

El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos. Especialidades procesales en las causas con niñas y niños víctimas de violencia*

The right of children and adolescents to be heard. Procedural specialties in cases involving children victims of violence

Por Dra. Blanca Sillero Crovetto**

Fecha de recepción: 24/07/2019

Fecha de aceptación: 06/08/2019

Resumen: Desde el reconocimiento de los niños como sujetos autónomos, se aborda en el ordenamiento jurídico español el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan y cuando son víctimas de violencia, es necesario exigir que las garantías procesales se respeten en todo momento y lugar. Todas las decisiones que se adopten deben obedecer a la finalidad principal de proteger al niño, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por el interés superior; además hay que procurar que la intervención sea lo menos perjudicial, en función de lo que exijan las circunstancias.

Palabras clave: Derecho del niño a ser oído, violencia, proceso, víctima.

Abstract: From the recognition of children as autonomous subjects, the spanish law approaches the right of children and adolescents to be heard and express their opinion freely in all matters that affect them and, when they are victims of violence, it is required that procedural guarantees are respected at all times and places. All decisions taken must obey the main purpose of protecting the child, safeguarding his

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Comportamientos basados en el discurso del odio" (DER 2017-84178-P) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, cuya IP es la Prof. Dra. Patricia Laurenzo Copello.

** Profesora Titular Derecho Civil. Universidad de Málaga (bsillero@uma.es).

subsequent development and ensuring their best interests; besides, care must be taken to ensure that the intervention is the least harmful, depending on what the circumstances require.

Keywords: right of children to be heard; violence; judicial process; victim.

Sumario: I. Introducción. II. Niños y niñas víctimas de violencia. III. La denuncia y declaración del menor víctima en sede policial. IV. Declaración del menor en sede judicial: 1. El ofrecimiento de acciones y asistencia jurídica gratuita; 2. Posible exención del deber de declarar. V. Declaración del menor en la fase del juicio oral. VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

La preocupación por la infancia aparece en declaraciones y convenios internacionales desde principios del siglo XX, pero hasta 1989 no se dio el salto cualitativo que implica aprobar un texto normativo de vocación universal. Dicho texto, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)¹ adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por la Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990².

Este nuevo marco jurídico-social se proyecta en España en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, (en adelante Ley Orgánica 1/1996), que en su Exposición de Motivos se refiere a los niños "como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás".

¹ En este trabajo se utilizan indistintamente los términos "menor", más común en el ordenamiento jurídico español, y "niños" "niñas" y "adolescentes" frecuentes en el ordenamiento internacional.

² El elevado número de Estados parte resulta muy expresivo del amplio consenso que suscita la idea de que los derechos de los niños han de ser un objetivo común y primordial de la humanidad, en Defensor del Pueblo, (2014) "Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia", Madrid, mayo, pág. 9.

El artículo 12 CDN constituye una de las aportaciones más relevantes al derecho internacional de los derechos humanos y a una concepción del niño como sujeto de derechos. Supone una transformación del enfoque tradicional, que atribuye a los niños el papel de receptores pasivos de los cuidados y atenciones de los adultos –que serían los encargados de adoptar por sustitución las decisiones de mayor relevancia en aquello que les concierna-, para reconocerlos como protagonistas activos y, por tanto, llamados a participar en todo proceso de adopción de tales decisiones. El niño, pasa a ser contemplado como un individuo con opiniones propias que habrán de ser atendidas en consonancia con su capacidad y madurez.

De este enfoque parte el Comité de los Derechos del Niño en su desarrollo doctrinal del artículo 12, a través de la Observación General 12 (2009), dedicada al derecho del niño a ser escuchado. Establece el artículo 12 CDN que:

“1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que 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”³.

El derecho del menor a ser oído y escuchado fue objeto de reforma en el ordenamiento jurídico español por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante Ley Orgánica 8/2015), realizando una diferenciación, entre el derecho a ser oído y escuchado y estableciendo la obligación de dar a la opinión del niño el peso que la

³ El Comité de los Derechos del Niño destaca de este precepto, que debe considerarse “como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del menor, lo que pone de relieve que este artículo no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”, Parágrafo 2 de la Observación General 12.

misma merezca atendiendo a su edad y madurez, lo que hace que se logre el objetivo de una mayor consonancia con lo establecido en la CDN (Sánchez Hernández , 2017, p.98).

Dispone el artículo 9.1 Ley Orgánica 8/2015, lo siguiente:

“1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no

tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”.

El derecho de los niños a ser escuchados está estrechamente vinculado con otro de los principios fundamentales de la Convención, la idea de que el interés del niño ha de ser entendido como superior, y por tanto, ha de tener la consideración de primordial en los procesos de adopción de decisiones que le afecten, artículo 3 CDN. Como el propio Comité afirma, los artículos 3 y 12 de la Convención tienen funciones complementarias de modo que el primero no puede ser correctamente aplicado si no se cumplen los requisitos del segundo. No es posible determinar correctamente el mejor interés del menor sin respetar los elementos de su derecho de ser escuchado. Del mismo modo, el interés superior del menor exige el respeto a su papel esencial en todas las decisiones que afecten a su vida⁴.

Al igual que con el artículo 12 de la Convención, el párrafo primero del artículo 3 ha sido objeto de una Observación General en la que se desarrolla y contextualiza el alcance de este precepto. La Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013 “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño (Liebel, 2015, p.43-61).

