

LA DECLARACIÓN TESTIFICAL DEL MENOR EN EL PROCESO PENAL DE ADULTOS Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN

Lorenzo M. BUJOSA VADELL

Es un honor dedicar estas modestas páginas que siguen al maestro mexicano, profesor y abogado, Humberto Briseño Sierra, que contribuyó de manera decisiva con su obra a que, en la actualidad el derecho procesal iberoamericano esté en la vanguardia de la ciencia jurídica mundial.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La prioridad del interés superior del menor implicado en el proceso penal.* III. *El menor como víctima y como testigo.* IV. *Las dificultades intrínsecas de la declaración del menor en un proceso penal de adultos.* V. *Las nuevas tecnologías en las declaraciones de los menores y su influencia en las imprescindibles garantías procesales.*

I. INTRODUCCIÓN

Cuando en el proceso penal nos referimos a la intervención de un menor de edad —dejando aparte ahora los discutidos límites de esta categoría jurídica—, de inmediato los cuidados aumentan y las preocupaciones son más difíciles de apaciguar. De manera intuitiva estamos considerando a personas especialmente vulnerables, y eso nos sitúa en una posición algo diversa del resto de procesos penales, por mucho que en todos ellos algunos de los derechos en juego sean esenciales, y los implicados, tanto impetradores de justicia como imputados o responsables civiles, merezcan los debidos miramientos.

Pero la posición del menor respecto a la aplicación de normas de naturaleza penal a través del proceso puede ser de naturaleza muy variada, como lo es su posible implicación con reales o supuestas infracciones cri-

minales. De este modo, como mínimo, podríamos encontrarnos con cuatro perspectivas distintas, aunque algunas de ellas tienen por su propia naturaleza una gran cercanía.

En primer lugar, un menor puede recibir la imputación por la comisión de alguna de las infracciones previstas en el Código Penal (CP) o en las normas penales especiales, y por tanto puede ser sujeto pasivo de un verdadero proceso penal,¹ por mucho que bastantes de las medidas aplicables a través de ese proceso —no todas, sobre todo tras las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 5/2000— tengan una finalidad predominantemente educativa —no “reeducativa”, por el mero hecho de que no puede resocializarse a quien nunca ha sido socializado—.

En segundo lugar, si hacemos un repaso de los diversos tipos penales contemplados en el Código Penal vigente en España, veremos que, como no pudiera ser de otra manera, algunos de ellos contemplan específicos bienes jurídicos relacionados con los menores de edad, o consecuencias más gravosas cuando los derechos e intereses de éstos son los vulnerados.²

¹ Decimos “recibir la imputación por la comisión de alguna de las infracciones...”, y en esa expresión se entrevé uno de los problemas, que no es posible tratar aquí, pero que debieran inquietarnos a los estudiosos. Como en cualquier proceso penal en una sociedad democrática, la imputación supone simplemente la atribución de unos hechos con trascendencia criminal atendiendo a las normas aplicables al caso a una persona determinada; atribución que deberá, en primer lugar, estar fundamentada en datos concretos y, en segundo, deberá verse corroborada en fases posteriores del proceso, para poder permitir la irrevocable aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la ley. El especial tratamiento, sin embargo, que se aplica a los menores imputados en el proceso penal de menores, siguiendo las abundantes normas internacionales al respecto y en especial la Convención de Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, con la aplicación de abundantes vías para “huir del proceso” desde los mismísimos trámites iniciales y, en consecuencia, aplicando consideraciones de amplia oportunidad, lleva en ocasiones a tener que recapacitar sobre si de verdad estamos respetando de manera adecuada las garantías procesales. Dicho de otro modo: sin existencia alguna de verdadera actividad probatoria y con la mera imputación —recuérdese que el proceso se ve como un mal a evitar—, en ciertos trámites se coloca al menor en una posición en la que pudiera ser dudosa la presunción de su inocencia y, al contrario, parece que se le considera directamente como culpable que obtiene un correctivo en el ámbito educativo y familiar (artículo 18 LO 5/2000) o incluso un premio por reconciliarse o reparar los daños causados (artículo 19 LO 5/2000). Nos encontramos, por tanto, ante la desasosegante paradoja de que la aplicación de medidas de oportunidad puede desconocer la presunción de inocencia del menor imputado justamente con la finalidad de evitarle el “mal mayor” de someterlo al enjuiciamiento. O si se quiere aun con otras palabras: el minucioso respeto a la presunción de inocencia operaría en contra del interés superior del menor.

² Sin ánimo exhaustivo alguno, podríamos recordar algunas formas de alevosía (artículo 23.1 CP), las lesiones a menores de doce años (art. 148.3), los abusos y agresiones sexuales, el acoso sexual, el exhibicionismo y la provocación sexual, la prostitución y corrupción de menores (artículos 182, 183, 183 bis, 184.3, 185, 186, 187-190 CP), la suposición de parto y

En directa relación con las conductas tipificadas a las que genéricamente acabamos de aludir, nos encontramos con la figura de la víctima menor de edad, a la que, como a todas las víctimas en general, se le ha dado una mayor presencia en el proceso penal, aunque no necesariamente comparezcan en él a través de la figura tradicional en nuestro ordenamiento del acusador particular.³

Las cuestiones que vamos a tratar en las páginas que siguen se refieren a los numerosos casos en que los menores de edad, a veces como víctimas y en algunos casos como verdaderos terceros,⁴ deben suministrar la información

la alteración de la paternidad, estado o condición del menor (artículos 220 y 221 CP), el quebrantamiento de los deberes de custodia y la inducción de menores al abandono de domicilio (223-225 CP), la sustracción de menores (artículo 225 bis), el abandono de familia o de menores (artículos 226-233 CP), los delitos contra la salud pública (artículos 361 bis.2 y 369 CP).

³ Es necesario recordar la Decisión marco del Consejo del 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) (*Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)* L 82, del 22 de marzo de 2001, p. 1) y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 38/2002, del 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (artículos 765, 771, 773.1, 776.1, 777.2, 785.3, 791.2 y 797.2 LECrim). Debe completarse lo anterior señalando la aprobación en el espacio judicial europeo de una nueva norma que deberá ser traspuesta a los ordenamientos de los distintos Estados miembros de la Unión Europea: nos referimos a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (*DOUE* L 315, del 14 de noviembre de 2012, pp. 57 y ss).

⁴ Una de las dificultades de nuestra legislación procesal penal es la ausencia de regulación específica relativa a las declaraciones de las víctimas. Por ello se han aplicado a tales medios de investigación y de prueba las normas propias de las declaraciones testificales, aunque con la adición de una serie de criterios de valoración particulares de creación jurisprudencial que pretenden asegurar la credibilidad del declarante. Véase Ferreiro Baamonde, X., *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, pp. 316 y ss. y, más recientemente, Armenta Déu, T. y Oromí Vall-Llovera, S. (coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Madrid, 2010. En especial, las aportaciones de Sanz Hermida, A., “La declaración de los menores víctimas y/o testigos de delitos: derecho de defensa, protección del interés del menor y eficacia de la justicia penal”, pp. 111-133; Ormazábal Sánchez, G., “El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo”, pp. 135-147; Díaz Pita, M. P., “La declaración del menor víctima de abusos y agresiones sexuales en el proceso penal a la luz de la Decisión marco del Consejo de 5 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal”, pp. 149-166; Chozas Alonso, J. M., “El empleo de la videoconferencia en la declaración de los testigos-víctimas en el proceso penal español”, pp. 167-174; Cubillo López, I. J., “La protección procesal del testigo menor de edad, es especial evitando su declaración en el juicio oral”, pp. 175-185; Pérez Morales, M. G., “La prueba preconstituída en el ámbito de la Decisión Marco 2001/220: necesidad de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, pp. 187-195.

que poseen —a veces como únicos declarantes— sobre los hechos punibles y sobre los delincuentes a los que esos hechos se atribuyen, y para ello deben comparecer en el proceso penal de adultos.

