pueda ser considerado, en su conjunto, como injusto (no equitativo: *unfair*), descartándose la existencia de violación del art. 6.1 y 3.d) CEDH. El TEDH no llegó, sin embargo, a pronunciarse sobre el fondo del asunto (vid. STEDH de 27 de octubre de 1995).

<sup>17</sup> La sentencia que analizamos menciona dos precedentes anteriores, el caso DOORSON contra Países Bajos de 26 marzo 1996, y el caso P. S. contra Alemania de 20 diciembre 2001. En el primer caso el TEDH admitió, en un procedimiento por tráfico de drogas, la validez de las declaraciones de unos testigos anónimos cuya identidad era conocida por el Juez instructor y que habían sido interrogados en presencia del abogado del demandante quien, aunque desconocía su identidad, pudo formularles las preguntas que consideró de interés excepto aquellas que hubieran podido desvelar la identidad de los testigos. Además, para el TEDH también fue relevante en el presente caso que la declaración de culpabilidad no se basara exclusivamente o de forma decisiva en las declaraciones de los testigos anónimos. Por todo ello descartó la existencia de vulneración del art. 6.1 y 3.d) CEDH. Por su parte, la STEDH caso P. S. contra Alemania analizó un procedimiento penal por delito contra la libertad sexual cometido contra una menor de edad (8 años), identificado como S., sin que el letrado del demandante tuviera oportunidad durante el procedimiento de interrogar al referido menor. El TEDH admite que puedan adoptarse medidas que restrinjan los derechos de la defensa pero sólo si son estrictamente necesarias. Además, en orden a asegurar el respeto del derecho a un proceso justo las dificultades causadas a la defensa por la limitación de sus derechos deben ser suficientemente contrarrestadas (*counterbalance*) por el procedimiento seguido por las autoridades judiciales (apartado. 23). Como analizo más adelante en el presente caso el TEDH apreció la existencia de una violación de las garantías del art. 6.1 y 3.d) CEDH.



a) el segundo interrogatorio policial del menor fue realizado a solicitud del propio abogado del demandante al estimar que era necesaria obtener más información.

b) ante la ausencia del letrado del menor, que al parecer no fue citado adecuadamente, el letrado del demandante estuvo de acuerdo en no estar presente durante el interrogatorio, aceptando también la manera en que se llevó a cabo dicho interrogatorio (grabación únicamente en cinta de audio, a diferencia del primer interrogatorio policial que fue grabado en video).

c) el letrado del demandante pudo, además, indicar al funcionario de policía las preguntas que quería que se realizaran durante la entrevista con el menor.

d) después de haber escuchado la cinta de audio y leído la transcripción del interrogatorio, el letrado del demandante no solicitó una ampliación del mismo, quedando aparentemente satisfecho de que las preguntas que había indicado al funcionario de policía le habían sido realmente planteadas al menor.

e) la cinta de video del primer interrogatorio policial fue mostrada durante las audiencias del juicio y en apelación. Lo recogido en el segundo interrogatorio fue leído ante el Tribunal de primera instancia, y la cinta de audio fue escuchada ante el Tribunal de apelación.

En función de todos estos datos, el TEDH consideró que dichas medidas debían ser consideradas suficientes para permitir al demandante impugnar, en el curso del procedimiento criminal, las declaraciones del menor a sí como su credibilidad<sup>18</sup>. Para el

---

<sup>18</sup> El caso analizado presenta notables diferencias con anteriores precedentes del mismo TEDH. Así, en la mencionada STEDH caso P. S. contra Alemania de 20 diciembre 2001, examina un supuesto donde también el menor de edad víctima de un delito de agresión sexual nunca había sido interrogado por un juez y nunca se le había concedido al demandante la posibilidad de interrogarle directamente, por haberlo decidido así el Tribunal nacional con la finalidad de proteger el desarrollo personal del menor. Sin embargo, en este supuesto, el letrado del demandante había solicitado, en los momentos iniciales, la práctica de una prueba pericial psicológica para determinar el grado de credibilidad de las declaraciones de la menor, petición que fue desestimada por el Tribunal de instancia sin que existiera, a juicio del TEDH, una razón sólida que fundamentara dicha desestimación. Si bien el Tribunal de apelación acordó la práctica de la prueba pericial psicológica, que confirmó la credibilidad de las declaraciones de la menor, sin embargo, el TEDH estimó que el hecho de haber transcurrido 18 meses entre la ocurrencia de los hechos y la decisión de práctica de dicha prueba pericial no permitió a la defensa cuestionar las manifestaciones de la menor, que habían sido incorporadas al procedimiento mediante la declaración de terceras personas (su madre y el agente de la policía que le tomó declaración en el momento de formular denuncia). Partiendo de este dato y del hecho de que las declaraciones de la menor constituían la única prueba directa del delito, siendo decisivas en la declaración de culpabilidad acordada por los Tribunales nacionales alemanes, el TEDH concluyó que la utilización de dicha prueba implicó una limitación de los derechos de la defensa contraria a las exigencias del proceso equitativo (apartados. 30-31). El otro precedente era la STEDH caso A. M. contra Italia, de 14 diciembre 1999, relativa, también, a un posible delito de abuso sexual contra un menor de edad (identificado como G.). El procedimiento se había iniciado con ocasión de la denunciada presentada por el menor ante el Departamento de Seguridad Pública de Seattle (Estados Unidos) en donde narraba que durante sus vacaciones en Italia había sido objeto de abusos sexuales por parte del demandante (A. M.), conserje de la residencia en donde estuvo alojado. La Fiscalía de Florencia remitió al Tribunal Penal de Seattle una comisión rogatoria internacional solicitando que se interrogara al menor G., así como a su padre, Sr. D., y a la médico, Sra. F., a quien el menor le había narrado lo sucedido. *En dicha comisión rogatoria se indicaba expresamente que ningún abogado estaba autorizado a asistir al interrogatorio de los testigos.* La policía interrogó al padre del menor, sin la presencia de ningún abogado, quien confirmó que su hijo había declarado haber sido objeto

TEDH el art. 6.3.d) CEDH no puede ser interpretado, en el marco de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales contra menores, como una exigencia de que, en todos los casos, las preguntas sean planteadas directamente por el acusado o su abogado, mediante repreguntas u otros medios (apartado. 52), afirmación de enorme repercusión práctica. Por todo ello el TEDH concluyó que no existió violación de los arts. 6.1 y 6.3.d) CEDH.

Dicho pronunciamiento fue objeto de una *opinión concordante* formulada por la Juez señora W. Tomasen, a la que se le une el Juez señor J. Casadevall, así como de una *opinión disidente* formulada por los Jueces señores R. Türmen y R. Maruste.

En la *opinión concordante* se insiste en la idea de que en casos de abusos sexuales el testimonio de una víctima a menudo es una prueba decisiva para la condena. Cuando en estos casos la defensa no puede, incluso por muy poderosas razones, interrogar a la víctima, la defensa está de tal manera limitada que se deben tomar medidas suficientes en los procedimientos para contrarrestar esa limitación. Aunque el procedimiento utilizado revelaba una cierta debilidad y pudiera ser considerado defectuoso, especialmente por el hecho de que ambos interrogatorios fueron llevados a cabo por la policía, *por lo que en ningún momento durante el procedimiento el menor fue oído por alguien independiente de la acusación*. Sin embargo, concluye afirmando que no existió violación del derecho a un proceso justo o equitativo por las razones siguientes: el abogado del demandante optó voluntariamente por no hacer uso de la posibilidad de asistir al segundo interrogatorio del menor, y tampoco solicitó que se grabara en video este segundo interrogatorio para poder observar cómo se llevaba a cabo y la manera en que el menor contestaba a las preguntas que se le formulaban. Por tanto, no hizo uso de la oportunidad de impugnar, sobre la base de observaciones directas de la defensa, la credibilidad de las afirmaciones del niño.