El análisis de esta Observación permite ofrecer algunos parámetros sobre el concepto de “interés superior del niño”:

- La Convención parte de un principio radical: el interés del niño ha de considerarse superior a los demás intereses en juego y su exigibilidad no queda

⁴ Observación General 12, párrafo 74.

al criterio de los Estados⁵.

La trascendencia de este principio lleva a que el artículo 11.2.a), de la Ley Orgánica 1/1996, lo considere uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos, así como en múltiples normas internas.

- Se trata de un concepto complejo y no unívoco, que debe determinarse caso a caso. El comité alude a que se trata de un concepto “flexible y adaptable [...] teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales”⁶ y nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 55/1996, 28 de marzo, se refirió como una “zona de incertidumbre o penumbra”. Es por ello que los cambios introducidos en la Ley Orgánica 1/1996, por la Ley Orgánica 8/2015, desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, modificando para ello el artículo 2 y, tal y como se afirma en la Exposición de Motivos se define el concepto de interés superior desde un contenido triple. “Por una parte es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de tomar una decisión. Por otra parte, es un principio general interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.
- A la dificultad intrínseca que implica la determinación del superior interés del menor en cada caso se le une el riesgo de abuso del mismo por parte de

⁵ Afirma el Comité que “si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar”, Observación General 14, párrafos 6 y 37.

⁶ Observación General 14, párrafo 32.

autoridades, padres o tutores, o por profesionales, que pueden desatender la obligación de contemplar el interés superior por considerarlo carente de importancia o por padecer limitaciones de medios que le compliquen asumir esta tarea. El deber de escuchar la opinión del niño es una garantía frente a este riesgo⁷.

- En este sentido ya el Tribunal Constitucional en sentencia 141/2000, de 29 de mayo,, afirmó que: “sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padre o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, al que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño” (Rivero Hernández, 2000, p.245-299).
- Para garantizar el derecho del menor a ser escuchado, la atención debida a su opinión, así como su superior interés, todas las personas con responsabilidades en estos procesos han de disponer de una formación específica en habilidades para el trato de menores.
- Los tribunales de justicia son directamente invocados entre las autoridades a las que incumben una especial obligación de dar satisfacción al interés superior del niño en todas las decisiones que adopten.

En la reciente Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional, Sentencia 64/2019, de 9 de mayo de 2019, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona⁸, respecto de la constitucionalidad del artículo 18.2.4 de la Ley

⁷ Observación General 14, parágrafo 34.

⁸ El Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia 14 de Barcelona, Xabier Abel Lluch, planteó la cuestión de inconstitucionalidad, por “las muchas dudas que se desprenden del nuevo artículo 18.4 Ley de jurisdicción voluntaria, pues se plantea una colisión entre el derecho a la intimidad del menor (artículo 18 CE) y el derecho de la defensa del letrado (artículo 24 CE), amén de que la ley de Jurisdicción Voluntaria rompe con la tradición jurídica precedente –y no modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil- y tampoco otorga al juez una facultad de soslayar en el acta las manifestaciones que afecten a la intimidad del menor y puedan ocasionar un conflicto de lealtades con sus progenitores”, en “La confidencialidad de la audiencia del menor”, *Diario La Ley*, nº 9148, 20 de mayo de 2019. (Clavijo Suntura, 2018)

15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que regula la forma como debe documentarse la exploración de menores, el Pleno ha desestimado por unanimidad la cuestión inconstitucional planteada.

La sentencia, redactada por el Magistrado Ponente Fernando Valdés-Dal-Ré, señala que el contenido de dicho precepto es constitucional porque no vulnera el derecho a la intimidad de los menores.

Recuerda el Tribunal que “El interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores “que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (CDN). Como detalla la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención. Añade que no hay jerarquía de derechos en la Convención: todos responden al “interés superior del niño”, y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor.

Sentada esta premisa, debe constatar que el art. 18.2.4ª de la Ley 15/2015, al regular la audiencia del menor de edad, no hace otra cosa que incorporar una norma de obligada observancia a los expedientes de jurisdicción voluntaria que afecten a sus intereses.

El acta de la exploración judicial del menor constituye el reflejo procesal, documentado, del derecho del menor de edad a ser “oído y escuchado”, entre otros

ámbitos, en todos los procedimientos judiciales en los que esté afectado y que conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social. Este derecho, introducido por primera vez en el art. 12.2 CDN, figura asimismo en el art. 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, ratificado por España mediante Instrumento de 11 de noviembre de 2014; en el apartado 15 de la Carta Europea de derechos del niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992; y, con una fórmula más genérica, en el art. 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Goza pues de un amplio reconocimiento en los acuerdos internacionales que velan por la protección de los menores de edad, referencia obligada para los poderes públicos internos de conformidad con lo establecido por los arts. 10.2 y 39.4 CE. Este derecho se desarrolla en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que indica en su exposición de motivos que se han tenido en cuenta los criterios recogidos en la Observación n.º 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Entre otros aspectos, la citada reforma legal de 2015 refuerza la efectividad del derecho al disponer que, en las resoluciones sobre el fondo de aquellos procedimientos en los que esté afectado el interés de un menor, debe hacerse constar el resultado de la audiencia a éste y su valoración (art. 9.3 in fine de la Ley Orgánica 1/1996).