Las características específicas de estos sujetos configuran unas necesidades propias que hasta hace poco han tratado de ser satisfechas con algunos métodos bastante rudimentarios, que no llegan a ser adecuados para el fin que persiguen. La aplicación de algunos medios tecnológicos, en especial las videograbaciones o las videoconferencias, con las debidas cautelas, han suplido en los últimos años algunas de esas dificultades, incluso en la propia legislación, aunque no sin suscitar polémicas y discusiones llamativas.

II. LA PRIORIDAD DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR IMPLICADO EN EL PROCESO PENAL

El principio fundamental que se deduce tanto de las proclamaciones normativas internacionales como de las internas es el del interés superior del menor, que debe ser considerado prioritariamente, y ello implica siempre la evaluación de sus circunstancias personales, familiares y sociales en general, y atender, en consecuencia, sus específicas necesidades. Así, el artículo 3.1 de la Convención del 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (instrumento de ratificación por España del 30 de noviembre de 1990, *Boletín Oficial del Estado* núm. 313, del 31 de diciembre de 1990) dispone que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.⁵

Desde la perspectiva del proceso penal en que se exija su intervención hay varias finalidades que la aplicación de este principio general va a procurar: en primer lugar, se trata de proteger y promover los derechos del niño, en especial del que se encuentra en situaciones de especial vulnerabilidad (por ejemplo, por ser objeto de explotación sexual, trata de menores, malos tratos...) y, en segundo lugar, se trata de evitar al niño, en la medida de lo posible, las consecuencias negativas de la persecución penal, es decir, se trata de evitar una victimización secundaria del menor.

Es necesario que el proceso no agrave el posible trauma sufrido por el niño, y por ello se hace imprescindible acompañar la respuesta penal de la

⁵ Sobre la concreción de este esencial concepto jurídico indeterminado véase Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, 2a. ed., Madrid, 2007.

necesaria asistencia, a través de medidas extraprocesales y, por supuesto, a través de las necesarias adaptaciones en el proceso en el momento de los interrogatorios; por ejemplo, evitando el contacto visual con los imputados o acusados.

La necesaria atención al niño en realidad comienza antes del proceso, incluso si nos limitamos, por nuestra especialidad, a la perspectiva procesal, pues en la práctica hay evidentes dificultades de las víctimas en general, y de los menores de edad en particular, para denunciar los abusos o, más ampliamente, las infracciones criminales que les afectan, sobre todo si se trata de delitos intrafamiliares. Evidente es también esa dificultad cuando la comisión de esos hechos procede de personas con alguna autoridad sobre esos menores (entrenadores, profesores...) o provienen del anonimato de los delinquentes en el ciberespacio.

Es evidente la necesidad de articular medios de investigación plenamente eficaces y adaptados a las circunstancias específicas, que se pongan en marcha sin necesidad de denuncia previa del ofendido ni de sus representantes legales. En este sentido, es fundamental la promoción de líneas telefónicas directas de denuncia, como la 116000 para menores desaparecidos, o la 116111 para menores en general; la denuncia obligatoria de profesionales que por su trabajo con menores conozcan casos de abusos sexuales o de explotación sexual; la aplicación de técnicas avanzadas de interceptaciones de comunicaciones, de vigilancia discreta —incluida la electrónica—, de control de cuentas...

Se hace conveniente en muchos de estos casos la aplicación de investigaciones secretas a través de ciberagentes encubiertos; es decir, con identidad oculta de investigador, aunque ello lleve implícito el problema de la casi siempre tenue línea de separación con los denominados “agentes provocadores”, cuya admisión en un Estado de derecho estimamos que no es posible.⁶

En la fase de investigación de estos procesos penales se debe posibilitar también la identificación de las víctimas mediante el análisis de material de pornografía infantil que se haya transmitido o hecho accesible recurriendo a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC); se deberá proceder, como medida inmediata, aunque con las necesarias exigencias de documentación a efectos probatorios, a la retirada de los contenidos de pornografía infantil y a la detención de los culpables de la difusión o descarga de imágenes de abusos a niños, en ocasiones con la ineludible coo-

⁶ Bueno de Mata, F., “Un centinela virtual para investigar delitos cometidos a través de las redes sociales: ¿deberían ampliarse las actuales funciones del agente encubierto en Internet?”, en Pérez Gil, J. (coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información*, Barcelona, 2012, pp. 163-172.

peración internacional o adoptando medidas de bloqueo si no hay cooperación. Téngase en cuenta que cada vez es más habitual que el delincuente que cometa infracciones criminales a través de Internet se encuentre en un continente distinto de aquel en que se encuentra el servidor y, a su vez, de aquel otro donde se encuentra la víctima. Ello nos puede llevar también a problemas de conflictos de jurisdicciones, y en definitiva a tener que aplicar normas que eviten la vulneración de las exigencias del *ne bis in idem*.

En algunos de estos casos, en virtud del interés superior del menor, así como para fomentar la eficacia de la investigación penal, se propugna evitar el enjuiciamiento de menores víctimas de determinados delitos de explotación o de prostitución infantil que a su vez se han visto en mayor medida obligados a la comisión de otras infracciones criminales de este tipo. Se trata, una vez más, de la aplicación de consideraciones de oportunidad en beneficio del menor implicado en uno o incluso varios procesos penales.

III. EL MENOR COMO VÍCTIMA Y COMO TESTIGO

En la estrategia amplia de aumentar la protección a las personas más vulnerables, la Unión Europea (EU) se planteó para el quinquenio en el que nos encontramos vías concretas para promover los derechos de los ciudadanos y, a ese fin, se habla de “Una Europa de los derechos”,⁷ en la que de manera supranacional y expresa se refuerce la efectividad de los derechos fundamentales, también para las personas con menores posibilidades de defenderse.⁸ Tal vez no esté de más recordar en este punto el principio de eficacia directa del derecho de la Unión en los ordenamientos internos de los Estados miembros y el de primacía de este mismo derecho, incluso sobre la propia Constitución de estos Estados.⁹

⁷ Se trata del “Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* C 115, del 4 de mayo de 2010, pp. 1 y ss.

⁸ En este sentido, no está de más hacer notar que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, adoptado el 13 de diciembre de 2007, se modifica el Tratado de la Unión Europea y el de la Comunidad Europea (a partir de ahora denominado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y se reconoce a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007, con el mismo valor jurídico que los tratados, conforme al artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (*DOUE* C 326, del 26 de octubre de 2012, pp. 1 y ss.)

⁹ Véase una consideración extensa de las implicaciones de estos revolucionarios principios y de su desigual aplicación según la categoría de actos jurídicos ante los que nos encontremos en Mangas, Martín A. y Liñán Noguerras, D., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 2012, pp. 386-434.

Nos interesan especialmente los dos primeros apartados del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales, que bajo el encabezamiento de “Derechos del niño” recogen prescripciones de gran interés para el tema que tenemos planteado: en primer lugar, se proclama el derecho de los niños a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, y además se establece como posibilidad la expresión de su opinión de manera libre, pero añadiendo que será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, según su edad y madurez (apartado 1) y, por otro lado, más centrado todavía en la problemática que nos ocupa, se resalta que el interés superior del niño constituirá una consideración primordial en todos los actos relativos a los niños que sean llevados a cabo por autoridades o instituciones privadas (apartado 2). Es obvio que de estas consideraciones generales se deben derivar consecuencias de peso respecto al tratamiento del niño en un proceso penal.

