

Declaraciones de menores víctimas de abuso sexual (1)

Por D. Antonio del Moral García, Magistrado del Tribunal Supremo

(*Publicado en www.elderecho.com, revista de Jurisprudencia. Número 2, noviembre 2014)

I. Preliminares

Se vierten unas limitadas y modestas consideraciones sobre una cuestión en la que se detecta una convergencia entre ordenamientos de muy diversas tradiciones: las declaraciones de menores que han sufrido abusos sexuales. No se pretende tanto dar cuenta de la situación en nuestro derecho -aunque también me detendré en ello de manera muy sintética- cuanto de constatar esas líneas comunes que van informando - a través de reformas legales o mediante tendencias jurisprudenciales- esta cuestión en el derecho comparado.

El calificativo «modesta» no es aquí una mera forma cortés de decir. Es característica señalada y no ocultada de las notas a las que el lector se enfrenta. Se recogen unas ideas muy sucintas; a veces casi obvias. La temática que constituye su objeto ha generado en los últimos años una copiosa bibliografía a raíz de numerosas investigaciones que han servido de motor de un movimiento legislativo activado en muchos países y todavía no culminado. Prescindo aquí de todo aparato bibliográfico: solo quiero transmitir los parámetros que en mi opinión deberían inspirar una plausible regulación y consignar unas referencias -en modo alguno completas: simplemente ejemplificativas- de ese movimiento que me atrevo a catalogar como generalizado en lo que conocemos como mundo occidental.

"Acercamiento a perspectivas victimológicas"

El acercamiento a perspectivas victimológicas, que en épocas superadas habían sido relegadas o postergadas, ha potenciado el interés especial por materias como ésta. Los estudios e investigaciones han alimentando una atmósfera propicia a provocar cambios legislativos que tradujesen a nivel normativo las conclusiones que se alcanzaban en las investigaciones más bien académicas. Junto a las modificaciones legales se alientan nuevas actitudes y formas de actuar en el ámbito forense. Las declaraciones de un menor víctima de delitos sexuales arrastran peculiaridades que invitan a un acercamiento y tratamiento específicos, sin perjuicio de que algunos de los puntos concernidos sean comunes a otras tipologías criminales (capacidad para ser

testigo; forma de interrogar a menores; periciales psicológicas sobre su credibilidad; mecanismos para minimizar la victimización secundaria;...). Esto justifica la aparición de previsiones normativas o protocolos de actuación que quieren erigirse en una respuesta acomodada a las singularidades de las declaraciones de menores.

El desarrollo que sigue permitirá detectar similitudes y asimetrías; coincidencias y variaciones, entre las distintas regulaciones. Se descubrirá fácilmente que los principios inspiradores son comunes, aunque en su plasmación concreta hay diferencias derivadas de enfatizar unos u otros aspectos.

II. Coordinadas generales

"Considero equivocada la fijación de una edad por debajo de la cual se carecería de capacidad para ser testigo en un proceso penal «por imperativo de la ley»"

Una primera premisa que se me antoja elemental consiste en no empeñarse en someter a moldes rígidos la capacidad de testificar del menor. Considero equivocada la fijación de una edad por debajo de la cual se carecería de capacidad para ser testigo en un proceso penal «por imperativo de la ley». Esa limitación normativa, recogida en algunas legislaciones, sin aportar nada puede generar problemas. Decidir si un menor goza de facultades para referir al ser preguntado lo que ha visto u oído es una cuestión de hecho, de supuesto concreto. Darle ese tratamiento legal no condiciona para nada el crédito que deba otorgarse a sus manifestaciones. En la valoración de las mismas habrá de sopesarse entre otras cuestiones la edad que sin duda influye en la capacidad de memorizar, de verbalizar las propias vivencias o de distinguir claramente entre lo verdadero y lo no real. Pero excluir de raíz, abstracción hecha de las características de un determinado menor, la posibilidad de testificar si no se ha alcanzado determinada edad es una limitación innecesaria. Obviamente edades muy tempranas son incompatibles con una declaración, lo diga la ley o no. Y a partir de ciertas edades, sin que pueda establecerse una línea separadora nítida, un menor comienza a adquirir capacidad para transmitir determinadas informaciones sobre lo que ha visto u oído que pueden ser útiles para formar una convicción probatoria en un proceso penal. Es claro que no habrá que reclamarle juramento o promesa de decir verdad. Sería igualmente improcedente advertir de las penas del delito de falso testimonio, inaplicables a quien no ha alcanzado la mayoría de edad penal. Bastará explicarle en términos acordes a su edad qué se espera de él. Llámesele exploración o declaración, estamos sin duda ante una diligencia probatoria de naturaleza testifical.