El derecho del menor a ser "oído y escuchado" forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; en el

mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7, 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, 17/2006, de 30 de enero, FJ 5).

Sucede sin embargo que el propio ejercicio de este derecho puede producir afectación a otro derecho fundamental del que es titular el mismo menor de edad: su derecho a la intimidad, protegido por el art. 18.1 CE, y recogido en los arts. 16.1 CDN y 4.1 de la Ley Orgánica 1/1996. El derecho a la intimidad, según ha reiterado la STC 58/2018, de 4 de junio, “tiene por objeto ‘garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida’ (por todas, STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 7)” (FJ 5).

La interrelación entre ambos derechos se aprecia con claridad en el art. 9.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996, al fijar como regla general, aplicable a toda comparecencia o audiencia de los menores en los procedimientos judiciales, que la misma debe realizarse cuidando de preservar su intimidad.

Toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre ambos derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor: “todos los poderes públicos –incluido el judicial– deben velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad” (STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5, y 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 5). Bien refleja este principio la citada Ley Orgánica 8/2015, que en su exposición de motivos destaca su importancia: “Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar

de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial". Dispone en consecuencia el reformado art. 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996:

“En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

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

En definitiva, el interés superior del niño, se concretiza, en materia de capacidad en el ejercicio progresivo de sus derechos y dentro de éstos está el ser oídos y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta. Este derecho a que su opinión sea tomada en cuenta se entronca con derecho al debido proceso, donde uno de los elementos esenciales lo constituye el derecho a la defensa, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída, comprendiendo en éste la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso e intervenir en todos los asuntos que le afecten (De la Torre Vargas, 2018, p.135).

II. Niños y niñas víctimas de violencia

En España en el año 2017 según la estadística oficial del Ministerio del Interior:

- 38.433 personas menores de edad fueron víctimas de algún ilícito penal, frente a las 37.495 del año anterior.

- Las víctimas menores de edad suponen el 47,6% de todas las víctimas. - 4.542 menores de edad, fueron víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual en

2017. Los más comunes contra ellos son, según las cifras de 2017, el abuso sexual (2.086); el exhibicionismo (495), la agresión sexual (443), la corrupción (433) y el abuso sexual con penetración (258).

- El 78% de los menores de edad víctima de estos delitos son niñas.

El número de casos de violencia contra la infancia registrados en el año 2017 por el teléfono de ayuda a la infancia y a la adolescencia de la Fundación ANAR fue de 6175 casos. Y también con los datos de esta Fundación, en el periodo 2009 a 2016 muestran un aumento espectacular del número de casos por violencia de cualquier tipo, multiplicándose por 4 en este periodo de tiempo.

7 menores de edad fueron asesinados por causa de violencia de género a lo largo de 2017.

Según el informe de Save the Children "Yo a eso no juego", en España, el 9,3% del alumnado considera que ha sufrido acoso en los últimos dos meses y un 6,9% se considera víctima de ciberacoso.

Los delitos que sufren los menores son más graves, más violentos y por tanto les afectan en mayor medida tanto a nivel personal, como social y relacional. Es preciso impulsar nuevas acciones dirigidas al conocimiento, a la prevención y a la solución del maltrato infantil, mediante la mejora de los protocolos y de los sistemas de trabajo interprofesional (Panchón Iglesias, 2003, p.46). El maltrato infantil y la violencia cotidiana que sufren niños, niñas y adolescentes son factores que influyen negativamente y de manera determinante en el desarrollo de sus destrezas y capacidades físico-mentales, genera condiciones de inseguridad e impide un correcto desarrollo en el ámbito social, lo que reduce según Villagrasa (2015, p.27) las posibilidades de interrelación con su entorno. Además, muchos niños, niñas y adolescentes desconocen que son sujetos de derechos.

En todas las actuaciones judiciales, como ya se ha puesto de manifiesto primará siempre el interés superior del niño como así lo declara el artículo 3.1 de la CDN.

La Observación General n° 13 (2011) sobre el "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia", del Comité de los Derechos del Niño en su párrafo

54 dispone respecto de la intervención judicial, que: “Las garantías procesales se han de respetar en todo momento y lugar. En particular, todas las decisiones que se adopten deben obedecer a la finalidad principal de proteger al niño, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por el interés superior; además hay que procurar que la intervención sea lo menos perjudicial, en función de lo que exijan las circunstancias”.

El Comité de los Derechos del Niño y respecto de las autoridades judiciales indica que deberán prestar especial atención a las siguientes salvaguardias:

- El derecho del niño a expresar su propia opinión⁹.
- La determinación de los hechos. Para establecer los hechos y la información pertinente resulta necesario acudir a profesionales, personas cercanas al niño y testigos¹⁰.
- La percepción del tiempo. Los niños y los adultos no comparten la misma percepción del paso del tiempo, por lo que procesos de toma de decisiones que se demoran tienen para su desarrollo una particular incidencia de carácter adverso. Ello lleva al Comité a reclamar que se dé prioridad a estos procesos y que su tramitación sea ágil¹¹.
- Profesionales cualificados. Se abunda en la necesidad de intervenciones interdisciplinarias, dada la heterogeneidad de las características y necesidades de los niños¹².
- La representación letrada. El Comité reclama que los niños dispongan de abogados que atiendan específicamente a sus intereses en los procedimientos judiciales y administrativos¹³.
- La argumentación jurídica. “A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión [...] debe estar motivada, justificada y explicada.