De manera más específica, aunque con un contenido programático, es preciso detenernos en algunos puntos del Programa de Estocolmo, que recoge algunos parámetros respecto a los derechos del niño, respecto a los de las víctimas de delitos en general, y también respecto a los derechos de las personas en los procesos penales. Es interesante conjugar esas referencias para, seguidamente, entrar más de lleno en la perspectiva que debemos tratar en concreto en este apartado.

Como no podía ser otra forma, el Programa de Estocolmo enlaza con las referencias normativas de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Convención de los Derechos del Niño, las cuales, como se proclama expresamente, “afectan a todas las políticas de la Unión” y “Deben tenerse en cuenta de forma sistemática y estratégica, con objeto de llegar a un planteamiento integrado”, por eso propone la elaboración de una “estrategia ambiciosa de la Unión sobre los derechos del niño”.¹⁰ Asimismo, se insta a la Comisión a describir medidas destinadas a proteger y

¹⁰ Desde principios del presente siglo se empezaron a fijar de manera integrada en la Unión Europea los objetivos para la protección de sujetos especialmente vulnerables, entre ellos las mujeres y los niños: por un lado, en el Programa de La Haya, de 2005, pero también desde varios años antes con diversas decisiones marco sobre ámbitos variados, pero complementarios: el tráfico de seres humanos, la explotación sexual y la pornografía infantil, las víctimas en los procesos penales, entre otros textos de *soft law* dirigidos a promover las reflexiones para el perfeccionamiento de toda esta compleja materia normativa. Más en concreto, podemos citar dos importantes textos: la comunicación de la Comisión “Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia” [COM (2006) 367 final, Bruselas, 4 de julio de 2006] y, más recientemente, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una agenda de la UE para los derechos del niño” [COM (2011) 60 final, Bruselas, 15 de febrero de 2011].

promover los derechos del niño, prestando especial atención a los niños que son víctimas de la explotación sexual y del maltrato, así como a los que son víctima de la trata, entre algunos otros.¹¹

Por otro lado, se trata de examinar, de manera integrada y coordinada, los modos de mejorar la legislación y las medidas prácticas de apoyo a la protección de las víctimas, mejorando asimismo la aplicación de los instrumentos existentes. Se trata también de dar mejor apoyo a las víctimas por otros medios, como las redes europeas existentes, y estudiar la posibilidad de crear un instrumento jurídico global para la protección de las víctimas.

Además, se preocupa naturalmente el Consejo Europeo de que estos avances no vayan en detrimento sustancial de los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales, para asegurar la confianza mutua entre los Estados miembros y la confianza de los ciudadanos en la Unión. Para ello se planteó un plan de trabajo, que ya se viene implementando, con el fin de reforzar los derechos procesales de los sujetos pasivos del proceso penal, asegurando los derechos esenciales.

Una de las acciones concretas de la UE que nos interesa especialmente es la referida a la adaptación de la administración de la justicia a las peculiaridades del niño, para los casos en que éste deba intervenir en ella (“Child-friendly Justice”).¹² Con razón ha sido considerada como una de las acciones clave y de especial relevancia en la que es necesario avanzar de manera colectiva.¹³ Se trata de facilitar que la información dirigida a los niños que

¹¹ Desde hace años las instituciones comunitarias han trabajado para la elaboración y la aplicación de programas de acción para combatir la violencia, los tratos inhumanos y degradantes contra los niños y algunos otros grupos vulnerables, como los jóvenes y las mujeres, buscando una comprensión amplia del concepto de víctima, pues se pretende, por ejemplo, que los niños “que presencien agresiones a parientes próximos deben ser considerados víctimas de la violencia a los efectos de la aplicación de un programa específico para los años 2007-2013 dirigido a la prevención y combate de los niños, los jóvenes y las mujeres y a la víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne III). Véase la Decisión 779/2007/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 del junio de 2007 (*DOUE* L 173, del 3 de julio de 2007, pp. 19 y ss.).

¹² Es importante tener en cuenta a este respecto las indicaciones contenidas en las llamadas “Council of Europe Guidelines on Child-Friendly Justice” o Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a una administración de la justicia adaptada a los niños, del 17 de noviembre de 2012, documento que puede ser consultado en http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Guidelines%20on%20child-friendly%20justice%20and%20their%20explanatory%20memorandum%20_4_.pdf

¹³ Otros aspectos de la Unión Europea que es importante subrayar en cuanto al ejercicio de sus competencias normativas son el principio de subsidiariedad y el de proporcionalidad. Conforme a estos principios, sólo en los casos en que sea imprescindible, y en la medida en que lo sea, se adoptarán medidas conjuntas en el seno de la Unión Europea, de modo que si por la cuestión a regular es suficiente una regulación nacional, no estarían legitimados

intervienen en un proceso de adultos pueda ser comprensible y que el trato a lo largo del proceso sea específico dadas sus características particulares; siempre teniendo en cuenta las exigencias básicas de asegurar un alto nivel de protección de los intereses del menor. Pero se manifiesta la preocupación por ofrecerles la oportunidad de adoptar un rol activo en tales procesos y que sus declaraciones puedan ser tenidas en cuenta. Para ello se insta a la utilización de medios tecnológicos de información y comunicación, como examinaremos más adelante.¹⁴

Debemos destacar, precisamente, que tienen un riesgo especial los interrogatorios a menores. De hecho, se exige que se dispongan cuantas menos declaraciones testificales sea posible y que se eviten, en general, las consecuencias de la experiencia negativa de verse implicado en un proceso penal, lo que suele ser conocido como “victimización secundaria”, que en el caso de los menores es por regla general todavía más traumática. De este modo se establece también que los interrogatorios se realicen sin demoras injustificadas, en locales adecuados, por profesionales con formación adecuada, por las mismas personas cada vez y, como decíamos, sólo con los interrogatorios que sean realmente imprescindibles...

Todavía de manera más específica nos interesan las declaraciones en audiencias públicas o vistas orales, que en estos casos —y en contra de lo que suelen ser las normas de aplicación general, algunas de ellas incluso de alcance general en abundantes ordenamientos— pueden verse excepcionadas con argumentos suficientes,¹⁵ y así, pueden determinar que el juicio se celebre, bien a puerta cerrada y por tanto sin publicidad respecto a terceros, bien con el menor presente en la sala, pero oculto por algún biombo, mampara o similar, bien con la emisión de la declaración del menor a través de

los órganos supranacionales para acometer la elaboración, aprobación y aplicación de esa concreta normativa. Obviamente, como nos recuerda Mangas, Martín A. y Liñán Nogueiras, D., *Instituciones...*, *cit.*, pp. 78-83, opera el principio de subsidiariedad cuando se trata de ámbitos competenciales “que ni son del dominio reservado de la soberanía nacional ni la competencia exclusiva de la Unión”, mientras que el de subsidiariedad y el de suficiencia de medios “son de carácter general y afectan al ejercicio de toda clase de competencias”.

¹⁴ Véase asimismo la Comunicación de la Comisión “Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia”, *cit.*, pp. 6-8.