"Reducir sus comparencias a las estrictamente necesarias"

Demos un paso más: si la necesidad de minimizar lo que se conoce como victimización secundaria es una tarea ineludible en todo proceso penal, se hace mucho más imperiosa cuando la víctima es un menor. En un niño la necesidad de recordar y relatar el suceso traumático al que fue sometido comporta por regla general consecuencias más perniciosas que en un adulto. La "sanación" no llegará y a veces ni siquiera comenzará mientras no se cancele toda necesidad de presencia procesal. Los tiempos procesales son ajenos a las necesidades terapéuticas: siguen un ritmo diferente. Verse obligado a repetir una y otra vez con detalles el episodio, ser sometido a preguntas y repreguntas en momentos diferentes, retrasa la recuperación. Por regla general a estos efectos el menor es más frágil que el adulto. Por eso lo ideal -y en eso suelen convenir las legislaciones actuales- es reducir sus comparecencias a las estrictamente necesarias: así se reduce su victimización. La reiteración de declaraciones, la incertidumbre en la fecha de celebración del juicio oral y su resultado desencadenará en muchos casos estrés emocional, interfiriendo en el proceso terapéutico de recuperación del menor.

"Buscar la mayor proximidad temporal con los hechos "

Buscar la mayor proximidad temporal con los hechos es otro desideratum. La reproducción de declaraciones y, singularmente, el transcurso del tiempo desde el suceso, son elementos que favorecen la aparición de fenómenos de «contaminación» como la creación, reelaboración y remoción de recuerdos, especialmente en pre-adolescentes. Los psicólogos experimentales nos han enseñado que el grado de atendibilidad de las manifestaciones de un menor suele ser inversamente proporcional al número de declaraciones que le hayan precedido.

"Preconstitución probatoria. La entrevista cognitiva mediante la utilización de la conocida como Sala o Cámara Gessel se ha implantado en algunos países"

La calidad epistemológica de la información obtenida, en aras al descubrimiento de la verdad como valor intrínseco de todo proceso penal, aconseja que la declaración de menores se realice directamente por un profesional experto, en un contexto y espacio adecuados. Eso favorece la capacidad de evocar y recordar y evita la «contaminación» del testimonio. Es evidente que esa preconstitución probatoria no puede hacerse al margen de la suprema dirección jurisdiccional; ni de la intervención de las partes, aunque el contacto más directo e inmediato con el menor esté a cargo de profesionales expertos (psicólogos infantiles...). Es preferible, en la medida de lo posible, evitar la confrontación visual con el menor especialmente del victimario. La entrevista cognitiva mediante la utilización de la conocida como Sala o Cámara Gessel

se ha implantado en algunos países. Si quedan cubiertas esas condiciones aludidas (intervención jurisdiccional, participación de las partes, aunque sea indirecta; documentación lo más exacta posible: la grabación audiovisual es la fórmula ideal) puede prescindirse de la declaración del menor en el acto del juicio oral que sería sustituida por el visionado de la grabación de la entrevista realizada en fase de investigación, sin perjuicio de complementarla en los términos a que se aludirá enseguida con una prueba pericial psicológica que identifique la concurrencia de indicadores de credibilidad de sus manifestaciones.