Por su parte la *opinión disidente* discrepa en cuanto a la conclusión de que no existió vulneración del derecho a un proceso justo. En su razonamiento admite que los procedimientos penales relativos a abusos sexuales de menores son muy delicados y que se deben tomar medidas muy claras para proteger a la víctima y evitar causarle más daño. Por lo tanto, la decisión de la policía y de los Tribunales de no permitir repreguntar en esas circunstancias es comprensible. Más adelante añade que, en estos casos, el *principio de repreguntas* debe ser dejado de lado. No obstante, a juicio de los jueces discrepantes, el procedimiento seguido resultaba insuficiente para contrarrestar las limitaciones sufridas por el derecho de defensa. Una medida adecuada hubiera sido

---

de abusos sexuales por parte del demandante; igualmente las autoridades norteamericanas remitieron las declaraciones por escrito de la madre del menor, que confirmó la versión de su marido, así como de la psicoterapeuta infantil que se ocupaba de los trastornos que presentaba el menor. En el acto del juicio oral no compareció ninguno de estos testigos acordándose, con la oposición del demandante, la lectura de las declaraciones documentadas remitidas por las autoridades norteamericanas. El Tribunal de instancia condenó al demandante a la pena de 2 años de prisión, basando su declaración de culpabilidad en la denuncia presentada por el menor G., y en las declaraciones realizadas por sus padres y por la psicoterapeuta infantil ante la policía norteamericana. Para el TEDH eran datos relevantes, en el presente caso, el hecho de que la condena del demandante se había basado exclusivamente en las declaraciones efectuadas en Estados Unidos ante la policía norteamericana con anterioridad al proceso, que el demandante no tuvo en ningún momento la oportunidad de rebatir a quienes le acusaban y que, además, en la comisión rogatoria se había prohibido la asistencia de abogado en los interrogatorios policiales (apartados. 26-27), por todo ello concluye que el demandante no tuvo una ocasión suficiente y adecuada para rebatir los testimonios en los que se basó su condena, por lo que se había producido una violación del art. 6.1 y 6.3.d) CEDH.

la intervención de peritos psicólogos forenses, que no sólo protegerían al niño contra daños deliberados o involuntarios causados por el procedimiento sino que además ayudarían a la policía y a los Tribunales a valorar el comportamiento y el testimonio de las víctimas. Concluyen afirmando que *creemos que la participación de expertos forenses serviría como procedimiento para contrarrestar y compensar de manera suficiente las limitaciones con las que trabaja la defensa*, medida que, sin embargo, no se cumplió en el presente caso.

La opinión de los *jueces disidentes* resulta razonable. El procedimiento hubiera obtenido una mayor *calidad* en orden a contrarrestar (*counterbalance*) las limitaciones impuestas a los derechos de la defensa si el segundo interrogatorio del menor hubiera sido realizado no por agentes policiales, quienes habían iniciado la investigación de los hechos, sino por peritos psicólogos infantiles, como así se había solicitado por el acusado en el caso P. S. contra Alemania (STEDH de 20 de diciembre de 2001), analizado con anterioridad. No se trata de una cuestión de valoración de la suficiencia del material probatorio, sino de rodear la obtención de la información de unas condiciones más adecuadas en orden a garantizar la objetividad de la diligencia. Lo anterior no neutraliza, sin embargo, la importancia y validez de la doctrina asumida por el TEDH en el caso analizado y sus repercusiones.

La sentencia S. N, ofrece estándares de compatibilidad con las exigencias del proceso justo que deben explorarse<sup>19</sup>, El acceso a la información que posee el menor, presunta víctima, en las fases previas del proceso, en un marco razonable de contradicción procesal, es posible. La utilización, a tal fin, de la prueba pericial técnica, practicada por peritos expertos e imparciales (psicólogos forenses experimentales)<sup>20</sup>, durante el desarrollo del procedimiento preliminar bajo control judicial, con la necesaria intervención de las partes en su preparación<sup>21</sup>, y en condiciones documentales, mediante grabaciones digitalizadas o videográficas<sup>22</sup>, que permitan acceder, de forma sensorial, al Tribunal juzgador a dicha información, ofrece un espacio adecuado que permite tener por cumplida con la garantía de la contradicción, sin merma alguna de las exigencias dimanantes del proceso justo o equitativo. Solución acogida normativamente en países de nuestro entorno. No solo se garantiza de esta forma la garantía de la contradicción, como garantía instrumental del derecho de defensa, sino que además se asegura la calidad epistemológica de la información obtenida durante la entrevista con el menor.

La doctrina contenida en la sentencia del TEDH caso S. N., sirve de argumento relevante para defender la no presencia de los menores en el acto del juicio oral, siempre que en la activación de los mecanismos legales de acceso a la información en fase de investigación se haya garantizado la posibilidad de contradicción para la defensa del inculcado, en los términos expuestos anteriormente.

---

<sup>19</sup> Vid. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., y MIRANDA ESTRAMPES, M., *ob. cit.*, pág. 6.

<sup>20</sup> Como advierte FÁBREGA RUÍZ, C. F., “Problemática de la declaración testifical de los menores en los procesos penales” *La Ley*, núm. 6289, 6 julio 2005, documento electrónico, pág. 4, no debería utilizarse nunca al profesional que ha sido o es terapeuta de la víctima debido a las relaciones que se generan entre terapeuta y paciente que son de naturaleza distinta a las que unen al perito forense y a la persona objeto de la pericia.

<sup>21</sup> Se propone que con carácter previo a la entrevista que el Juez convoque a las partes y al perito para fijar el objeto del interrogatorio y la información que se pretende obtener.

<sup>22</sup> Las entrevistas deberían necesariamente grabarse para poder ser reproducidas en el acto de la vista oral.

*III.2. La declaración de los testigos menores de edad en el acto del juicio oral sin confrontación visual con el acusado: Decisión TEDH caso BELLERÍN contra España, de 4 de noviembre de 2003.*

En este caso el demandante fundaba su queja en la forma como se había llevado a cabo el interrogatorio del testigo menor de edad en el acto de la vista oral al haberse desarrollado fuera de la sala de vistas para evitar la confrontación visual con el acusado, lo que a su juicio vulneraba la garantía de contradicción<sup>23</sup>.

Para comprender el fundamento de dicha medida es necesario hacer un breve resumen de los hechos. El demandante había sido acusado de matar a su esposa, de quien se encontraba separado judicialmente, y a su hija de 11 años de edad. Su otro hijo menor de edad, Pablo, de 4 años, se encontraba también en el domicilio y al levantarse de la cama vio a su madre y su hermana en el suelo y a su padre en el pasillo. El día del juicio oral el Magistrado-Presidente –se trataba de un juicio ante Jurado- decidió que el interrogatorio de Pablo se desarrollara en una sala contigua a la sala de audiencia y a puerta cerrada, en presencia, únicamente, del Magistrado-Presidente, del Secretario del Tribunal, del Fiscal y de los abogados de la acusación particular y de la defensa. El menor no fue informado de que su padre estaba acusado del asesinato de su madre y de su hermana, y se le hizo creer que su padre estaba enfermo en el hospital. El Jurado siguió las declaraciones del niño a través de un circuito cerrado de televisión que retransmitía las imágenes y las manifestaciones del niño. El demandante formuló protesta sobre la manera en que se llevaba a cabo el interrogatorio y solicitó su presencia al objeto de poder dirigirse a su hijo. Dicha petición fue rechazada por el Magistrado-Presidente pero se autorizó a su letrado a volver a la sala de vistas durante el interrogatorio para entrevistarse con el demandante, quien rechazó la oferta así hecha.

El TEDH considera que si bien el art. 6 CEDH no requiere que los intereses de los testigos y víctimas llamados a declarar sean tomados en consideración, la protección de dichos testigos sí que queda amparada por otras disposiciones normativas del CEDH. Como, por ejemplo, el art. 8, de tal forma que los Estados deben organizar su procedimiento penal de forma que dichos intereses no peligren indebidamente. Los principios del proceso justo o equitativo exigen que se sopesen los intereses de la defensa y los de los testigos o de las víctimas llamadas a declarar (técnica del *balancing*). Las razones invocadas por el Magistrado-Presidente para disponer el modo de desarrollo de la prueba, consistentes en proteger la salud mental y la serenidad del niño fueron calificadas por el TEDH como “pertinentes y suficientes”.

Por otro lado, no se produjo ninguna vulneración del art. 6.3.d) CEDH pues en todo momento el letrado del demandante tuvo la posibilidad de preguntar al testigo menor, así como la posibilidad de comunicar con el demandante durante el interrogatorio. Esta misma argumentación había sido utilizada por el Tribunal Constitucional español en el auto de 25 de febrero de 2002 que denegó el amparo al declarar que “las condiciones particulares en las que tuvo lugar, evitando la confrontación visual directa del menor con su padre acusado (del que se creía que se encontraba en ese momento enfermo en el hospital), no pueden considerarse

---

<sup>23</sup>Hay que destacar que en ese momento esta modalidad de interrogatorio no estaba prevista en la legislación procesal penal española pues aun no se había promulgado la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio.

irrazonables sin arbitrarias”, añadiendo, a continuación, que “la defensa tuvo la posibilidad (a la que renunció voluntariamente) de interrogar al menor y de comunicar con su cliente, saliendo y entrando en la sala de interrogatorio”.