¹⁵ Así, la famosa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) del 16 de junio de 2005, en el conocido como caso *Pupino* (Asunto C-105/03), resolvió una cuestión prejudicial planteada por un juez del Tribunal de Florencia (Italia) y determinó que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como alegación principal, afirman 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.

una grabación audiovisual realizada en un momento anterior —evitándose así su presencia física en la sala de vistas—, bien de manera simultánea, pero a través de tecnologías de comunicación adecuadas, que además pueden permitir una variedad de matizaciones en la restricción de los derechos del acusado, según las circunstancias concretas y la aplicación del principio de proporcionalidad de manera atenta y minuciosa. En efecto, la protección al menor puede consistir simplemente en la aplicación de un circuito cerrado de televisión que permite la comunicación bilateral y prácticamente completa entre la sala donde el menor se encuentra y el lugar donde se lleva a cabo la audiencia pública, mientras que en otros casos pueden utilizarse medios informáticos, como las conocidas videoconferencias. Y obsérvese que los medios técnicos en la mayoría de los casos permitirían aplicar ulteriores prevenciones por la posibilidad de difuminar o pixelar la imagen del declarante y de distorsionar su voz si se considera necesario. Todo ello, por supuesto, para ser válido debería preverse en una ley formal y aplicarse por una decisión judicial cuidadosamente motivada, pues los derechos del acusado están en juego, principalmente los derechos de la defensa como están proclamados en el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos o en el artículo 14.3.d) y e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otro lado, al margen de las consideraciones estrictamente procesales que acabamos de señalar a modo de ejemplo, hay otras más generales que son aplicables haya proceso o no, siempre con la misma finalidad de ofrecer una protección especial al menor: como la previsión de medidas de asistencia y apoyo al menor, que además no se supediten a la voluntad éste de cooperar o no en el proceso; la exigencia de evaluar por parte de equipos multidisciplinares especializados las circunstancias personales y familiares del menor, así como sus opiniones e intereses. De hecho, se constata que en algunos casos los niños pueden encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad y de grandes riesgos para su bienestar o sus vidas por factores sociales, económicos y/o políticos: por ejemplo, los casos de niños que han crecido en contextos de pobreza o exclusión social, con frecuencia cercanos a ámbitos de prostitución, explotación sexual y tráfico de drogas.¹⁶ De ello, obviamente, se derivan también consecuencias procesales que deben tenerse en cuenta, pues en ocasiones será incluso imprescindible aplicar meca-

¹⁶ Como se afirma en la citada comunicación de la Comisión de 2011, *cit.*, p. 8: “The well-being of children can only be achieved in a society which is free of violence, abuse and exploitation of children”. Pero, como es evidente, en la mayor parte de nuestros entornos sociales, incluso en clases económicamente poderosas y en apariencia pacíficas, no puede afirmarse que ello ocurra.

nismos como la protección de testigos a menores que han sufrido o simplemente han presenciado o tienen conocimiento de infracciones criminales cometidas por organizaciones criminales peligrosas.

Es importante que profesionales especializados puedan asistir a los niños y ayudarles a asumir la experiencia que les ha tocado pasar. Diversos documentos de la Unión Europea se preocupan de que los profesionales que trabajan con niños reciban una formación adecuada también sobre los derechos de los niños, atendiendo a sus diferentes edades, así como los procedimientos a los que están sometidos.¹⁷

Como concreción de estas consideraciones que hemos expuesto de forma general debemos referirnos a dos relativamente recientes actos normativos de la Unión Europea en los que se observa la aplicación de exigencias como las que acabamos de exponer. Se trata, por un lado, de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil¹⁸ y, por otro, de la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.¹⁹ Debe hacerse notar que ambos textos, por su propia naturaleza, se dirigen a los Estados miembros de la Unión Europea, para que a más tardar en unas fechas determinadas incorporen al derecho nacional las respectivas disposiciones contenidas en estas directivas.

Los dos textos contemplan medidas de protección de las víctimas con necesidad de protección especial y posibilitan la aplicación de instrumentos que permitan evitar el contacto visual entre la víctima y el acusado, incluido el uso de tecnologías de la comunicación, y serán por tanto examinados

¹⁷ La reiterada comunicación de la Comisión Europea de 2011, p. 9, destaca expresamente en este sentido: “They should also be trained in communicating with children of all ages and stages of development, as well as with children in situations of particular vulnerability”.

¹⁸ DOUE L 135, del 17 de diciembre de 2011, pp. 1 y ss. Esta norma completa el Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, y de manera más específica para el ámbito europeo, en el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual, conocido como “Convenio de Lanzarote”.

¹⁹ DOUE L 315, del 14 de noviembre de 2012, pp. 57 y ss. A su vez, esta norma sustituye y amplía considerablemente la regulación contenida en la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, del 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, a la que justamente se refería la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la ya mencionada sentencia del caso *Pupino*.

específicamente en el apartado quinto de este estudio. Ahora se trata simplemente de completar el cuadro general de medidas aplicables al menor como víctima que acude a testificar en un proceso penal, con estas referencias más concretas.

Respecto a los menores víctimas de abusos sexuales y de explotación sexual y prostitución infantil, es necesario resaltar la primacía de las medidas preventivas, que son por supuesto las más respetuosas con el interés del menor. Se impulsa por tanto a los Estados miembros a garantizar la aplicación de medidas de intervención eficaces destinadas a evaluar y prevenir el riesgo de comisión de tan graves infracciones criminales, entre ellas dar a conocer los efectos que estas conductas pueden producir en sus víctimas a través de campañas de información, concienciación y sensibilización, en particular a personas que mantienen un contacto habitual. En relación con estos procesos, se pretende evitar que en su inicio o continuación dependan de la denuncia de la víctima o de su representante legal.²⁰ Se prevé la necesaria especialización de las personas, unidades o servicios responsables de las investigaciones y la exigencia de una formación específica. Se exige la regulación de medidas de asistencia, apoyo y protección y se regulan las necesarias para garantizar la protección de los menores víctimas en los distintos actos procesales en lo que deban participar, tanto de la investigación como del juicio: así, la designación de un representante de la víctima cuando en los titulares de la patria potestad o de la tutela del menor concurren circunstancias que desaconsejen esa función; el asesoramiento jurídico sin demora; la rápida información de derechos y de los servicios a disposición de la víctima; el especial cuidado cuando se exija la presencia de la víctima en reconocimientos judiciales de lugar de los hechos o cuando se trate de emitir declaraciones sobre ellos.

Por lo que se refiere a las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas que se han aprobado en 2012, la perspectiva general con la que se ha elaborado esta directiva no impide que se contengan importantes preceptos de protección a los menores,²¹ tanto de manera

²⁰ Realmente, como explica, Rosa Cortina, J. M. de la, “Delitos de pornografía infantil: otra vuelta de tuerca”, *La Ley*, 13 de marzo de 2012: “En las causas penales abiertas por este tipo de delitos no suele investigarse la identidad de las víctimas. Normalmente tal omisión puede estar justificada por la imposibilidad de obtener resultado positivos, pues puede ser material muy antiguo y procedente del extranjero, pero no debe asumirse sin más como pauta de actuación general”. Como recuerda el propio autor, tanto el artículo 30.5 del Convenio de Lanzarote como el artículo 15.4 promueven la necesaria identificación de las víctimas.

²¹ En el artículo 2, dedicado a las definiciones, precisamente se explica que “menor”, a los efectos de esta Directiva es “cualquier persona menor de 18 años”, siguiendo además el criterio de la Convención de los Derechos del Niño. Ante la duda, la opción normativa es

transversal como de modo específico. Efectivamente, por un lado, se insta a la adopción de medidas adecuadas para que las víctimas entiendan y puedan ser entendidas desde el primer momento y durante toda actuación necesaria y a que garanticen un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las características personales de la víctima. Además, se exige velar por que las víctimas reciban una evaluación puntual e individual para determinar sus concretas necesidades de protección. Por otro lado, hay referencias específicas para las víctimas menores de edad, para las que se dan por supuestas “las necesidades especiales de protección en razón de su vulnerabilidad a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias” (artículo 22.4), y justamente en el artículo 24 se pormenoriza el contenido del “derecho a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal”, donde se establece que además de las medidas del artículo anterior, aplicables a todas las víctimas con necesidades especiales —muchas de ellas de imprescindible aplicación para el menor que actúa en un proceso penal de adultos—, deberán tenerse en cuenta otras, como la designación de un representante para la víctima menor de edad en caso de que, de conformidad con el derecho nacional, se imposibilite a los titulares de responsabilidad parental para la representación de la víctima por un conflicto de intereses, o cuando se trata de un menor no acompañado o separado de su familia; se proclama el derecho de la víctima menor de edad a la asistencia letrada y representación legal, en su propio nombre, en los procesos en los que exista o pueda existir tal conflicto de intereses.