"el peligro de victimización no puede ahuyentarse a costa de diluir las garantías procesales del imputado"

Ahora bien, hay que apresurarse a remarcar que el peligro de victimización no puede ahuyentarse a costa de diluir las garantías procesales del imputado. Las exigencias básicas del derecho a un juicio justo no pueden ser laminadas en aras de los intereses de la víctima. Básico en ese haz de garantías es el principio de contradicción. Uno de sus contenidos básicos es la posibilidad de todo imputado de interrogar directamente al testigo de cargo (CEDH art.6.3 -EDL 1979/3822-). No puede arrebatare esa facultad al imputado. Hay métodos para alcanzar un equilibrio entre los intereses en aparente conflicto: el del menor en no ser sometido a sucesivos interrogatorios; el del imputado en poder contradecir de manera efectiva su testimonio; el de la justicia penal en crear el escenario más adecuado para el esclarecimiento de los hechos. Pero, sea como sea, es preciso salvaguardar a toda costa el derecho del imputado a interrogar aunque tratando de limitar las comparecencias del menor a las estrictamente necesarias; y propiciando la máxima cercanía cronológica con el suceso victimizador.

"Técnica de interrogatorio de un menor"

La psicología del testimonio nos advierte sobre la mayor permeabilidad del testimonio de los menores al influjo de preguntas sugestivas. El menor tiene menos recursos para sustraerse a la tendencia tanto de dar la razón al adulto interrogador cuando percibe gestos de asentimiento o de complacencia con su declaración; como de retractarse cuando percibe que sus respuestas no son del agrado de quien le entrevista. Está muy inclinado a ajustarse a la versión que espera que ofrezca. La técnica de interrogatorio de un menor requiere ciertas habilidades de las que normalmente carecen los profesionales del ámbito forense. Debe primarse la narración libre en los primeros momentos y ser muy escrupulosos para expulsar cualquier atisbo de sugerencia o sobreetendidos. Cuando el primer interrogatorio del menor no se ajusta a los parámetros deseables puede quedar contaminada la prueba: el menor repetirá la

versión que ha adquirido a sus ojos el marchamo de versión «oficial», la que satisface las expectativas que el investigador ha depositado en él.

Otra vez encontramos que las motivaciones victimológicas confluyen con otras de naturaleza epistemológica que aconsejan que el interrogatorio sea dirigido o supervisado por un profesional que disponga de esas habilidades en relación al testimonio de menores, habitualmente un psicólogo, o, en su caso, personal investigador con una formación específica.

"Entorno de la entrevista es otro factor a tomar en consideración"

El entorno de la entrevista es otro factor a tomar en consideración. También aquí convergen razones victimológicas -propiciar un ambiente amable, alejado de la solemnidad fría de los estrados o de una oficina judicial, y evitar que el menor se vea sometido a la mirada escrutadora y a veces hostil de una multiplicidad de profesionales-; con las epistemológicas -un escenario y contexto adecuado estimula la espontaneidad del menor, y facilita su expresividad y memoria-.

"El exceso de publicidad se revela como perjudicial para las declaraciones de menores en casos de abuso sexual"

En términos generales el exceso de publicidad se revela como perjudicial para las declaraciones de menores en casos de abuso sexual. Es una evidencia la afirmación de que la protección de la víctima aconseja disminuir la publicidad a lo estrictamente indispensable, preservando en todo caso los datos de identidad y la imagen del menor.

"Valoración del testimonio del menor "

La valoración del testimonio del menor presenta ciertas peculiaridades respecto de otro tipo de testimonios. Los estudios psicológicos sobre la materia arrojan unas conclusiones y unos cánones y criterios de valoración que no pueden ser despreciados: debe propiciarse la entrada de esos elementos periciales de valoración de la credibilidad del testimonio de menores, mediante peritajes de psicólogos que, sin suplantar la función judicial, coadyuven con la misma. En otro orden de cosas conviene reseñar que las declaraciones de los menores son especialmente aptas para ser objeto de dictámenes sobre credibilidad realizados por especialistas en psicología. Hay que situar esa pericial en su ámbito adecuado y hay que exigir profesionalidad. No cualquier psicólogo está capacitado para ese tipo de prueba, que, por otra parte, nunca puede suplantar el papel del Juzgador. La pericial facilitará pautas para la valoración. Pero decidir si los hechos han sucedido o no, valorar ese testimonio junto con el resto de pruebas, otorgarle o no crédito es función que está radicada en el

juzgador. Este no puede abdicar de esa tarea delegándola en el psicólogo que, por otra parte, si actúa con profesionalidad, no podrá asegurar la verdad o falsedad del testimonio. Tan solo indicará si con arreglo a los sistemas, protocolos y tests valorativos convalidados concurren o no indicadores de fiabilidad o falta de fiabilidad.