De la doctrina expuesta resulta que el principio de contradicción no exige necesariamente que el acusado esté presente durante el interrogatorio del testigo cuando concurren razones que justifiquen dicha ausencia, como en el caso analizado. No precisa tampoco que se le permita interrogar directamente, siempre que haya tenido la posibilidad de interrogar a través de su letrado.

#### **IV. Análisis de Derecho Comparado: modalidades de exploración de los menores como testigos en el proceso penal**

En el presente apartado se hace una descripción de la regulación legal existente en varios países europeos (Italia, Francia y Alemania) sobre la forma de llevar a cabo la exploración y declaración de los menores como testigos en el proceso penal.

##### *IV.1. Italia*

Las medidas de protección previstas en el CPP de 1988 se pueden clasificar en función del concreto momento procesal en que pueden adoptarse, esto es, según sea en la fase de *indagini preliminari* o en la fase de *dibattimento* (juicio oral).

Durante la fase de investigación el art. 392 CPP prevé la posibilidad de práctica de prueba anticipada testifical (*incidente probatorio*) ante situaciones en que resulta imposible aplazar la práctica de la prueba al juicio oral teniendo en cuenta la situación personal del testigo o ante circunstancias externas que puedan alterar la *genuinidad* de las pruebas, evitando el riesgo de su “contaminación” o alteración. Así, el art. 392.1 CPP establece que el Ministerio Fiscal y el imputado podrán solicitar al Juez que proceda con *incidente probatorio*:

a) La práctica de la prueba testifical de una persona, cuando exista fundado motivo para considerar que la misma no podrá ser examinada en el juicio oral por enfermedad u otro impedimento grave.

b) La práctica de una prueba testifical, cuando, en virtud de elementos concretos y específicos, exista motivo fundado para estimar que el testigo puede verse expuesto a violencia, amenazas, oferta o promesa de dinero o de otros bienes o ventajas a fin de que no declare o preste falso testimonio.

Por su parte, el art. 392.1.bis CPP amplía la práctica de prueba anticipada testifical a menores de 16 años, cuando se trate de determinados delitos contra la libertad sexual<sup>24</sup>, aunque no concurren los supuestos previstos en el art. 392.1 CPP

---

<sup>24</sup> Concretamente en los delitos siguientes: reducción o mantenimiento en esclavitud (art. 600 CP), explotación de la prostitución infantil (art. 600 bis CP), pornografía infantil (art. 600 ter CP), iniciativas turísticas destinadas a la explotación de la prostitución infantil (art. 600 quinquies CP), violencia sexual (art. 609 bis CP), violencia sexual agravada (art. 609 ter CP), (actos sexuales con menores (art. 609 quarter CP), corrupción de menores (art. 609 quinquies CP), violencia sexual en grupo (art. 609 octies CP). Sobre la posibilidad de aplicar este incidente probatorio a delitos distintos de los mencionados en el precepto vid. lo dicho antes al comentar la sentencia dictada por el TJCE en el conocido caso *Pupino*. Como consecuencia de esta sentencia el juez nacional italiano admitió la solicitud del Ministerio Público

(*incidente probatorio speciale*). Para ello no es necesario que el menor sea víctima del delito, basta que sea precisa su declaración en el proceso como testigo<sup>25</sup>. La finalidad es evitar al menor los traumas derivados de su declaración en una sala del Tribunal de enjuiciamiento.

Respecto a la forma de realización, el art. 398.5.bis CPP regula la conocida como *audición protegida (audizione protetta)*<sup>26</sup>. Para el caso de determinados delitos contra la libertad sexual, si hubiere testigos menores de 16 años el Juez dispondrá mediante resolución el lugar, momento y las modalidades particulares de práctica de la prueba anticipada (*incidente probatorio*), cuando la situación del menor lo haga oportuno y necesario. A estos efectos, el examen del menor podrá llevarse a cabo fuera de la sede del Tribunal, en centros asistenciales especializados o, en su defecto, en el domicilio del propio menor. Las declaraciones testificales deberán ser documentadas en su integridad con medios de reproducción fonográfica o audiovisual. En caso de no disponer de aparatos de grabación o de personal técnico, el Juez recurrirá a peritos o recabará asesoramiento técnico. Además, se levantará acta sintética de dicho examen, y sólo se procederá a la transcripción de lo grabado a instancia de parte. Al amparo de dicho precepto, un sector doctrinal defiende la posibilidad de que la exploración del menor pueda llevarse a cabo en un local separado de la sala de audiencia aunque conectado a través de un circuito cerrado de televisión o sistema de audio que posibilite la comunicación, o a través de un espejo unidireccional<sup>27</sup>.

En sede de *dibattimento* (juicio oral), el art. 472.4 CPP establece que el Presidente del Tribunal puede disponer que el examen del testigo menor se lleve a cabo a puerta cerrada. Previsión que deviene preceptiva cuando se trata de la declaración de un menor de edad víctima de determinados delitos contra la libertad sexual (art. 472.3.bis CPP).

En cuanto a la forma de dicho examen el 498.4 CPP prevé una excepción al interrogatorio por las partes mediante la *cross examination*<sup>28</sup>. En estos casos, será el Presidente del Tribunal o el Juez el que dirija directamente las preguntas al menor de edad. Durante dicho examen, el Presidente puede valerse del auxilio de un familiar del menor o de un experto en psicología infantil. No obstante, si el Presidente o el Juez, tras oír a las partes, estima que el interrogatorio del menor por las partes no causará daño a la serenidad del testigo, puede autorizar dicha forma de interrogatorio *incrociato*, disposición que puede ser revocada en cualquier momento durante el curso del examen.

---

y la declaración de los menores víctimas de “misuse of disciplinary measures” se llevó a cabo con arreglo a lo previsto en los arts. 392.1.bis y 398.5.bis del CPP italiano: vid. MAGNO, T., “The Pupino Case: Background in Italian Law and consequences for the national judge”, *ERA Forum scripta iuris europaei; Journal of the Academy of European Law*, published online 15 June 2007, ERA 2007, pág. 221.

<sup>25</sup> FAMIGLIETTI, A., “La testimonianza del minore di sedici anni in incidente probatorio ed il raggiungimento della maggiore età”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, gennaio-marzo 2004, págs. 290-291.

<sup>26</sup> Vid. RENOLDI, C., “La adopción de medidas procesales de protección de los testigos menores de edad víctimas de delitos”, presentada en el Curso sobre *La protección de las víctimas del delito en el espacio judicial europeo*, Red Europea de Formación Judicial, celebrado en la Escuela Judicial, Barcelona, del 18 al 21 de junio de 2007, documento facilitado por el autor, pág.7.

<sup>27</sup> RENOLDI, C., *ob. cit.*, pág. 16.

<sup>28</sup> Vid. art. 498.1 y 2 CPP.

El precepto legal prevé, también, que, a solicitud de parte o cuando el Juez lo estime necesario, dicho examen pueda llevarse a cabo conforme a la modalidad de la *audiencia protegida* prevista para el *incidente probatorio* en el art. 398.5.bis CPP (art. 498.4.bis CPP). Se extiende, por tanto, la modalidad de la *audizione protetta al dibattimento*, sin límites objetivos (por razón del delito) ni subjetivos (por razón de la edad del menor), como si ocurre en el *incidente probatorio*, de tal modo que puede aplicarse cuando el declarante sea un menor de edad y cualquiera que sea el delito objeto de acusación<sup>29</sup>.

Para el caso de que se trate de la declaración de un menor de edad que haya sido víctima de alguno de los delitos contra la libertad sexual antes mencionados podrá, a solicitud del propio menor o de su defensor, llevarse a cabo su examen mediante el uso de un cristal-espejo (unidireccional) y un sistema interno de audio (art. 498.4.ter CPP), con la finalidad de evitar la confrontación visual directa con el acusado. El precepto limita la posibilidad de acudir a dicha modalidad de examen a que sea solicitada por el propio menor o por su defensor.