IV. LAS DIFICULTADES INTRÍNECAS DE LA DECLARACIÓN DEL MENOR EN UN PROCESO PENAL DE ADULTOS

Cuando se trata de procesos en que deben participar como testigos los menores, víctimas o no de las infracciones criminales que se enjuician —incluso con frecuencia como únicos testigos—, se plantea una larga serie de cuestiones y problemas que agudizan la dificultad de ese ya de por sí delicado medio de prueba que es el testifical.²² Son cuestiones referidas tanto a la for-

clara e indica en el artículo 24.2 de la Directiva: “Cuando no se conozca con certeza la edad de una víctima y haya motivos para pensar que es menor de edad, se presumirá, a efectos de la presente Directiva, que dicha víctima es menor de edad”.

²² Puede ayudar a comprender mejor la complejidad en la que nos encontramos si, de una vez, ya desterramos la consideración de la prueba de las declaraciones testificales como prueba directa. Es, evidentemente, una prueba personal, con toda la labilidad que ello supone, pero en el mejor de los casos no supone más que una “re-construcción”, posiblemente parcial de los hechos, con toda la subjetividad que esto conlleva, con sus sesgos y prejuicios,

ma más adecuada de la declaración para los fines probatorios, a la imprescindible protección del declarante dadas sus particulares características, a la exigencia constitucional de respeto a las garantías procesales de las partes, y en particular del acusado, así como los no menos sensibles problemas de crítica y valoración del testimonio, para lo que es imprescindible la ayuda interdisciplinaria. Conviene ir por partes, para desembocar en los avances que las nuevas tecnologías ofrecen ante esta problemática y la incidencia que pueden tener en la práctica y en la valoración de la prueba testifical.

Con Moreno Catena, podemos recordar que

lo que verdaderamente llena la prueba testifical, su esencia misma, es la declaración o manifestaciones hechos por el testigo con independencia de sus aditamentos formales, pudiendo afirmarse por ello que sólo existiendo testigo que preste declaración nos hallamos ante una verdadera prueba testifical.²³

Pero la amplitud de esta problemática hace imposible un tratamiento completo en estas páginas, y por eso nos limitaremos a esbozar algunos puntos clave que deben cuidarse cuando quien emite la declaración testifical es un menor. A ello se han dedicado los textos que antes hemos ido citando y que nos servirán de guía para las siguientes consideraciones.

Atendiendo a las “Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice”,²⁴ constatamos una serie de elementos generales que afectan a la declaración testifical del menor, algunos de implicación indirecta y otros de influencia inmediata.

voluntarios o inconscientes. El testigo no trae directamente la verdad de los hechos punibles objeto de prueba, sino que es simplemente un instrumento falible más —y por ello sometido a crítica y valoración cuidadosa— para “re-crear” esa verdad a través de los elementos disponibles y en la medida de lo posible. El drama está muchas veces en que no hay más elementos probatorios en el proceso penal para que el juez pueda llegar a un razonable grado de convicción sobre esos hechos. Véase Andrés Ibáñez, P., “Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)”, *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo, 2003, p. 66: “No existen fuentes directas de prueba, en el sentido de que ninguna prueba pone al juez en contacto directo con los hechos”. Sobre la “re-construcción” de la “verdad”, puede consultarse Sobral, J. y Gómez-Fraguela, “Los jueces y su decisiones: la re-construcción de la «verdad»”, en Garrido, E. *et al.* (coords.), *Psicología jurídica*, Madrid, 2006, pp. 199-219. En ese mismo volumen colectivo y más directamente en relación con lo que estamos analizando, véase Sporer, D. *et al.*, “Metamemoria de los testigos presenciales”, pp. 223-268 y Ibabe, I., “Memorias recobradas y falsas memorias”, pp. 269-295.

²³ Moreno Catena, V., *El secreto en la prueba de testigos en el proceso penal*, Madrid, Montecorvo, 1980, p. 54.

²⁴ Adoptadas en la 1098 reunión de Delegados el 17 de noviembre de 2010.

La información y asistencia que desde el primer momento y a lo largo de todo el proceso se debe proporcionar al niño declarante y a sus padres tiene consecuencias claras en su declaración, pues le hace consciente de sus derechos y de las posibilidades de garantizarlos. Es conveniente que se le haga comprensible lo que sucede en la dialéctica procesal, si tiene madurez suficiente para entenderlo, y al margen de su presencia o ausencia física de la sala de vistas. Su opinión acerca de su propia participación en los imprescindibles actos procesales puede ser importante y debe ser escuchada, así como sobre la forma y los momentos en que pueda serle solicitada su declaración. Es necesario informar de las medidas de protección aplicables, tanto intraprocesales como extraprocesales.²⁵ Pero también serán importantes las medidas de asistencia y apoyo en sus diversas vertientes: salud física, psicológica, servicios sociales, interpretación y traducción, etcétera. No descuidarse además el derecho a la intimidad del menor, cuya vulneración puede ser más dañosa dado que por definición todavía no goza de una personalidad madura.

Todo ello al margen de su posible participación como parte procesal acusadora a través de su abogado y representante procesal, en los ordenamientos en que ello se permita, como ocurre en el español a través de la figura de la acusación particular, que lo coloca en una posición funcional muy similar a la del propio Ministerio Fiscal. De este modo, el propio menor debe tener conocimiento de la posibilidad de ejercitar la pretensión punitiva y, asimismo, la pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios causados en su persona y bienes.

Más con concreto respeto a su declaración en el proceso, se resalta el derecho a ser oído y a expresar su opinión sobre todos los asuntos que pudieran afectarle, siempre con la matización de su madurez suficiente para que esta audiencia tenga algún sentido, aunque ya nos hemos referido a la exigencia de que el personal diverso que actúa en el proceso debe adaptar el lenguaje y su conducta en general a nivel de comprensión del niño y a su capacidad de comunicación, según su edad y uso de razón. A diferencia de los testigos mayores de edad, esa declaración debe ser entendida como un derecho y no como una obligación. Hay una reiterada insistencia tanto en las recomendaciones y directrices como en aquellos otros que tienen una

²⁵ Estas medidas cobran sentido si tienen un carácter preventivo y puedan adelantarse a consecuencias indeseables de amenazas, coacciones o en general de la conocida "victimización secundaria". Desde la perspectiva española y sobre la atención a las necesidades de la víctima como testigo, puede consultarse Ferreiro Baamonde, X., *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, pp. 336 y ss. Aunque referidas a la víctima en general, es obvia su aplicabilidad a los menores que se encuentren en las circunstancias previstas.

real fuerza normativa en evitar dilaciones indebidas, que son particularmente perniciosas para la declaración del menor, pues aquí podrían aparecer con mayor probabilidad elementos disfuncionales, como la mayor dificultad para retener lo percibido, la mayor facilidad para ser sugestionado, la dificultad para distinguir entre realidad y fantasía...²⁶

La especialización es fundamental cuando se está tratando en el proceso con menores. Lo que se da por supuesto en los casos en que los menores son los sujetos pasivos del proceso no aparece tan claramente cuando ellos son las víctimas y testigos que actúen en un proceso de adultos en los cuales no es nada habitual que el personal jurisdicente ni el personal colaborador o auxiliar tenga esa preparación específica. Por ello, es importante otorgar un rol destacado a los profesionales que asisten a las declaraciones, sea en la fase de investigación o en la de juicio —dependiendo además de cómo se articule la manera de declarar del menor—.