Quedan ya sucintamente expuestos los ingredientes que han de manejarse para un adecuado tratamiento normativo de la declaración de menores víctimas de abusos sexuales. Cada uno de ellos sería susceptible de una discusión muy prolija y detallada. A los fines que se pretenden con estas notas es suficiente con esa enumeración. De la combinación de todos ellos cabe derivar las coordenadas que, en mi opinión, han de caracterizar una adecuada regulación legal de esta prueba.

a) Flexibilidad. Es esta una primera idea que se me antoja importante. Desconfío de una regulación rígida y encorsetadora que de un tratamiento idéntico a todos los supuestos sin capacidad de evaluar las características individuales de cada menor y cada asunto. Es necesario que la ley deposite en el operador jurídico las herramientas adecuadas y suficientes pero dejándole cierta capacidad para adaptarlas a la especificidad del caso. Que lo más aconsejable sea la entrevista única, no ha de llevar a imponerla legalmente ignorando que en ocasiones aparece la necesidad de nuevas declaraciones bien por exigencias del principio de contradicción; bien por la conveniencia de perfilar detalles o incluso por ser recomendable desde la propia perspectiva del menor un nuevo testimonio. La ley ha de contener más que reglas rígidas principios y herramientas que permitan dar una solución adecuada a cada supuesto de acuerdo con esos principios.

b) Publicidad. La regla general, susceptible de matizaciones, ha de ser la exclusión. Cabe hacer una cierta gradación. La publicidad interna (la referida a las propias partes procesales) no puede ser abolida; sí la externa. Lo habitual será excluirla y para ello la legislación debe contener previsiones específicas.

c) Contradicción. Ha de quedar siempre a salvo. La defensa ha de gozar al menos de una ocasión para interrogar al testigo de cargo. Este es un principio irrenunciable. No basta con el cumplimiento "formal" de esta exigencia. Ha de darse un contenido efectivo. Por eso no siempre bastará con que concurra a la diligencia de declaración o intervenga en ella -de forma indirecta- un defensor. Si in casu -por estar en paradero desconocido el imputado o no estar identificado todavía- esa presencia no ha colmado las garantías de este derecho se hará indispensable articular un mecanismo para dotar de efectividad a esa facultad. No basta con constatar formalmente que estuvo presente un defensor.

d) Escenario y entorno. Se ha convenido la bondad de generar espacios adaptados para la declaración de menores, evitando la formalidad del habitual escenario procesal. Se considera especialmente importante evitar la confrontación visual con el supuesto victimario. La publicidad interna se salvaguarda mediante un sistema de video conferencia o por otros mecanismos similares. La denominada sala «Gessel» goza de reconocimiento a nivel doctrinal y normativo. Es una experiencia que en general ha ofrecido buenos resultados.

e) Limitación de declaraciones. Ha de entenderse al número indispensable de declaraciones: si es posible limitarla a una única declaración, lo que supondrá inexcusablemente dar intervención en la misma a todas las partes procesales, singularmente al imputado. Para suplir el déficit en el principio de inmediación es más que deseable la grabación de esa entrevista creando así un mecanismo de anticipación probatoria.

f) Periciales sobre credibilidad. Resultan de utilidad bien entendidas en los términos que antes se anunciaron. Han de posibilitarse pero creando un grupo de especialistas convenientemente formados. No pueden sustituir ni la labor judicial de valoración del testimonio (constituyen una ayuda para esa tarea que no suplen); ni sustituir el testimonio directo de la víctima.

g) Los testimonios de referencia deben considerarse admisibles, pero nunca como prueba única, sino sencillamente como elemento corroborador o coadyuvante del testimonio directo. Convertirlos en prueba única o principal significaría burlar el derecho del imputado a interrogar al testigo de cargo.

Sentadas estas líneas generales el resto del texto irá destinado a dar noticia de algunos materiales legislativos, tanto nacionales como supranacionales, para ofrecer una visión panorámica. Prescindiré de un análisis crítico pormenorizado. Mi opinión se deducirá con facilidad del contraste con las ideas que acabo de plasmar. Insistiré en que la pretensión fundamental es la de constatar la realidad de esa convergencia en la idea de que es un tema que merece una atención singularizada por parte del legislador y dar noticia de algunas de las variadas formas en que está plasmando esa tendencia en la que se identifican trazos o núcleos comunes.