⁹ Observación General 14, párrafos 89-90.

¹⁰ Observación General 14, párrafo 92.

¹¹ Observación General 14, párrafo 93.

¹² Observación General 14, párrafo 94.

¹³ Observación General 14, párrafo 96.

En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hechos referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del menor..."¹⁴.

En nuestro Derecho el deber de motivación de las sentencias es una exigencia constitucional, artículo 120 de la Constitución que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva.

- Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones, además de la existencia de vías de recursos, tales mecanismos deben estar a disposición de niño "que ha de tener acceso directo a ellos o por medio de sus representantes jurídicos"¹⁵.

Por otra parte, existe un concepto que gira en la mente del legislador y de los actores del proceso que va unido al de la víctima y que cobra especial significado cuando se trata de menores que han sido víctimas de delitos y es el de *victimización secundaria*. Es decir no sólo hay que tener en cuenta el daño que produce el delito en la víctima sino todo lo que va a venir a continuación, pues puede verse agravado ese perjuicio inicial, si bien no causado intencionadamente por los profesionales, sí a causa de la reiteración de la declaración en sede policial y judicial, el largo transcurso del tiempo desde que se inicia el proceso hasta que acaba con una sentencia definitiva y la falta de especialización de los profesionales que tratan con la víctima.

Son muchas las medidas a adoptar para evitar esa victimización:

- Los procedimientos en materia de protección de menores víctimas de violencia deben tener carácter preferente y se deben agilizar las causas judiciales cuando hay menores implicados, especialmente cuando se trate de víctimas de violencia y más en los casos de violencia sexual.

- Se debe procurar que la intervención en el proceso del menor sea lo menos perjudicial posible, en función de los que exijan las circunstancias y en la medida de lo posible, la intervención judicial debe ser de carácter preventivo.

¹⁴ Observación General 14, parágrafo 97.

¹⁵ Observación General 14, parágrafo 98.

- Las garantías procesales se han de respetar en todo momento y lugar. En particular, todas las decisiones que se adopten deben obedecer a la finalidad principal de proteger al menor, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por su interés superior y el de otros menores.

¿Con qué legislación contamos en esta materia en el ordenamiento jurídico español?

Para centrar a la cuestión es imprescindible que hagamos un repaso de la legislación donde se contienen todas y cada una de las especialidades procedimentales de todas aquellas causas con menores víctimas. Y la primera impresión que nos provoca es la dispersión normativa que hay sobre la materia, la insuficiencia de normas y sobre las que hay surge la necesidad de aglutinarlas en una sola norma que proteja de manera integral a estos menores que sufren la violencia acarreada de los delitos.

- Ley 4/2015, de 17 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

A pesar de los avances importantes que en la protección contra cualquier forma de violencia han supuesto estas normas, el Comité de Derechos del Niño, con ocasión del examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2010, recomendó a nuestro país que se aprobase una ley integral sobre la violencia contra los niños, parecida a la aprobada contra la violencia de género, que garantizase la reparación de sus derechos y unas normas de atención mínima en las diferentes Comunidades Autónomas. Comité que volvió a recomendar que se agilizase la adopción de la ley integral sobre la violencia contra los niños tras su examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2018.

Teniendo en cuenta las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño, así como los compromisos internacionales que se derivan de los Convenios adoptados en

el Consejo de Europa, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 26 de junio de 2014, acordó la creación de una Subcomisión de estudio para abordar el problema de la violencia sobre los niños y las niñas. La Subcomisión adoptó ciento cuarenta conclusiones y propuestas que dieron lugar a la Proposición No de Ley, por la que se insta al Gobierno, en el ámbito de sus competencias y en colaboración con las Comunidades Autónomas, a iniciar los trabajos para la aprobación de una Ley Orgánica para erradicar la violencia contra la infancia.

El 8 de enero de 2019, los Ministerios de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, Justicia e Interior aprobaron un Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, que en caso de aprobación supondrá la modificación de la legislación referida, partiendo de que la Ley tiene por objeto el respeto de la dignidad, la libertad e igualdad de los niños, niñas y adolescentes y la protección de sus derechos fundamentales garantizando el libre desarrollo de su personalidad en un entorno libre de violencia. Supera así la ley, las medidas de protección frente a la violencia sobre la persona menor de edad entendidas como acción administrativa con una aproximación basada en el respeto a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, a quienes se concibe en todo momento como titulares de derechos subjetivos. En este sentido dispone el artículo 1:

“1. La ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a la integridad física, mental y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la concienciación, la prevención, la detección, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.

II. *A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda forma de perjuicio o abuso físico, mental o moral, sea cual fuera su forma de comisión, incluida la realizada por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.*

En todo caso se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, las agresiones y los abusos sexuales, la corrupción, el acoso escolar, la violencia de

género, la mutilación genital femenina, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio infantil, así como los actos de omisión producidos por las personas que deben ser garantes de la protección de las personas menores de edad”.