El menor debe encontrarse en una situación cómoda, a la que deben contribuir los especialistas que le acompañen, pero también el lugar en el que se halle. A ello se refiere, por el ejemplo la Directiva 2012/29/UE en su artículo 23.2.a) y b), relativos a la fase de investigación: “Se tomará declaración a la víctima en dependencias concebidas o adaptadas a tal fin” y “la toma de declaración a la víctima será realizada por profesionales con formación adecuada a tal efecto o con su ayuda”. Se destaca además en las Directrices del Consejo de Europa la necesidad de que antes del inicio del proceso los niños estén familiarizados con la disposición del lugar y con las personas y funciones de quienes estén con ellos o estén actuando en el proceso.²⁷ También de manera más específica el artículo 20.3. b) y c) de la Directiva 2011/92/UE impone que “los interrogatorios del menor víctima tengan lugar, en caso necesario, en locales concebidos o adaptado a tal efecto” y “los interrogatorios del menor víctima sean realizados por o mediante profesionales con formación adecuada a tal efecto”.

Otro elemento importante es la identidad de la persona que va a tomar la declaración, lo cual va a afectar, como más adelante se verá, al principio de intermediación judicial, pero tal vez de manera suficientemente justificada.

²⁶ Para unas consideraciones completas sobre el estereotipo de los niños como testigos y sus excepciones, véase Garrido Martín, E. y Herrero Alonso, C., “El testimonio infantil”, *Psicología jurídica*, *cit.*, pp. 427-474. En este trabajo se resalta como conclusión la importancia de la entrevista al niño y la imprescindible formación específica previa para ello. Véase al respecto las interesantes conclusiones de Nieva Fenoll, J., “La declaración de niños en calidad de partes o testigos”, *Justicia*, núm. 1, 2012, pp. 125-128.

²⁷ “Council of Europe Guidelines...”, *cit.*, “5. Organization of the proceedings, child-friendly environment and child friendly language”, p. 10.

En concreto, el punto c) del apartado segundo del artículo 23 de la Directiva de 2012 se refiere a este aspecto, que adquiere una importancia mayor cuando se trate de menores declarantes: “todas las tomas de declaración a la víctima serán realizadas por las mismas personas a menos que sea contrario a la buena administración de la justicia”.²⁸ Y así, la Directiva de 2011, en su artículo 20.3.d), exige también que “las mismas personas, siempre que ello sea posible y conveniente, efectúen todos los interrogatorios del menor víctima”. Además, el apartado e) establece que “el número de interrogatorios sea el menor posible y sólo se celebren cuando sea estrictamente necesario para los fines de las investigaciones y procesos penales”, y el f): “el menor víctima esté acompañado por su representante legal o, en su caso, por un adulto elegido por él, salvo que por decisión motivada se haya excluido a esta persona”.

Por lo que se refiere a la declaración de las víctimas en general en juicio, la Directiva que se acaba de mencionar obliga a poner a su disposición una serie de medidas también aplicables a los menores (artículo 23.3 Directiva 2012/29/CE): por un lado, medidas para evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor y medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, medidas todas ellas que deberemos retomar en el apartado siguiente, al considerar la contribución de las nuevas tecnologías a esas finalidades legítimas.

Por otro lado, en el mismo artículo se exige arbitrar medidas para evitar la formulación de preguntas innecesarias en relación con la vida privada de la víctima sin relación con la infracción penal, así como medidas que permitan la celebración de una audiencia sin la presencia del público. La aplicación de éstas deberá ser cuidadosa, pues va ser inevitable su ponderación con los derechos y garantías del acusado: básicamente el derecho de defensa como manifestación del principio de contradicción y además el derecho a un proceso público, que son derechos fundamentales en nuestro ordenamiento constitucional, pero no absolutos, y por tanto susceptibles de delimitación, teniendo en cuenta las circunstancias concretas y las exigencias legítimas en una sociedad democrática —expresión usual en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando se trata de restringir derechos humanos o libertades públicas en proclamadas en este texto internacional—.

²⁸ De manera complementaria, el artículo 23.2.d) de esta Directiva establece que “todas las tomas de declaración a las víctimas de la violencia sexual, violencia de género o violencia en el marco de las relaciones personales, a menos que sean realizadas por un fiscal o un juez, serán realizadas por una persona del mismo sexo que la víctima, siempre que la víctima así lo desee y si ello no va en detrimento del desarrollo del proceso”.

Sobre las sesiones en las que intervengan niños, las Directrices del Consejo de Europa se preocupan de que se adapte su ritmo a las necesidades del menor y en especial a su capacidad de atención. Así, pueden ser necesarios descansos más frecuentes de lo habitual y audiencias más cortas de lo ordinario, reforzando con ello la participación de los niños con plenitud de su capacidad cognitiva y estabilidad emocional en las interrupciones y distracciones, que deberán ser reducidas al mínimo.²⁹

V. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS DECLARACIONES DE LOS MENORES Y SU INFLUENCIA EN LAS IMPRESCINDIBLES GARANTÍAS PROCESALES

La cada vez más sólida irrupción de medios de tecnologías de la comunicación y de la información (TIC) en el proceso permite superar algunas de las dificultades que acabamos de plantear, pero a la vez pone sobre la mesa nuevas cuestiones que deben ser consideradas desde la óptica de los diferentes intereses en juego: básicamente el interés superior del menor a su adecuada protección, el interés no menos fundamental del acusado a las exigencias constitucionales del proceso con todas las garantías y aquellos otros derechos fundamentales que le asisten y, además, el interés público de una buena administración de la justicia que concilie todos los intereses contrapuestos y permita alcanzar la finalidad última del proceso penal de ser un instrumento que sirva para la condena de los culpables, pero también para la absolución de los inocentes.

La Comunicación de la Comisión “Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia” de 2011, al referirse a las medidas necesarias para adaptar la administración de justicia a las particularidades de un menor, hemos visto que expresamente se refiere a la utilización de TIC o medios tecnológicos de información y comunicación, en especial la videoconferencia, para permitir que los niños víctimas de delitos puedan participar en el proceso de manera activa, sin ser confrontados directamente con los acusados. Las posibilidades que se ofrecen son variadas, y podría afirmarse que la elección de la más adecuada en cada caso dependerá de las circunstancias concretas.

Sin embargo, si queremos conjugar los diversos criterios que pretenden adaptar la administración de la justicia a las declaraciones de los niños, podríamos concordar en que el criterio general debiera ser obtener la de-

²⁹ “Council of Europe Guidelines...”, *cit.*, “5. Organization of the proceedings, child-friendly environment and child friendly language”, p. 10.

claración lo antes posible, evitar la reiteración de declaraciones, y por tanto aplicar en la primera de ellas las exigencias de la prueba anticipada, evitando así la comparecencia física del menor ante el tribunal en el juicio oral.

Efectivamente, si entendemos de manera amplia el criterio de la previsibilidad, podríamos afirmar que en la mayoría de estos casos es previsible el perjuicio que puede resultar para el declarante el participar de nuevo en el juicio oral, y por ello debe evitarse la declaración en el juicio oral.³⁰ Se trataría, siguiendo este razonamiento y por lo que se refiere a la legislación española, de aplicar de manera analógica el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), que ante casos de imposibilidad de concurrir de nuevo permite practicar la declaración ante el juez de instrucción, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

Tal criterio general es justamente contrario a lo que nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado como ordinario para la práctica de la prueba en el proceso penal,³¹ y así sucede también con aquellos ordenamientos que

³⁰ En este sentido, Nieva Fenoll, J., “La declaración...”, *cit.*, p. 134: “En conclusión, actualmente está comúnmente aceptado que un menor no debe declarar nunca en una sala de justicia, sino que debe ocuparse del análisis de sus recuerdos un especialista en la materia, es decir, un psicólogo del testimonio. Además, como ha quedado dicho, el interrogatorio no debe celebrarse en la sede de un órgano jurisdiccional, sino que a fin de evitar una victimización secundaria del menor, o simplemente una situación tensa, la declaración debe practicarse antes propiamente del inicio proceso (*sic*), en un momento lo más próximo posible al acaecimiento de los hechos y sin la presencia directa de las partes, que sólo podrán formular preguntas al menor a través del psicólogo. Y salvo casos absolutamente excepcionales, esa declaración no tiene por qué repetirse, precisamente, como ha quedado dicho, para evitar la victimización del menor”.