Para el caso en que se haya practicado el *incidente probatorio speciale* del art. 392.1.bis CPP no será necesaria, en principio, la repetición de la declaración del menor de 16 años en el acto del juicio oral. Su examen solo será admitido, cuando se trate de determinados delitos contra la libertad sexual<sup>30</sup>, si va referido a hechos o circunstancias distintas de aquellas que fueron objeto de la declaración anterior, o bien si el juez o alguna de las partes lo estima necesario sobre la base de “exigencias específicas” (art. 190.bis, 1.bis, CPP).

La doctrina alude, también, al art. 512 CPP que autoriza la lectura de declaraciones hechas en la fase de las investigaciones preliminares en aquellos casos en que, por hechos o circunstancias imprevisibles, sea imposible su repetición. Imposibilidad de repetición que según la Corte de Casación no se limita a los casos de imposibilidad material (por ejemplo en caso de muerte o de paradero desconocido del testigo), sino que se aplica, también, a todas las hipótesis en las que una declaración no puede ser practicada de forma útil por las peculiares condiciones de salud del sujeto, que impiden el interrogatorio (por ejemplo, si el interrogatorio durante el juicio oral puede ocasionar daños psicológicos irreversibles)<sup>31</sup>.

En líneas generales, la doctrina ha denunciado el carácter altamente complejo de dicha regulación normativa, su falta de carácter sistemático y la ausencia de armonía normativa en algunos aspectos concretos fruto de la técnica legislativa empleada<sup>32</sup>.

#### IV.2. Alemania

La Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) contiene varios preceptos relativos a la forma en que debe llevarse a cabo la declaración de testigos menores de edad<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> FAMIGLIETTI, A., “La testimonianza...”, *ob. cit.*, pág. 297.

<sup>30</sup> La enumeración de delitos no coincide plenamente con la que se realiza en el art. 392.1.bis CPP.

<sup>31</sup> Cass, 13 de noviembre de 2000, n° 3059.

<sup>32</sup> En este sentido crítico, GIOSTRA, G., “La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n° 3, 2005, págs. 1019 y 1022-1023.

<sup>33</sup> Para el desarrollo de dicho apartado se han consultado: SCHÜNEMANN, B., “Protection of children and other vulnerable victims against secondary victimisation: making it easier to testify in Court”, *ERA Forum scripta iuris europaei, Journal of the Academy of European Law*, published online, 16 September

Regulación que experimentó algunas modificaciones como consecuencia de la aprobación de la Ley de Protección de testigos del año 1998 y de la Ley de Reforma de los Derechos de las Víctimas de 2004.

Con carácter general, se establece que si los menores de edad, a causa de su falta de madurez mental, no tuvieran un concepto suficiente acerca del significado del derecho a no testificar, sólo podrá ser interrogados si estuvieren de acuerdo con declarar y su representante legal aprobara el interrogatorio. Cuando el mismo representante legal fuera el inculpado, no podrá decidir acerca del ejercicio del derecho a no testificar. Lo mismo regirá respecto a uno de los padres no inculpado, cuando la representación legal corresponda a ambos padres [parágrafo 52 (2) StPO].

A los testigos que no hubieren alcanzado los 16 años en el momento del interrogatorio no se les exige juramento (parágrafo 60.1 StPO).

El parágrafo 58.a (1) StPO preceptúa la grabación audiovisual de las declaraciones de víctimas menores de 16 años. Previsión que trata de prevenir la victimización secundaria derivada de la repetición de declaraciones e interrogatorios.

Durante el juicio oral el interrogatorio de testigos menores de 16 años solamente será realizado por el Presidente del Tribunal [parágrafo 214.a (1), StPO]. No obstante, si alguna de las partes solicita formular al testigo algunas preguntas, el Presidente del Tribunal puede autorizar que se formulen directamente si estima que ello no causará perjuicio alguno para el testigo [parágrafo 214.a (2), StPO].

Está previsto que el Tribunal pueda ordenar el desalojo del acusado de la Sala de Audiencias durante el interrogatorio como testigo de una persona menor de 16 años, cuando el interrogatorio en presencia del acusado hiciera temer una grave desventaja o perjuicio para el bien del testigo. El Presidente informará al acusado, tan pronto como vuelva a estar presente, del contenido esencial de lo que durante su ausencia se hubiera declarado o tratado (parágrafo 247 StPO).

Como medida alternativa, se admite el interrogatorio del testigo fuera de la sala de vistas cuando exista peligro inminente de perjuicios considerables para su bienestar, de ser interrogado en presencia de quienes se hallan en el proceso principal. En tal caso el Tribunal podrá ordenar que el testigo permanezca fuera de la sala de vistas durante su interrogatorio y la declaración será transmitida simultáneamente por un medio audiovisual, con imagen y sonido (*video hearing*), a la sala de vistas [parágrafo 247.a StPO]. La medida del desalojo del acusado de la sala de vistas queda limitada a aquellos supuestos en que la declaración del testigo menor de 16 años empleando algún medio audiovisual resulte insuficiente para garantizar de forma adecuada su protección.

Para el caso de testigos menores de 16 años en procesos por delitos contra la libertad sexual se admite sustituir su declaración en el plenario por la proyección del registro audiovisual (con imagen y sonido) de su anterior declaración judicial prestada en fase de investigación, siempre y cuando el acusado y su defensor hubieran tenido la

---

2009, págs. 387 y ss. TAMARIT SUMALLA, J. Mª, y VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La protección del menor víctima de abusos sexuales en el proceso penal”, en *La protección penal del menor frente al abuso y exploración sexual*, Edit. Aranzadi, 2000, págs. 164-165.



oportunidad de participar en esta anterior declaración, aunque admite la posibilidad de proceder a un interrogatorio complementario del testigo [parágrafo 255.a StPO].

La exposición de la regulación legal alemana no puede prescindir de una referencia, aunque sea breve, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH). Como explican STELLER y BÖHM, en el año 1954 el BGH destacó que la metodología para obtener información empleada por los peritos que pueden entrevistar a un menor de edad víctima de un delito sexual con anterioridad y fuera de la vista oral es superior a la que puede obtener el juez durante la vista oral<sup>34</sup>. También afirmó que cuando la declaración del menor constituye la prueba principal o la más relevante en casos de abuso sexual es imprescindible solicitar una evaluación psicológica sobre la credibilidad de su testimonio. En otra sentencia posterior del año 1999 el BGH avaló, en los dictámenes de credibilidad, la utilización del método de análisis de contenido basado en criterios (*Criteria-Based Content Analysis* o CBCA), fijando estándares mínimos para su utilización y reconociendo su validez científica<sup>35</sup>.

### IV.3. Francia

El conocido como caso *d'Outreau* generó un amplio debate en la sociedad francesa sobre la forma de realizar las declaraciones de menores de edad en el proceso penal así como acerca de la credibilidad de sus manifestaciones. La regulación francesa venía constituida por la Ley n° 98-468, de 17 de junio de 1998, que introdujo la grabación audiovisual de todas las declaraciones de menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual<sup>36</sup>. Grabación cuyo objetivo era evitar la reiteración de las declaraciones del menor y su victimización secundaria. Dicha regulación experimentó algunas modificaciones con la Ley de 5 de marzo de 2007 con la finalidad de reforzar el equilibrio del proceso penal, con respeto a los derechos de las partes, especialmente los derechos de la defensa.

El art. 706-52 CPP prevé que durante la investigación –bien sea policial o judicial- todas las declaraciones de menores deben ser grabadas obligatoriamente. Obligatoriedad que se impone en todas las circunstancias, salvo imposibilidad técnica, en cuyo caso, se hará constar expresamente y el fiscal o el juez de instrucción deberán ser avisados inmediatamente. La reforma de 2007 suprimió la necesidad de recabar el consentimiento del menor o, en su caso, de su representante legal, sin que puedan, por tanto, oponerse a su realización, acentuando así la obligatoriedad de la grabación. Se suprimió, también, la opción que tenían el fiscal y el juez de instrucción de decidir no proceder a la grabación, decisión que, en todo caso, debía ser motivada. Por último, se admite que si el interés del menor lo justificara dicha grabación, por acuerdo del fiscal o del juez de instrucción, podrá ser solo sonora.

El precepto establece, también, reglas sobre la custodia de la grabación original, estando prevista la realización de una copia a efectos de facilitar su consulta posterior

---

<sup>34</sup> STELLER, M., y BÖHM, C., “Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo alemán sobre la psicología del testimonio. Balance y perspectiva”, en Fabian, T., Böhm, C. y Romero, J., *Nuevos caminos y conceptos en la Psicología Jurídica*, Lit. Verlag, Berlín 2006, disponible: [www.amparoyjusticia.cl/.../fiscalia\\_psicologia\\_testimonio\\_alemania.pdf](http://www.amparoyjusticia.cl/.../fiscalia_psicologia_testimonio_alemania.pdf), pág. 1.