III. La denuncia y declaración del menor víctima en sede policial

¿Pueden los menores de edad por sí mismos denunciar sin la necesidad de estar acompañados de un adulto?, interrogante de gran relevancia, cuando la mayoría de los delitos que sufre el menor son cometidos por alguien de su entorno familiar más próximo.

La denuncia policial en puridad de conceptos no es un acto propiamente procesal, por lo que podríamos admitir la posibilidad que se sostiene, entre otros por el Defensor del Pueblo de abrirle la puerta a la denuncia verbal que será redactada por la policía y firmadas por el que lo transcribe y el denunciante¹⁶.

Que el menor tiene derecho a ser oído, lo garantiza el artículo 9 Ley 1/1996, de nueva redacción en 2015, en el que se garantiza el derecho del menor a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación. Se garantiza el ejercicio de este derecho por sí mismo o a través de sus representantes, y si se deniega la audiencia al menor se tendrá que hacer mediante resolución motivada.

La Instrucción 1/2017, de 21 de abril de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se actualiza el “Protocolo de actuación policial con menores” en su artículo 5.2 dispone que “Los menores de edad víctimas o testigos de delito ostentan legitimación para interponer denuncia ante los agentes policiales sin necesidad de la presencia de quienes ejerzan su patria potestad o tutela” y además “cuando denuncien sin la presencia de sus representantes legales, los agentes que la reciban podrán poner en conocimiento la denuncia a aquellos, considerando el propio interés del menor y también, si se aprecia una posible situación de desamparo, en conocimiento del Fiscal”.

¹⁶ En el “Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor...”, *op. cit.* pág. 32.

Realizada la denuncia por el menor o por su representante hay que iniciar lo que se puede convertir en un calvario para el niño/niña que es el relato pormenorizado de los hechos, lo que es el inicio de la victimización secundaria (Diez Riaza y Gisbert Pomata, 2017, p.299). Por ello las claves de cómo han de realizarse la exploración de menores víctimas de delitos en sede policial, siguiendo la instrucción 1/2017 de la Secretaría de Estado de Seguridad y en consonancia con lo establecido en el artículo 21 del Estatuto de la Víctima de Delito se pueden concretar en los parámetros siguientes:

- El interés del menor y la eficacia del procedimiento.
- Funcionarios especializados en tratamiento policial de menores.
- Valoración de la práctica o no de la exploración.
- Acompañamiento del menor.
- Grabación y realización en salas adecuadas.
- En caso de dudas acerca de la minoría de edad deberá presumirse la minoría.

A los funcionarios de policía les corresponde realizar las primeras actuaciones preventivas para evitar la reiteración del delito y para la protección de la víctima en la fase de investigación policial hasta que se dé traslado a la autoridad judicial (Diez Riaza y Gisbert Pomata, 2017, p.302).

El capítulo IX del Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia, se centra en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y consta de dos artículos, 46 y 47. El primero de ellos asegura que todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en todos sus niveles (estatal, autonómico, local), dispongan de unidades especializadas en la prevención y detección de situaciones de violencia sobre personas menores de edad y preparadas para una correcta y adecuada actuación en tales casos¹⁷.

El artículo 47 establece cuáles han de ser los criterios de actuación policial en caso de violencia contra la infancia y la adolescencia, la cual debe estar presidida por el respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes y por la consideración de

¹⁷ Artículo 46.

su interés superior. Sin perjuicio de los protocolos de actuación a que están sujetos los miembros de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la ley recoge una relación de criterios de actuación obligatorios, cuya principal finalidad es lograr el buen trato al niño, niña o adolescente víctima de violencia y evitar la victimización secundaria.

Entre esos criterios de actuación obligatorios, es especialmente relevante la obligación de evitar con carácter general la toma de declaración a la persona menor, salvo en aquellos supuestos que sea absolutamente necesaria. Lo que es coherente con la reforma que se propone de la LECrim, por la que como veremos se pauta como obligatoria la práctica de prueba preconstituida por el órgano instructor. Con la finalidad última de que la persona menor de edad realice una sola narración de los hechos, en una única ocasión, ante el Juzgado de Instrucción, sin que sea necesario que lo hagan ni con anterioridad ni con posterioridad a ese momento¹⁸.

IV. Declaración del menor en sede judicial

Si como es de desear el inicio de las actividades instructoras del juez son inmediatas tras la denuncia, lo que nos interesa en palabras de Diez Riaza y Gisbert Pomata (2017, p.303) es analizar cómo se ha de desarrollar la declaración del menor en sede judicial, iniciado el proceso y si esta se puede y/o debe configurarse como prueba preconstituida.

1. El ofrecimiento de acciones y asistencia jurídica gratuita

Dispone el artículo 109 de la LECrim que en el mismo acto en el que el juez recibe la declaración del ofendido del delito, es el letrado de la Administración de Justicia o personas en las que delegue que estén especializadas en la asistencia a las víctimas, los que le mostrarán su derecho a constituirse en parte en el proceso así como renunciar o no la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible y demás derechos recogidos en la ley.

¹⁸ Artículo 47.

Además, se añade a partir del 2015, un párrafo segundo en el que si el ofendido fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, se practicará igual diligencia con su representante legal o la persona que le asista¹⁹.