³¹ Así, por todas, la STC 101/1985, del 4 de octubre: “El ordenamiento procesal penal español sitúa el momento de la prueba en el juicio oral (arts. 668 a 731 LECrím.)... En este sentido, las diligencias anteriores, encaminadas a la averiguación del delito y a la identificación de los delincuentes, no constituyen pruebas de cargo, sólo se convierten en prueba al practicarse o reproducirse en el juicio oral, y únicamente a lo alegado y probado en él queda vinculado el tribunal penal por ello, el atestado policial, aunque elemento importante tanto en la fase sumarial como en la interpretación y articulación lógica de las pruebas practicadas en el juicio oral, no puede en modo alguno sustituir a éstas. El artículo 297, LECrím, confiere al atestado el valor de denuncia y, si bien en él se establece —como recuerda el Ministerio Fiscal— que las declaraciones de los funcionarios de la policía judicial relativas a hechos de conocimiento propio tendrán el valor de declaraciones testificales, esta afirmación ha de situarse en su debido contexto: el de la fase de averiguación o instrucción sumarial. Sólo puede hablarse de prueba cuando tal actuación testifical se reitera y reproduce en el juicio oral, de modo que pueda realizarse la oportuna confrontación de la otra parte.

La restricción de la prueba testifical al juicio oral responde al principio de contradicción que inspira el procedimiento penal español y viene a formar parte del contenido de los derechos mínimos que las normas internacionales reconocen al acusado con el fin de garantizar un proceso penal adecuado (artículo 6.3 d) del Convenio para la Protección de los Derechos

han implementado el proceso penal oral, pues se considera en principio como verdadera prueba la que ha sido practicada en la fase plenaria bajo los principios de contradicción, intermediación, concentración y publicidad, pero sin que ello impida excepciones justificadas. De hecho, lo importante es la garantía de la contradicción, siendo de menor grado la intermediación, la concentración e incluso la publicidad, pues el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos dando validez y eficacia de la prueba testifical al margen del momento en que la declaración se haya emitido, siempre que se cumplan las garantías de defensa.³² Conviene, sin embargo, no anticipar del todo la conclusión, pues como antes decíamos, las posibilidades son varias.

1. *Exigencias normativas europeas*

La Convención sobre los Derechos del Niño, al imponer a los Estados miembros la garantía de que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tenga el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, en función de su edad y de su madurez (artículo 12.1), añade que se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. No hay alusión alguna a la utilización de nuevos medios para esta audiencia preceptiva.

Peo los distintos textos europeos a los que nos hemos referido en las páginas anteriores sí contienen recomendaciones o verdaderas reglas con fuerza normativa relativas a la expresa aplicación de estos nuevos medios.

Como adelantamos, la Directiva 2012/29/UE, en su artículo 23, aplicable a todas las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal, al prever la necesidad de evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor, para evitar influencias indeseadas en la declaración y, asimismo, el sometimiento de la víctima a nuevos traumas o, por lo menos,

Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre 1950, reproducido virtualmente en el artículo 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966”.

³² “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contre él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”.

al afloramiento de los antiguos, permite el uso “de los medios adecuados, incluido el uso de tecnologías de la comunicación”. También, cuando pretende garantizar, con los mismos fines, que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, por supuesto se refiere, de manera especial, a la “utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas”.

Un mayor desarrollo de estas previsiones lo encontramos en el artículo siguiente, como ya sabemos, específicamente referido a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal. Aquí nos encontramos con preceptos de gran interés: se establece que en las investigaciones penales todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales, y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales. Se dispone también que las normas procesales de las grabaciones audiovisuales y su uso se determinarán en el derecho nacional.

Por lo que se refiere a la protección de los menores víctimas en las investigaciones y procesos penales por abusos sexuales, explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, la Directiva 2011/92/UE dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que todos los interrogatorios del menor víctima o, en su caso, del testigo que sea menor, puedan ser grabados por medios audiovisuales, y que esas grabaciones puedan ser admitidas como prueba en el proceso penal, de conformidad con las normas de su derecho nacional. Contempla, a su vez, la adopción de medidas necesarias para que la audiencia se desarrolle a puerta cerrada, o para que el menor pueda ser oído sin estar presente en la sala de audiencia, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.

Se obliga a los Estados miembros, por tanto, a prever en su normativa interna tales medidas, pero se deja a la elección de las autoridades competentes conforme a su propio derecho, la determinación de la más adecuada en cada caso, sin más valoraciones. Se incluye, no obstante, en el artículo 20.6 de la Directiva 2011/92/UE, la necesidad de adoptar las medidas necesarias para proteger la intimidad, la identidad y la imagen, así como para impedir la difusión pública de cualquier información que pudiera dar lugar a su identificación, cuando ello redunde en interés de los menores víctimas y teniendo en cuenta otros intereses primordiales. Estas exigencias suponen una manera indirecta de condicionar en el ámbito interno la medida más adecuada, pues de ello deducimos que no es posible una aplicación amplia del principio de publicidad del proceso a terceros que incluya la difusión de imágenes o datos que puedan dar lugar a la identificación del declarante. No afectaría tal prescripción a la publicidad relativa o respecto a las partes

procesales, pues de hacerlo nos confrontaría con la problemática de los testigos anónimos, cuyas declaraciones no bastarían por sí solas para desvirtuar la presunción de inocencia, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.³³

2. *Exigencias normativas españolas*

En el ordenamiento español los avances han sido considerables en los últimos años acerca de la posibilidad de la utilización de nuevas tecnologías en el ámbito jurídico-procesal,³⁴ aunque la práctica deje todavía mucho que desear, entre otros motivos por la falta de inversión suficiente, por la incompleta formación del personal que debe aplicar las TIC o por las dificultades de interoperabilidad por la incompatibilidad de sistemas según los territorios. Bien es cierto que los planes de modernización e incluso algunas normas específicas, que justamente afectan a las cuestiones que estamos tratando en este artículo, tienen un más largo recorrido.

La reforma de 1994 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)³⁵ introdujo ya, en el artículo 230, la previsión de la utilización de medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de las funciones de los juzgados y tribunales.³⁶ Pero fueron algunas leyes bastante más recientes las que incluyeron en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal algunas disposiciones directamente relacionadas con la aplicación de este tipo de medios en las declaraciones de menores en procesos penales de adultos.³⁷

³³ Entre otros, véanse los casos *Doorson* (STEDH del 26 de marzo de 1996), *Van Mechelen* (STEDH del 23 de abril de 1997) *Visser* (STEDH del 14 de febrero de 2002), todos ellos contra los Países Bajos, y el caso *Krasiniki contra la República Checa* (STEDH del 28 de febrero de 2006). Como se afirma en esta última sentencia, el artículo 6o. CEDH no concede al acusado un derecho ilimitado a la comparecencia de los testigos en el juicio. Pero normalmente la prueba debe practicarse en audiencia pública, en presencia del acusado, en una contienda adversarial y las excepciones no deben infringir los derechos de la defensa: en términos generales, al acusado se le debe ofrecer la oportunidad, adecuada y apropiada, de contradecir y cuestionar a un testigo que declara contra él.

³⁴ Téngase en cuenta, sobre todo, la Ley 18/2011, del 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia.