<sup>35</sup> STELLER, M., y BÖHM, C., “Cincuenta años de jurisprudencia...”, *ob. cit.*, pág. 1.

<sup>36</sup> Los delitos que dan lugar a dicha grabación son homicidio o asesinato acompañado de violación, torturas y actos de barbarie, o agresiones u ofensas sexuales, proxenetismo, o prostitución de menores.

por las partes durante el procedimiento. El visionado de la grabación requiere previa autorización del juez, en condiciones que garanticen la confidencialidad. La copia de la grabación podrá ser visionada o escuchada por las partes, abogados o los expertos, a presencia del juez o del secretario judicial.

La difusión del registro o de la copia será sancionada con un año de prisión y 15.000 € de multa. A la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de extinción de la acción pública, el registro y su copia serán destruidos en el plazo de un mes.

Por su parte, el art. 706-53 CPP establece que dichas audiciones podrán ser realizadas, a petición del menor o de su representante legal, a presencia de un psicólogo o de un médico especialista en infancia, o de un familiar del menor o del representante *ad hoc* que se le hubiere expresamente designado cuando sus intereses no pudieran defenderse por sus representantes legales<sup>37</sup>.

Al objeto de asegurar la confianza del menor se prevé que en la práctica de determinados actos (médicos y/o judiciales) se designe a un profesional de la infancia que le acompañe durante las diferentes fases del procedimiento.

## **V. La protección de menores víctimas de delito en el proceso penal español**

### *V.1. Regulación legal vigente*

Con carácter general, el art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, establece que las comparecencias judiciales del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

En el marco de la LECrim los preceptos que regulan el testimonio de menores de edad víctimas y/o testigos de delito han experimentado en los últimos años diferentes modificaciones. La última de ellas vino representada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que introdujo algunos cambios que merecen ser analizados.

El art. 433, en su párrafo tercero, según redacción dada por la referida Ley Orgánica 8/2006, establece, en fase de instrucción, que “Toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración”.

Del contenido de dicho precepto resulta que en toda declaración de un menor – sea o no víctima de delito-, que se tome en fase de instrucción, será siempre necesaria la presencia del Fiscal. Presencia que viene justificada por su papel protector y defensor de los derechos de los menores de edad. Por el contrario, la presencia de los representantes legales del menor o guardadores es potestativa y será el juez quien tome la decisión al

---

<sup>37</sup> La designación de dicho representante *ad hoc*, por el fiscal o el juez de instrucción, está prevista cuando la protección de los intereses del menor no estuviera completamente asegurada por sus representantes legales. Dicho representante *ad hoc* asegurará la protección de los intereses del menor de edad (art. 706-50 CPP).

respecto. Presencia potestativa que está exceptuada en dos supuestos. El primero cuando los propios representantes legales o guardadores sean imputados. El segundo cuando el juez acuerde motivadamente su no presencia (por ejemplo, en los casos en que pueda existir un conflicto de intereses).

El precepto, también, prevé la presencia facultativa de un experto durante la declaración del menor. Su presencia tiene la finalidad de asesorar y orientar al juez sobre la forma de entrevistar y tomar declaración al menor. La Fiscalía General del Estado ha propuesto que para el caso de niños de corta edad dicho interrogatorio lo lleve a cabo directamente un experto (por ejemplo, un psicólogo infantil) previa entrevista con el Juez, Fiscal y demás partes del proceso a fin de determinar su objeto<sup>38</sup>.

Por último, está prevista la posibilidad de acordar la grabación de la declaración. Aunque nada diga el precepto, lo recomendable es que se trate de una grabación audiovisual y no solo sonora. Particularmente estimo que dicha grabación debería llevarse a cabo siempre, salvo supuestos de imposibilidad técnica.

La reforma dio, también, nueva redacción al último párrafo del art. 448 LECrim estableciendo que “La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”. Destaca el carácter imperativo con que se pronuncia el precepto, de tal modo que dicha confrontación visual será evitada siempre sin exigir la concurrencia de requisitos adicionales<sup>39</sup>.

Aunque esta nueva regulación supuso un notable avance en comparación con la regulación anterior, al establecer medidas de protección adicionales que van más allá de la no confrontación visual, no obstante, la misma se quedó a mitad camino y puede ser calificada de poco ambiciosa. En mi opinión, resultaba más adecuada la enmienda presentada durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley que proponía que “en las declaraciones de menores en los procesos penales se les tomará declaración a través de un experto, al que el Juez, el Ministerio Fiscal y las partes previamente habrán facilitado las preguntas y esta exploración será seguida por el Juez y las partes a través de un espejo unidireccional o de un circuito cerrado de video y podrán sugerir nuevas preguntas a través del experto, grabándose en soporte audiovisual para su valoración”<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2009, *sobre protección de los menores víctimas y testigos*, pág. 22. En la misma línea, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “La valoración judicial de las pruebas declarativas”, *Jueces para la Democracia*, Información y Debate, nº 64, marzo/2009, pág. 108.

<sup>39</sup> En su redacción anterior, llevada a cabo por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, el último párrafo del art. 448 LECrim condicionaba la no confrontación visual a un previo informe pericial y a que el juez la acordara mediante resolución motivada. También en sede de juicio oral: art. 707, segundo párrafo. Un comentario a dicha reforma puede verse en VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 16, 2005, págs. 277 y ss.; ARANGÜENA FANEGO, C., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prueba testifical y careos con menores de edad (Ley orgánica 14/1999, de 9 de junio)”, *Revista de Derecho Penal*, nº 2, enero 2001, págs. 37 y ss. También, NAVARRO VILLANUEVA, C., “La protección del testimonio del menor de edad. El valor probatorio de la declaración testifical del menor-víctima realizada en la fase de instrucción”, *Revista Justicia*, núm. 3-4, 2009, págs. 66 y ss.

<sup>40</sup> Propuesta que coincide básicamente con la que hicimos hace algunos años con ocasión del comentario a la STEDH caso S.N. contra Suecia: HERNÁNDEZ GARCÍA, J., y MIRANDA ESTRAMPES, M., “¿Deben declarar los menores victimizados en el acto del juicio oral?...”, *ob. cit.*, pág. 4, en donde concluíamos que “El acceso a la información que posee el menor, presunta víctima, en las fases previas al

No obstante, lo cierto es que esta forma de declaración no está prohibida y la actual regulación legal permite su realización en el marco de una prueba anticipada, con respeto de la garantía de contradicción. No faltan autores que, en la línea aquí propuesta, defienden que el interrogatorio del menor de edad se lleve a cabo por un *interrogador infantil*, bajo la dirección y supervisión del juez<sup>41</sup>. La intervención de dicho profesional no solo es compatible con las exigencias derivadas del derecho de defensa y de la garantía de contradicción, sino que, además, permite obtener información de una mayor calidad epistemológica y, por tanto, más fiable y valiosa para la averiguación de la verdad de los hechos.

Practicada la declaración del menor como anticipo probatorio, en las condiciones antes expuestas, su introducción en el juicio oral deberá realizarse mediante el visionado de la grabación, evitándose con ello la presencia del menor a los efectos de prestar nueva declaración cuando ello pueda ocasionarle un daño o perjuicio psicológico<sup>42</sup>.

Esta forma de introducción en el juicio oral ha sido avalada por la propia doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y está especialmente indicada en menores de corta edad o que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad o cuando exista riesgo de que su declaración en el juicio oral les ocasione un grave daño psicológico. Un ejemplo nos lo ofrece la interesante STS 96/2009, de 10 de marzo de 2009 que, en un supuesto de delito continuado de abuso sexual, otorgó plena validez a la declaración de una niña de 5 años de edad, en condiciones de anticipo probatorio, sustituyéndose su declaración en el acto del juicio oral por el visionado de la grabación

---

proceso, en un marco razonable de contradicción procesal, es posible. La utilización, a tal fin, de la prueba pericial técnica, practicada por peritos expertos e imparciales (psicólogos forenses experimentales), durante el desarrollo del procedimiento preliminar bajo control judicial, con la necesaria intervención de las partes en su preparación, y en condiciones documentales, mediante grabaciones digitalizadas o videográficas, que permitan acceder, de forma sensorial, al tribunal juzgador a dicha información, ofrece un espacio adecuado que permite tener por cumplida la garantía de la contradicción, sin merma alguna de las exigencias dimanantes de proceso justo o equitativo”.