2. Posible exención del deber de declarar

¿Debe el menor debe ser informado por el juez instructor y por tanto acogerse a la exención del deber de declarar contenido en el artículo 416 LECrim que afecta a los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil? Exención que tiene su base en el artículo 24.2 de la Constitución Española que establece que “La ley regulará los casos, en que por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre los hechos presuntamente delictivos”.

En el Estudio realizado por el Defensor del Pueblo sobre la escucha del menor en 2015, se advierte que por regla general al menor no se le informa expresamente de que no está obligado a declarar contra ciertos familiares lo que podría poner en tela de juicio la declaración del menor en el proceso y, por tanto, su eficacia procesal²⁰.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 699/2014, de 28 de octubre, en la que se da por válido el testimonio de un menor al que no se le advirtió que podía no declarar contra su padre que era el autor de los abusos cometidos contra él, entiende el Tribunal Supremo que “la exención del deber de declarar en ciertos supuestos no se configura

¹⁹ Será la policía judicial quien cumpla con este deber de información a la víctima, como se prevé en el artículo 771.1 LECrim, hasta que pasen a sede judicial. Además deberán ser informados de que por el solo hecho de ser víctimas de abuso y maltrato, menores de edad, gozan del derecho de asistencia jurídica gratuita como lo dispone la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, en el apartado g del artículo 2, con independencia de la existencia o no de recursos para litigar. Derecho que se adquiere cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justicia gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento.

²⁰ *Estudio sobre la escucha del menor, víctima o testigo* (2015), Defensor del Pueblo, Madrid, mayo, pág. 60.

como una garantía para el procesado sino que es una garantía para la víctima, por ello no se pueden deformar las cosas hasta convertir ese derecho de determinados testigos, víctimas en ocasiones, en una especie de boomerang que se vuelve contra ellos dejándolos desprotegidos y privándoles de la tutela judicial efectiva que han reclamado”.

El Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 94/2010 de 15 de noviembre, y respecto de la falta de información al testigo de la exención del deber de declarar, considera que “no supone ninguna vulneración de una norma esencial del procedimiento, pues no se trata de ningún derecho del acusado, sino de una potestad de los testigos en beneficio de ellos”²¹.

No debemos olvidar de la madurez del menor, para determinar quien deba ser el receptor de la información sobre el derecho que le asiste al menor, y en su caso quien deba ser el que lo ejercite, el menor o su representante legal. El Tribunal Supremo, en este sentido ha afirmado que “no hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usar de esta habilitación. Pero sí ha de contarse con la indispensable madurez según su juicio ponderativo que deberá efectuar el juzgador. Los artículos 162.1 Código civil y 9 de la ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor invitan a ese entendimiento”²².

El Anteproyecto de LO de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia contempla una disposición final tercera de modificación de la ley

²¹ Se afirma que “el Tribunal supremo en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los artículos 416 y 707 LECrim los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado. Y califica la información sobre dicha dispensa, en los supuestos legalmente previstos, como una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos a los que se refiere el artículo 416 LECrim, reputando nulas y, en consecuencia, no utilizables las declaraciones prestadas con todas las garantías. En cuanto a su práctica requiere que se informe a los testigos de la dispensa, si bien se admite que su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima”.

²² STS Sala Segunda, 699/2014, de 28 de octubre.

de Enjuiciamiento Criminal por la que introduce en el artículo. 416 LECrim dos importantes novedades:

1. Una norma específica sobre el ejercicio por parte de las personas menores de edad o con discapacidad del derecho de dispensa de la obligación de declarar en las causas penales seguidas contra sus parientes cercanos. Con ello se trata de colmar una laguna existente en nuestro derecho y se da una pauta clara y homogénea de actuación al órgano instructor. Se atribuye la decisión al representante legal de la persona menor de edad o con discapacidad, salvo en el supuesto de que exista un conflicto de interés entre ambas, en cuyo caso corresponde decidir al Ministerio Fiscal, En todo caso, la persona menor de edad o con discapacidad debe ser oída en relación a sus deseos y a su voluntad de participar o no en el proceso penal seguido contra su familiar. De este modo, se respeta el derecho de la persona menor de edad de participar en el proceso de determinación de su interés superior.
2. Se introduce una excepción en la dispensa de la obligación de declarar de los parientes de la persona investigada. Estas personas no podrán acogerse a la dispensa cuando la víctima del delito sea una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección que se halle integrada en su núcleo de convivencia familiar. Con ello se sitúa en primer término el principio de interés superior del menor.

Quedaría redactado el artículo 416 como sigue:

“Están dispensados de la obligación de declarar:

- a) *Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil*

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado, pero que puede hacer las

manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia.

Tratándose de una persona menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, corresponderá a sus representantes legales decidir si ésta prestará o no declaración en el procedimiento seguido contra su familiar. En caso de existir conflicto de intereses entre la persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección y sus representantes legales, decidirá el Ministerio Fiscal. En uno y otro caso, se respetará el derecho de la persona menor de edad de ser oída en los términos establecidos en la legislación vigente.

Las personas mencionadas en este apartado no podrán acogerse a la dispensa de su obligación de declarar en el caso de que la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección que se halle sujeta a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, o por cualquier otra causa se halle integrada en su núcleo de convivencia familiar.

b) El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.

c) Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación”.