³⁵ Se trata de la Ley Orgánica 16/1994, del 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, del 1o. de julio, del Poder Judicial.

³⁶ Un temprano estudio crítico de esta reforma puede verse en Calvo Sánchez, M. C., "Los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 157, 7 de julio de 1994.

³⁷ Así, deben tenerse en cuenta en particular la disposición adicional única de la Ley Orgánica 13/2003, del 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en

De este modo, la vigente regulación en nuestro país sobre esta materia se resume de la siguiente manera: en primer lugar, en el artículo 433, LE-Crim, al regular las declaraciones testificales como diligencia de investigación, se expresa una interesante distinción entre las declaraciones de los mayores de edad y de los menores: los testigos mayores de edad deben prestar juramento o promesa de decir todo lo que supieran respecto a lo que les fuera preguntado, estando el juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal; mientras que las declaraciones de menores “podrán” realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Salvo que sean imputados por el juez o éste, de manera excepcional y motivada, “podrán” estar presentes quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor. Además, el juez “podrá” acordar la grabación de la declaración.

Con todo lo que llevamos dicho, es claro que nos parece criticable esta discrecionalidad judicial; entendemos que el legislador debía haber impuesto la necesidad de la presencia de expertos, de los padres, tutores o guardadores del menor —salvo contraposición de intereses— y la obligación de grabar la declaración para evitar tener que repetirla en contra del interés superior del menor.

Por su parte, los artículos 448 y 707 de la LECrim, tienen el mismo contenido, aunque el primero se refiere a las diligencias de investigación, y el segundo a los medios de prueba que se practiquen en el juicio oral, “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”. Aquí sí se siguen las directrices europeas y se da cauce jurídico para la protección adecuada del menor. Se echan en falta si acaso criterios más concretos para la elección del medio más adecuado.

Pero nos ayuda a concretar el artículo 731 bis de la LECrim, al disponer que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición que resulte gravosa o perjudicial y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema simi-

materia de prisión provisional, y la disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2006, del 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 del enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

lar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la LOPJ. Ello conlleva una valoración de las circunstancias concretas por parte del juez y una concreta motivación en la resolución que acuerde la práctica de la declaración, que entendemos deberá ser un auto.

La previsión general la tenemos en el artículo 229.3 de la LOPJ, que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas se realicen por videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. Es necesario que el secretario judicial acredite desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervienen a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo.³⁸

Como vemos, en estas normas también se deja al juez la decisión que corresponda según las circunstancias concretas, siempre que se aseguren las garantías esenciales del proceso justo. En consonancia con este criterio, debe tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Eu-

³⁸ Los límites de este estudio nos lo impiden, pero no queremos dejar de citar la polémica que se suscitó en nuestro país en primer lugar por las consideraciones restrictivas que se derivan de la STS (Sala de lo Penal) 678/2005, del 16 de mayo, al no observar razones suficientes para que la declaración testifical —en este caso de adultos— se hiciera por videoconferencia. Las únicas esgrimidas en este caso, tal y como resume la propia Sala, son el ahorro de costes y la mayor seguridad y evitación de fugas al evitar el traslado de presos a efectos de la declaración. Si se ha admitido en otros casos, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Penal) 779/2012, del 22 de octubre, en un caso de declaración por videoconferencia de la víctima realizado desde Rumania. A su vez, la propia Fiscalía General del Estado expresó sus propias dudas: en la Instrucción 1/2002, del 7 de febrero, acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia, destacó que “el derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución, se ve afectado por la utilización de nuevas tecnologías para la celebración del juicio oral”, mientras que la Instrucción 3/2002, del 1.º de marzo, sobre actos que pueden celebrarse a través de videoconferencia de manera más amplia y flexible permite la utilización procesal de la videoconferencia, entre otros casos en la declaración de testigos (“cuando, por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales del testigo o perito o por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de dichas personas en la sede del órgano judicial”).

ropea del 21 de diciembre de 2011,³⁹ por la que se establece que no se deriva del derecho europeo ninguna imposición al Ministerio Fiscal de solicitar al órgano jurisdiccional competente la audiencia de la víctima especialmente vulnerable y que se la tome declaración como prueba anticipada en la fase de investigación.⁴⁰ Entendemos que tras la entrada en vigor de las normas a las que nos hemos referido, el reconocimiento de los intereses del menor deberían llevar a la conclusión opuesta, salvo la concurrencia de circunstancias determinadas —como la cercanía a la mayoría de edad y la especial madurez del menor— que hagan evidente que una nueva toma de declaración en el juicio oral no va a implicar en ningún caso una victimización secundaria.

3. *Las alteraciones en la aplicación de las garantías procesales y su valoración*

En estos casos debemos ser conscientes de que hay una colisión de derechos de alcance constitucional, que deben ser armonizados, aunque de este modo pueden verse limitadas algunas garantías procesales y restringida la aplicación general ordinaria de los principios procesales que rigen nuestro proceso penal.

Hemos constatado ya la evidente desfiguración del principio de inmediación cuando se aplican medios como la videoconferencia. Hay una innegable relación entre el órgano juzgador y el sujeto declarante, que será mayor o menor según las cautelas que se apliquen en el caso concreto, pero tampoco puede negarse que esa relación no es realmente directa, sino a través de un instrumento técnico determinado. Más clara es todavía la ausencia de intermediación cuando el declarante lo hace en una grabación que se emite durante las sesiones del juicio oral. Entendemos que todo ello no implica por sí mismo una vulneración de las garantías constitucionales, siem-

³⁹ Nos referimos al asunto C-507/10, sentencia del 21 de diciembre de 2011 (proceso penal contra X) en que se resuelve una cuestión prejudicial sobre la protección de personas vulnerables en el proceso penal, en concreto se trata del examen de testigos menores de edad.

⁴⁰ La importante Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado, sobre protección de los menores víctimas y testigos concluye, sin embargo, entre otras muchas reflexiones, que “Las Sras./Sres. Fiscales interesarán la grabación de la declaración como modo específico e documentación siempre que prevean que el menor no va a poder declarar en el acto de juicio oral o cuando de los datos recabados pueda sostenerse que el grado de victimización secundaria del menor podría ser especialmente intenso y perjudicial si se le impone la obligación de asistir al juicio como testigo”.

pre que la ponderación de los intereses encontrados y de las circunstancias implicadas se haya hecho correctamente.

En el caso en que la declaración haya sido grabada como prueba anticipada, el que se restringe también es el principio de concentración, por mucho que se oiga de nuevo la declaración y se inicie un debate contradictorio entre las partes en la fase plenaria o de juicio oral. Más complejas son las consideraciones en torno a la publicidad, pues por un lado debe recordarse que se configura en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental (artículo 24.2 de la Constitución Española), y no sólo como un principio del procedimiento, pero las particulares exigencias que hemos visto deben rodear la protección de los derechos del menor obligan a adoptar necesarias salvaguardias que limiten la aplicación del principio de publicidad absoluta.

El que debe permanecer incólume en su esencia es el principio de contradicción o, si se prefiere, el núcleo duro del derecho de defensa.⁴¹ Las limitaciones que se impongan en la práctica de la prueba testifical del menor en ningún caso pueden suponer restricciones insuperables para la defensa del acusado, que debe poder combatir las declaraciones testificales en su contra, e incluso poner en duda la credibilidad del testigo, de modo que pueda introducir una duda razonable en la consideración del juzgador que le impida entender desvirtuada esa verdad interina que conocemos como presunción de inocencia.

⁴¹ Importante en esta materia es la STEDH del 5 de octubre de 2006 (caso *Marcello Viola*), en la que viene a concluirse que la participación a través de videoconferencia no es en sí misma contraria al CEDH, si persigue un fin legítimo y su desarrollo respeta el derecho de defensa.