<sup>41</sup> NAVARRO VILLANUEVA, C., “La protección del testimonio del menor de edad...”, *ob. cit.*, pág. 75 y ss. Por su parte, GIMENO JUBERO, M. A., “Menores maltratados: derechos de la víctima y garantías del proceso”, en AA.VV., *Protección de menores en el Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 199, afirma que no se advierten objeciones procesales insalvables, que con una previa entrevista entre el psicólogo, el Juez y las demás partes donde se fijará el objeto de la declaración, sea el psicólogo el que realice materialmente el interrogatorio.

<sup>42</sup> Vid. AA.VV., *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada, nº 51, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, págs. 164-165. En esta misma línea se pronuncian ARANGÜENA FANEGO, C., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, *ob. cit.*, págs. 41-42, para lo cual propone, en supuestos particularmente graves, una interpretación flexible de alguno de los requisitos para celebrar la prueba anticipada previstos en el artículo 448, básicamente el de su *irreproducibilidad* en el juicio oral, como requisito material, pues si bien no será fácil poder alegar motivo bastante para temer su muerte o incapacidad física antes de la apertura de juicio oral, sí en cambio la “incapacidad intelectual” o frágil “equilibrio emocional” pudiera ser circunstancia concurrente por los graves efectos que sobre el citado equilibrio mental del menor puede ocasionar el ser sometido más de una vez a revivir tan desgraciados sucesos. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “La valoración judicial...”, *ob. cit.*, pág. 109, sobre la base de una interpretación amplia del art. 433 LECrim. NAVARRO VILLANUEVA, C., “La protección del testimonio del menor de edad...”, *ob. cit.*, pág. 82 y ss. PÉREZ MORALES, M-G., “Sucesivas declaraciones de la víctima menor de edad: fases policial y judicial”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2009, documento electrónico, pág. 8, condiciona la no presencia del menor en el juicio oral y su sustitución por la declaración prestada en fase sumarial como prueba anticipada a la existencia de un informe pericial que ponga de manifiesto la existencia de un grave peligro para el menor en el caso de volver a revivir los hechos.

de la entrevista realizada en fase sumarial por una psicóloga, con la presencia de todas las partes sin ser vistas por la niña al utilizarse la técnica de la *Cámara Gesell*.<sup>43</sup> El TS destaca que las desventajas derivadas de la falta de intermediación espacial y temporal de la declaración no excluyeron totalmente la intermediación a través del visionado de la grabación y quedaron ampliamente compensadas por los beneficios de conjurar los riesgos que para la estabilidad de la menor hubiera supuesto su exploración judicial en el plenario.

Son varias las cuestiones que analiza dicha sentencia que por su trascendencia merecen ser examinadas. En primer lugar, se decanta por un concepto amplio de *imposibilidad* de práctica de la prueba testifical en el acto del juicio oral, como requisito básico de toda prueba anticipada, de tal modo que incluiría aquellos casos en que exista riesgo cierto de producir con el testimonio en el juicio oral graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual. La sentencia cita en apoyo de esta tesis, entre otras, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Pupino*, al que antes me he referido. En segundo lugar, desestima, también, la denuncia de falta de cumplimiento del requisito de contradicción ante la no presencia del imputado en la exploración de la menor. La sentencia, tras citar algunos antecedentes jurisprudenciales, descarta la obligatoriedad de la presencia del imputado, más en un supuesto en que de haber estado presente no resulta imaginable que se le permitiera hacer preguntas de forma directa. La garantía de contradicción se respetó plenamente con la presencia de su Letrado, quien además, tuvo la oportunidad de formular preguntas a la menor, a través de la psicóloga que la entrevistaba. En tercer lugar, descarta la alegación de invalidez de la prueba anticipada por el hecho de que la exploración de la menor no fuera realizada directamente por el Juez sino por una psicóloga. El art. 433 LECrim ofrece cobertura adecuada a dicha forma de llevarse a cabo la entrevista. Declara la sentencia que “.. el carácter general del art. 433 se limita a permitir la presencia de un experto en el acto y que, por la misma razón de ser de la norma habilitante, no puede limitarse su actuación a una función expectadora o de presencia pasiva, sino de aportación activa de sus conocimientos o habilidades propia de su experiencia. Ser instrumento emisor de las preguntas formuladas a un menor, cuando lo que se persigue es preservar su equilibrio emocional al relatar unos graves hechos de abuso sexual, constituye un modo de ejercer la función para la que se requiere su presencia. Eso no significa que el interrogatorio lo

---

<sup>43</sup> La propia sentencia describe con detalle, en su FJ 2, la forma en que se llevó a cabo la declaración de la menor en la fase sumarial: “... para su práctica.... Una psicóloga se desplazó al lugar habilitado, separado de la sala destinada a la exploración por un cristal de amplias dimensiones que permitía la visión de las personas que estaban en el local adjunto y donde estaban instalados aparatos dispuestos para la grabación del interior de la sala de exploración conectada mediante señal de audio con la sala adjunta. Desde la sala de exploración el cristal tenía la apariencia de un espejo, de modo que la niña no podía ver que en el local adjunto estaban las personas que intervendrían y presenciarían la exploración. Estas personas intervinientes fueron: el magistrado Juez de Instrucción, el secretario Judicial, el letrado del imputado... el letrado de la acusación particular y el Ministerio Fiscal. La diligencia de exploración consistió en un prolongado diálogo entre la niña y la psicóloga que fue llevando la conversación hacia la narración de los hechos sucedidos. Esta psicóloga anotó e hizo a la niña cuantas preguntas interesaron las personas presentes en el local adyacente a la exploración, de modo que todas las partes pudieron pedir las precisiones que tuvieron por conveniente en relación con cuanto había manifestado la menor, e incluso después de esto la psicóloga se retiró del local adyacente en que estaban los demás y recogió la pregunta que interesó hacer el letrado del imputado, desplazándose de nuevo a la sala de exploración y haciéndole la pregunta a la niña. Todo esto se filmó sin interrupción, se grabó con claridad y se recogió en el correspondiente soporte audiovisual. La diligencia así practicada fue en el día del Juicio Oral vista y escuchada por el Tribunal juzgador, con intervención de las partes”.

dirija el experto, sino el Juez de Instrucción con intervención de las partes presentes, bajo el control de aquél y por medio instrumental del experto”<sup>44</sup>.

Para el caso en que la declaración del menor se lleve a cabo en el acto del juicio oral, el último párrafo del art. 707, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2006, dispone que dicha declaración se lleve a cabo evitando la confrontación visual con el imputado utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba. Al igual que en sede de anticipo probatorio, la no confrontación visual se impone con carácter obligatorio sin estar condicionada a la concurrencia de otros requisitos como en la regulación legal anterior.

Entre los medios que pueden utilizarse, el art. 731 bis LECrim, en su redacción dada por Ley Orgánica 8/2006, autoriza el uso de la videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, con remisión expresa a lo previsto en el art. 229.3 LOPJ<sup>45</sup>.

Dicha regulación se complementa con la prohibición general de careos con testigos menores de edad, tanto en fase sumarial como de juicio oral, introducida por Ley Orgánica 14/1999 (arts. 455, segundo párrafo, y 713, segundo párrafo), salvo que el Juez lo considere imprescindible y no sea lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial. El careo pasa a tener, por tanto, un carácter excepcionalísimo.

Una atención especial merece la reciente STC de 7 de noviembre de 2011 cuyo FJ 3, *in fine*, declara que “cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral”. Sobre la forma de llevar a cabo la exploración del menor la sentencia destaca que: “la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un

---

<sup>44</sup> Dicha tesis no contó con el respaldo de todos los magistrados intervinientes, como lo evidencia la existencia de dos votos particulares. No obstante, el núcleo principal de la discrepancia residía, no tanto en la forma de llevar a cabo la exploración de la menor y su valoración por el Tribunal a pesar de no haber declarado en el acto del juicio oral, sino en la no acreditación en el caso analizado, a través de los oportunos dictámenes periciales, de que la declaración de la menor en el juicio oral podía ocasionarle graves perjuicios psicológicos, por lo que no había razón alguna que impidiese su declaración en el acto del juicio oral, utilizando métodos o formas similares a los empleados en la fase de instrucción.