Destacada es, también, la novedad de establecer como obligatoria, durante la fase instructora de un procedimiento penal seguido por un delito que atente contra bienes personales de una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, la práctica de la declaración de esa persona como *prueba preconstituida*. Se trata de un mecanismo necesario para evitar la denominada victimización secundaria y para lograr el objetivo de que la persona menor de edad o con discapacidad, no se vea expuesta a narrar de forma reiterada a

lo largo del procedimiento penal los hechos traumáticos que ha sufrido o ha presenciado.

Por otra parte, se introducen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal los requisitos básicos para que la prueba preconstituida se considere debidamente practicada por parte del órgano instructor. Se establece la obligación del órgano enjuiciador de tener por válida y suficiente la práctica de la prueba, de manera que no podrá acordar una nueva declaración de la persona en el acto del juicio oral, salvo contadas excepciones.

La práctica de la prueba preconstituida se extiende a aquellos supuestos en que la persona menor de catorce años o la persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir como testigo en el procedimiento penal, a fin de elevar el nivel de protección. Asimismo, se otorga al juez instructor la facultad de practicar prueba preconstituida cuando la víctima o testigo sea una persona mayor de catorce años, pero, por sus circunstancias personales y por el delito cometido, sufra una especial vulnerabilidad.

V. Declaración del menor en la fase del juicio oral

Son muchas las razones que desaconsejan según Diez Riaza y Gisbert Pomata (2017, p.327) la intervención de los menores en el acto del juicio pues esta participación redundaría en la victimización que se quiere evitar en el proceso y el tiempo transcurrido desde que se realizaron los hechos hasta que se produce la declaración desaconsejan su práctica. Razones como la posible contaminación del testimonio por la vulnerabilidad y fragilidad de un menor, su evolución y madurez, nada tiene que ver un niño de 5 años cuando ese mismo niño cumple diez.

Las razones por las que un menor ha de declarar en el acto del juicio son por una parte que no se ha preconstituido la prueba que evita su intervención en la vista, por otra parte por considerarse necesaria su presencia y esta no ha podido suplirse con las grabaciones de sus declaraciones o de haberlas no se han realizado con todas las garantías lo que invalida las mismas.

El artículo 25 del Estatuto de la Víctima dispone una serie de medidas para la protección del menor durante la fase de enjuiciamiento:

- a) Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.
- b) Medidas para garantizar que la víctima sea oída sin estar presente en la sala de vistas mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.
- c) Medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima.
- d) Celebración de la vista oral sin presencia de público. En estos casos, el Juez o Presidente del Tribunal podrán autorizar, sin embargo la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa²³.

Un ejemplo de que la situación ideal debiera ser que el menor no tuviera que declarar en juicio, en tanto que la regla general fuera la preconstitución de la prueba con todas las garantías lo encontramos recientemente en la Audiencia Provincial de Málaga, que en fecha 30 de junio de 2019 ha unificado los criterios para que los menores víctimas de delitos sexuales no tengan que declarar en el juicio y así evitar

²³ En los mismos términos el contenido de los artículos 707 LECrim: "Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos. La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación. Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección".

El artículo 681.3 LECrim, protege de manera concreta la intimidad del menor la disponer: "3. Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares".

daños psicológicos siempre que se hayan grabado sus testimonios en fase de instrucción con todas las garantías procesales. La Presidenta de la Audiencia Provincial de Málaga, Lourdes García Ortiz, ha subrayado que con esta medida se pretende evitar esa victimización doble que se le inflige a un menor que ha sufrido un abuso sexual y protegerlo ante esa especial vulnerabilidad que tiene en casos de esta naturaleza.

García Ortiz ha explicado que cuando se hace una unificación de criterio, los acuerdos se remiten a todos los órganos judiciales para que conozcan su visión. No obstante, estas decisiones "no son vinculantes, pero sí orientativas y sirven para intentar dar más seguridad jurídica en cuanto que la respuesta sea la misma en casos similares"²⁴.

Cada tribunal decidirá de forma individual, pero se pretende que el menor no tenga que revivir y recordar todo lo sucedido, aunque se insiste en la importancia de tomar declaración en fase de instrucción con todas las garantías para poder adoptar esta medida.

Es admisible que se sustituya la declaración del menor por la grabación de su declaración prestada en fase de diligencias previas, cuando sea previsible, con base en un informe psicológico, o ante la creencia fundada del juez o tribunal de que la declaración en el juicio pueda ocasionar al menor daños psicológicos. Para ello será necesario que la declaración de la víctima menor se haya grabado en condiciones que permitan su reproducción en el plenario y que se haya practicado con los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello implica "con la presencia del letrado defensor y del propio investigado" y que se adopten las medidas necesarias para evitar el contacto visual con la víctima²⁵.

²⁴ Estas unificaciones son remitidas posteriormente al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) y a los operadores jurídicos.