<sup>45</sup> Medios técnicos cuya utilización ya contaba con una adecuada cobertura normativa en el art. 325 LECrim.

momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso” (FJ 4). El TC otorgó el amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 E) ya que, en el caso analizado<sup>46</sup>, el imputado no tuvo la oportunidad para contradecir el testimonio de la menor que motivó su condena por delito de abusos sexuales, pues no tuvo durante el proceso la oportunidad de dirigir preguntas, ni directa ni indirectamente, a la menor.

## V.2. Regulación contenida en el Anteproyecto de LECrim de 2011

El Anteproyecto de LECrim presentado este año 2011 por el Ministerio de Justicia –que, no obstante, no pudo tramitarse parlamentariamente- contiene varias disposiciones relacionadas con las declaraciones de menores de edad en el proceso penal.

Con carácter general, el art. 68, bajo el epígrafe *Víctimas en situación de especial vulnerabilidad*, afirma que:

“1. Son víctimas especialmente vulnerables a los efectos de esta ley aquellas que, por las especiales características del delito y por sus singulares circunstancias personales, precisan adaptar su intervención en el procedimiento a su particular situación.

---

<sup>46</sup> Los hechos fueron los siguientes: el mismo día en que la Guardia Civil recibió declaración a la madre de la menor, tras prestar su consentimiento al efecto, la niña fue explorada sin su presencia por un Teniente de la Guardia Civil, Doctor en Psicología, perteneciente a la unidad Técnica de Policía Judicial de Madrid, acompañado de otra agente policial. La entrevista, claramente incriminatoria, fue grabada en soporte audiovisual. A la misma tampoco asistió el Ministerio Fiscal ni, como es obvio, representante alguno del denunciado. Pocos días después, la Juez de Instrucción exploró de nuevo a la menor. Para esta segunda exploración, a la que sí asistió la madre de la menor, tampoco fueron convocados el Ministerio Fiscal ni el denunciado, pese a que ya había sido identificado policialmente y citado por el Juzgado para ser oído en declaración diez días después. En la misma sesión, tras la exploración judicial, la menor fue entrevistada en sede judicial por la médico forense en presencia de sus padres. Durante la entrevista la menor reiteró su relato. La investigación se dio por concluida un mes después, sin llegar a recibir nueva declaración a la menor. La decisión de conclusión fue recurrida en reforma y apelación por el demandante de amparo, que solicitó la práctica de diligencias complementarias de investigación, entre ellas, la exploración judicial de la menor en presencia de un psicólogo infantil. Los recursos fueron desestimados. El Ministerio Fiscal, la acusación particular y el acusado propusieron como prueba el interrogatorio de la menor en el juicio oral. La acusación particular pidió que, en atención al interés de la menor, su declaración en el juicio oral fuera sustituida por la reproducción de la grabación de la entrevista policial o, en su caso, se practicara mediante videoconferencia. La defensa se opuso en su escrito de defensa a la sustitución del interrogatorio por la grabación audiovisual. Aun cuando la Juez de lo Penal admitió, para su práctica en el juicio oral, la prueba de interrogatorio de la menor que había sido propuesta en los escritos de calificación provisional, en el acto del juicio oral accedió a la solicitud del Fiscal de sustituir el interrogatorio de la menor por la reproducción de la grabación de la exploración policial, la cual fue considerada suficiente por la Juzgadora para formar convicción junto con el resto de pruebas que, sobre las manifestaciones incriminatorias, se practicaron en el juicio oral: el acusado negó los hechos; la madre narró el relato que su hija le hizo; la médico-forense narró su exploración y formuló un juicio de credibilidad sobre su relato; la pediatra que atendía a la niña desde antes de ser denunciados los hechos explicó los síntomas apreciados en el comportamiento de la menor a partir de la denuncia y el agente de la Guardia Civil que protagonizó la exploración, dio cuenta de su desarrollo emitiendo, también, un juicio sobre la credibilidad que las imputaciones le merecían; por último declaró otra psicóloga que ratificó el informe que había realizado sobre la personalidad del acusado.

2. Tienen en todo caso esta condición las víctimas que por razón de su edad, enfermedad o discapacidad no puedan someterse directamente al examen contradictorio de las partes.

En estos casos excepcionales, se declarará mediante resolución judicial motivada la situación de vulnerabilidad y se recabará el auxilio de expertos para examinarlas.

3. A los efectos de este artículo y, siempre que sea necesario proteger a las víctimas especialmente vulnerables de las consecuencias de prestar declaración en presencia del investigado o acusado, podrá acordarse por resolución judicial motivada que la declaración testifical se realice empleando medios que eviten la confrontación visual”.

En principio, según esta propuesta de regulación la apreciación de especial vulnerabilidad de las víctimas precisa de una previa declaración judicial motivada.

Por su parte, el art. 69, con la rúbrica *Prohibición de victimización secundaria*, dispone que:

“1. Todas las autoridades que intervengan en el proceso penal adoptarán las medidas precisas para evitar que la víctima se vea sometida a situaciones que puedan causarle un sufrimiento innecesario o desproporcionado.

2. Igualmente velarán para que, desde un primer momento, la víctima reciba un trato correcto, habilitando dependencias adecuadas.

En particular, las dependencias judiciales tendrán espacios de espera especialmente habilitados para acoger a las víctimas”.

Con un carácter más específico, el art. 382.1 se refiere a la declaración de testigos menores de edad en fase de investigación, y establece que les serán de aplicación las previsiones que para las víctimas se contemplan en el mencionado art. 68. La minoría de edad hace que la víctima ostente la condición de especialmente vulnerable sin exigir de una previa declaración judicial.

En cuanto a la forma de llevarse a cabo, el art. 382.2 señala que se realizará en la forma y condiciones establecidas para obtenerla en el juicio oral, sin perjuicio de lo establecido en el art. 513. Este último precepto dispone que la declaración del testigo menor de edad, en el marco de un *incidente para el aseguramiento de la fuente de prueba*<sup>47</sup>, se tomará de forma reservada a través del perito que el juez designe, procediendo en todo caso a su grabación audiovisual. Antes de su práctica, el juez debe oír a las partes sobre las informaciones que ha de aportar el testigo, trasladando al experto las que estime pertinentes para que las incluya en la exploración. Exploración que se practicará utilizando los métodos y técnicas adecuados a las características del testigo. Se prevé, además, que la diligencia sea presenciada por el juez y las partes a través de medios técnicos que impidan que puedan ser vistos por el testigo.

---

<sup>47</sup> El art. 504.2.c) menciona como supuesto de incidente para el aseguramiento de la fuente de prueba, la declaración de testigos que por razón de su edad no deban ser sometidos al examen contradictorio de las partes en el acto del juicio oral.



Dichas declaraciones podrán hacerse valer en el juicio oral mediante la reproducción de lo grabado, cuando el juez o tribunal considere que, por razón de su vulnerabilidad, no han de someterse al examen contradictorio de las partes (art. 515.2)<sup>48</sup>.

En sede de fase intermedia, el art. 548.5 preceptúa que si alguna de las partes hubiere propuesto la testifical de un menor de edad, el tribunal, valorando su edad y circunstancias, podrá acordar que la misma se preste conforme a lo establecido en el art. 581.

Este último precepto dispone en cuanto a la forma de llevar a cabo la declaración en el acto de juicio oral, que:

“1. Los testigos menores de edad declararán acompañados de quienes ejerzan su patria potestad, tutela o guarda, salvo que el procedimiento se dirija contra éstos, o que el tribunal, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario, en cuyo caso se solicitará del organismo de la administración autonómica encargada de los servicios de protección de menores que designe a la persona que ha de asistir al menor en la práctica de la diligencia.

2. A los testigos menores de catorce años no se les recibirá juramento ni se les hará apercibimiento alguno de incurrir en responsabilidad.

3. La declaración de los testigos menores de dieciséis años se llevará a cabo evitando la confrontación visual con el acusado.

4. El testigo será interrogado únicamente por el Presidente del tribunal, pudiendo las partes solicitar que realice las preguntas adicionales que consideren necesarias. Sin embargo, el Presidente permitirá a las partes que realicen las preguntas directamente si de ello no se deriva perjuicio alguno para el testigo.

5. También se evitará la confrontación visual con el acusado cuando quede debidamente justificado mediante informe pericial que la víctima, por su situación de especial vulnerabilidad, puede sufrir un perjuicio grave para su salud”.

Por último, el art. 582.5 prohíbe rotundamente los careos con testigos menores de edad, sin otras exigencias o requisitos adicionales como sucede en la actual regulación legal.

## VI. Conclusiones

La declaración de los menores en el proceso penal debe dotarse de un verdadero estatuto legal autónomo y específico, encaminado a la prevención de la victimización secundaria derivada de su participación como testigos que tenga en cuenta su condición de *víctimas especialmente vulnerables*.

Estatuto autónomo que, en todo caso, debe diseñarse sobre la base de las siguientes reglas básicas<sup>49</sup>:

1ª. No debería admitirse el contacto directo del investigador (*inquirente*), público o privado, con el testigo menor de edad. Si se admite el interrogatorio por parte

---

<sup>48</sup> El art. 591 admite la lectura o reproducción de la declaración del menor cuyo examen contradictorio en el acto del juicio oral haya sido descartado conforme a lo previsto en la propia ley al regular el incidente para el aseguramiento de las fuentes de prueba.

<sup>49</sup> Vid. GIOSTRA, G., *ob. cit.*, págs. 1026 y ss.

de un sujeto interesado en una determinada reconstrucción del hecho existe el riesgo de que el menor acabe asumiendo el punto de vista del interrogador. Las preguntas sugestivas pueden ser fuente de creación de recuerdos e invalidan totalmente la fiabilidad del relato y/o testimonio del menor.

2ª. Debe evitarse la repetición de entrevistas y/o declaraciones. El legislador nacional debe tener en cuenta que la atendibilidad del examen testimonial de un menor de edad es inversamente proporcional al número de entrevistas o declaraciones que le han precedido.

3ª. La entrevista con el menor, en la medida de lo posible, no debería ser muy lejana al tiempo en que sucedieron los hechos investigados. El transcurso del tiempo puede favorecer en el menor la aparición de fenómenos de reelaboración y/o de remoción de recuerdos que pueden contaminar su declaración.

En definitiva, las legislaciones nacionales deberían introducir la previsión de una ocasión para examinar (entrevistar), de forma exhaustiva y no repetible, al menor, en el cual se asegure una modalidad de entrevista idónea que permita desarrollar el máximo de capacidad evocativa del menor al tiempo que se respete la garantía procesal de contradicción, reduciendo al mínimo el riesgo de contaminación *mnemotécnica* y los perjuicios para el equilibrio psicológico del menor derivados de su contacto con el sistema de justicia penal<sup>50</sup>. La modalidad de ejecución de la entrevista adquiere una singular importancia para el propio resultado de la información testifical.

Como advierte la doctrina, la declaración del menor en el acto del juicio oral puede generar un efecto intimidatorio que afecta a la *atendibilidad* y credibilidad de su propio testimonio. La declaración del menor debe llevarse a cabo en unas condiciones que garanticen, por un lado, la veracidad de su testimonio, adaptando el modo en que se formulan las preguntas así como su contenido a su nivel de desarrollo y madurez, y, por otro lado, se evite que pueda sufrir traumas psicológicos derivados del modo en que se lleva a cabo dicho interrogatorio<sup>51</sup>. Medidas que, en todo caso, deberán ser respetuosas con el derecho de defensa del acusado.

El método de interrogatorio de la *cross examination*, como garantía de *confiabilidad*, presenta importantes contraindicaciones para el caso de testigos menores de edad, derivadas del riesgo de “contaminación” de la prueba y por su potencial intimidatorio para el menor.

La primera cuestión que debe decidirse en un proceso penal cuando la víctima sea menor de edad es si resulta necesaria o no su declaración a los efectos de la investigación. Cuando no resulte necesaria debe prescindirse, por evidentes razones de protección, de la declaración del menor de edad.

Por el contrario, cuando dicha declaración sea necesaria, el marco procesal de la práctica anticipada de prueba o incidente probatorio durante la fase de investigación es, sin dudar, el marco idóneo para dar cumplimiento a las reglas básicas antes enumeradas.

---

<sup>50</sup> GIOSTRA, G., *ob. cit.*, págs. 1026-1027.

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., “La valoración judicial...”, *ob. cit.*, págs. 108-109.

En cuanto a la forma de llevarse a cabo, deberían respetarse las siguientes directrices:

1ª. La entrevista (semi-estructurada) debería ser llevada a cabo por un profesional experto (psicólogo forense experimental<sup>52</sup>).

Entrevista que, además, debe realizarse en lugares adoptados a las condiciones de desarrollo y madurez del menor.

2ª. Debería asegurarse, también, la presencia de una figura que actúe como representante y protector del menor (un familiar, un mediador psicológico...), a modo de *ammortizzatore psicologico* entre el menor y el sistema judicial<sup>53</sup>.

3ª. La entrevista se debería llevar a cabo bajo la supervisión judicial y con la presencia de todas las partes, pero sin confrontación visual con el imputado y con las partes del proceso (por ejemplo, mediante la utilización de la denominada *Cámara Gesell*).

4ª. La entrevista debería ser grabada mediante video y audio<sup>54</sup>.

5ª. Dicha grabación se incorporaría como prueba en el acto del juicio oral, sustituyendo así a la propia declaración del menor cuando por su situación de vulnerabilidad no resulte aconsejable su intervención en el juicio oral. Medida que debería ser adoptada siempre cuando se tratase de niños y niñas en edad preescolar y de pre-adolescentes<sup>55</sup>.

Por último, para el caso en que no existieran evidencias físicas del delito o no concurrieran otras pruebas independientes y la declaración del menor fuera la única prueba o la más relevante, la entrevista debería complementarse con un dictamen pericial sobre credibilidad del relato o declaración del menor según el método del CBCA (*Análisis del Contenido Basado en Criterios*), avalado científicamente para el caso de delitos de abuso sexual de menores<sup>56</sup>. Dictamen que, como prueba pericial, se incorporaría al acto del juicio oral mediante la presencia e interrogatorio del perito actuante.

---

<sup>52</sup> DIGES JUNCO, M. y ALONSO-QUECUTY, M. L., “El psicólogo forense experimental y la evaluación de credibilidad de las declaraciones en los casos de abuso sexual a menores”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 35, septiembre 1994, págs. 43 y ss.

<sup>53</sup> GIOSTRA, G., *ob. cit.*, pág. 1027.

<sup>54</sup> McEWAN, J., “The testimony...”, *ob. cit.*, pág. 379.

<sup>55</sup> DIGES JUNCO, M. y ALONSO-QUECUTY, M. L., “El psicólogo forense experimental..”, *ob. cit.*, págs. 43 y ss., citan el trabajo llevado a cabo por G. Goodman y sus colaboradores en Denver que estudiando a 46 niños víctimas de abusos sexuales encontraron que siete meses después, los niños que habían testificado en el juicio oral presentaban mayores alteraciones conductuales que aquellos que no habían sido llamados a declarar.

<sup>56</sup> Vid. STELLER, M. y KOEHNKEN, G., “Análisis de declaraciones basados en criterios”, en AA.VV., *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, Edit. Desclée de Brouwer, Bilbao, 1994, págs. 189 y ss. DIGES JUNCO, M. y ALONSO-QUECUTY, M. L., “El psicólogo forense...”, *ob. cit.*, págs. 43 y ss.; como afirman estas últimas autoras, dicho método tiene como punto de partida que las declaraciones basadas en hechos reales (autoexperimentados) son cualitativamente diferentes de las declaraciones que no se basan en la realidad y son mero producto de la fantasía.

Cuando el menor deba declarar en el acto del juicio oral resulta imprescindible evitar su confrontación visual con el acusado. Para ello la mejor opción es la utilización de medios tecnológicos audiovisuales (como por ejemplo, la videoconferencia o circuito cerrado de televisión).

Las propuestas aquí realizadas permiten, por un lado, asegurar la protección de los menores víctimas del delito, disminuyendo los niveles de estrés y ansiedad derivados de su participación en el sistema de justicia penal, al tiempo que facilitan la obtención de información de alta calidad epistémica y, por otro lado, son perfectamente compatibles con las exigencias derivadas del derecho al proceso debido, singularmente con la garantía de contradicción en la formación y producción de la prueba.

No hay ninguna evidencia de que la adopción de medidas de protección especiales para el caso de menores víctimas de delito suponga un prejuicio de culpabilidad del acusado, ni conlleva, tampoco, un desconocimiento de las garantías integrantes del derecho al proceso debido<sup>57</sup>. Por el contrario, las medidas aquí propuestas son fruto de una ponderación adecuada entre las necesidades de protección especial de los menores y las exigencias de respeto ineludible de los derechos del acusado.

---

<sup>57</sup> McEWAN, J., “The testimony...”, *ob. cit.*, pág. 385.