²⁵ La Ciudad de la Justicia de Málaga cuenta con una "sala Gesell"²⁵ para mejorar la protección y la privacidad de las víctimas, especialmente de los menores. Esta sala, denominada Gesell en honor a su creador, el psicólogo y pediatra norteamericano Arnold Gesell, consta de dos habitaciones separadas por una pared que cuenta con un cristal de grandes dimensiones que permite la visión y la audición de lo que ocurre en una de ellas desde la otra pero no al revés. Esta sala está a disposición de los juzgados

Si esta situación, que podemos considerar ideal, en tanto que el menor no tuviese que declarar en juicio no fuere posible, compartimos con Diez Riaza y Gisbert Pomata (2017, p. 329), que se deben observar una serie de garantías, aunque no todas estén recogidas en la ley:

1. El juicio en el que el menor deba declarar se señalará en primer lugar, el magistrado o juez dará prioridad a oír la declaración de los niños y niñas víctimas y testigos, con el fin de reducir al mínimo el tiempo de espera durante su comparecencia ante el tribunal.
2. Se debería aportar, antes de la declaración, un informe sobre la valoración del estado emocional del menor en dicho momento y su capacidad para poder declarar. De existir oficinas de atención a la víctima, se deberá informar a la misma a fin de que puedan prestar el auxilio, informes y acompañamiento, tanto al menor como a su familia.
3. Preservar en todo caso la intimidad del menor víctima.
4. Evitar la confrontación visual con el inculpado
5. Evitar formalismos, así como la utilización de un lenguaje amigable.

Como advertíamos, la disposición final tercera del Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia introduce un artículo 703 bis en la LECrim con el siguiente contenido:

“Cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 448 bis, se haya practicado como prueba preconstituida la exploración de una persona menor de catorce años, de una persona con discapacidad necesitada de especial protección o de una persona mayor de catorce años especialmente vulnerable, se procederá a instancia de parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2 sin que sea necesaria la presencia de la persona explorada.

y tribunales de Málaga para las pruebas testificales de menores y otras personas especialmente vulnerables.

En estos casos, el juzgado o Tribunal enjuiciador no acordará la intervención de la persona explorada en el acto del juicio, salvo, de forma motivada, en el supuesto de que la intervención en la vista de la persona menor de catorce años, persona con discapacidad necesitada de especial protección o persona mayor de catorce años especialmente vulnerable, sea interesada por la representación procesal de ésta. Asimismo, el Juzgado o Tribunal enjuiciador, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 448 bis y cause indefensión a alguna de las partes”.

Se adiciona un apartado 2 al artículo 778, con el siguiente contenido:

“2. Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 703 bis en cuanto a la no intervención en el acto del juicio de la víctima o testigo que sea menor de catorce años, una persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona mayor de catorce años especialmente vulnerable, cuando se haya practicado prueba preconstituida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 448 bis y 777.3”.

VI. Conclusiones

Como ya constató el Defensor del Pueblo, en España, tras el Estatuto de la Víctima de 2015 se cumplen los parámetros internacionales fundamentales en esta materia, sin embargo la falta de medios materiales y recursos humanos son los que realmente impiden llevarlos a la práctica, a lo que se une que la transferencia de competencias a las distintas Comunidades Autónomas en materia de organización y dotación de recursos, puede estar suponiendo una desigualdad en el territorio nacional, en perjuicio del interés superior del menor.

Se deja al exclusivo criterio del juez la suficiencia de juicio del menor o la conveniencia de realizar determinadas actuaciones, cuando se deberían establecer como preceptivos los informes periciales psicológicos para ayudar al juez en un juicio más adecuado.

No existen apenas criterios de valoración de las declaraciones de los menores de edad y deberían establecerse reglas mínimas en la ley que ya ha desarrollado la jurisprudencia.

Se tiene que reducir el número de declaraciones, y si pudiera ser una sola mejor y en sede judicial preconstituyendo prueba con todas las garantías procesales para ambas partes

Como decíamos al principio, sólo poco más de una docena de artículos dispersos contemplan al menor víctima, lo que nos reafirma en la necesidad de unas normas procesales concretas dentro de una futura ley integral que contenga la efectiva protección de la infancia como víctima de delitos.

Bibliografía

- CLAVIJO SUNTURA, J. Harry (2018) "La participación del menor en la audiencia de exploración", *Rev. Boliv. de Derecho*, nº 25, enero.
- DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2018) "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos", *Revista de Derecho (UCUDAL)*, nº 18, diciembre.
- DÍEZ RIAZA, Sara y GISBERT POMATA, Marta (2017) "La protección jurídico procesal frente a la violencia contra la infancia", en *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.), España: Ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- LIEBEL, Manfred (2015) "Sobre el interés superior de los niños y la evolución de sus facultades", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 49.
- LLUCH, Xavier Abel (2019): "La confidencialidad de la audiencia del menor", *Diario La Ley*, nº 9148, 20 de mayo.
- PANCHÓN IGLESIAS, Carme (2003) "La protección de la infancia", en VILLAGRASA ALCAIDE C (Coord.) *Nuevas Tecnologías de la Información y Derechos Humanos*, Barcelona: CEDES.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2000) "Límites de la libertad religiosa y de las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141(2000, de 29 de mayo)", *Derecho Privado y Constitución*, número 14, enero-diciembre.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen (2017) *El sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (2015) "Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 49, pp. 17-41

Otras fuentes

- DEFENSOR DEL PUEBLO, (2014) *“Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”*, Madrid.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2015) *Estudio sobre la escucha del menor, víctima o testigo*, Madrid.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2018) *Los niños y los adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2017*, Madrid.
- UNCRC (1989) Convención sobre los Derechos del Niño.
- UNCRC (2009) Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12: el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12).
- UNCRC (2011) Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 13 sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13).
- UNCRC (2013) Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) (CRC/C/GC/14)