III. Unión europea. Referencia a otros textos internacionales

A nivel de normativa de la Unión Europea texto básico es la Directiva del Parlamento Europeo y Consejo de 2012 sobre derechos de las víctimas de delitos -EDL

2012/234536-. Ha sustituido a la Decisión Marco sobre el Estatuto de la Víctima en el Proceso penal 2001/220/JAI del Consejo de 15-3-2001 -EDL 2001/19289-. Los art.23 y 24 de la Directiva postulan la limitación a las estrictamente indispensables de las declaraciones de menores víctimas. Habrán de realizarse en un entorno de publicidad restringida y con la asistencia de profesionales expertos. A efectos de su utilización como elemento de prueba se invita a los Estados miembros de la Unión a garantizar su grabación cuya reproducción sustituiría en el juicio la comparecencia del menor.

El TJUE 16-6-05 (caso PUPINO) -EDJ 2005/70966- basándose en la Decisión Marco de 2001 -EDL 2001/19289- estableció importantes conclusiones en esta materia. Resolviendo la cuestión prejudicial elevada por un Tribunal italiano la Corte indicó que la normativa europea sobre protección de las víctimas obligaba a los Estados a prever en la regulación de su proceso penal incidentes de adquisición probatoria previos al juicio oral que, respetando los derechos de defensa, pudiesen evitar la comparecencia en juicio de los menores de edad para minimizar los riesgos de victimización derivados de la reiteración de declaraciones y comparecencias.

En el marco del Consejo de Europa es digna de reseñar la Convención sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Se inspira en principios semejantes propugnando la adopción de medidas que autoricen la declaración de la víctima ante el Tribunal sin presencia física, mediante el uso de las nuevas tecnologías; así como previsiones específicas sobre la forma de entrevistar a menores: lugares adecuados, intervención de expertos, limitación de las declaraciones a lo estrictamente necesario y grabación de las entrevistas para usarse como prueba en el juicio oral (art.35 y 36).

"Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia 2-7-02 (caso S.N. contra Suecia)"

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concuerda también con estos principios. Muy significativa es su sentencia 2-7-02 (caso S.N. contra Suecia) en la que declaró ajustada al Convenio Europeo de Derechos Humanos -EDL 1979/3822- y en concreto al principio de contradicción la condena dictada en virtud de una declaración no prestada en el acto del juicio oral pero realizada en las fases previas con posibilidad de intervención de la defensa. El demandante había sido condenado por los Tribunales suecos por un delito de abusos sexuales. Denunciaba que en ningún momento su letrado había interrogado directamente al menor víctima que contaba con 10 años de edad. El menor había sido interrogado en dos ocasiones durante la fase de investigación por un policía experto en abusos sexuales. El letrado

no había estado presente en esas entrevistas. Sin embargo se le había ofrecido la oportunidad de reunirse con carácter previo con el agente para fijar el objeto del interrogatorio. Ambas entrevistas fueron grabadas (en video y audio, respectivamente). Se facilitaron al acusado y a su Letrado. Éste no reclamó una entrevista complementaria. En el acto de la vista oral no declaró el menor: tan solo se reprodujeron las grabaciones de las entrevistas realizadas. En su argumentación, el TEDH recuerda su consolidada doctrina acerca de que la utilización como prueba de las declaraciones prestadas en fase de investigación no es incompatible con las exigencias del proceso justo, siempre que se respeten los derechos de la defensa, que exigen que el acusado o su letrado hayan tenido, durante la tramitación del procedimiento, la oportunidad de interrogar al testigo de cargo. Reconoce, acto seguido, que en procedimientos penales de esa naturaleza (abusos sexuales contra menores) es necesario adoptar determinadas medidas de protección de las víctimas por su especial vulnerabilidad. El Tribunal de Estrasburgo concluye que, en atención a las circunstancias concurrentes, las medidas adoptadas para contrarrestar la limitación para el derecho de defensa derivada de la inexistencia de un interrogatorio directo, debían calificarse de suficientes. El CEDH art.6.3.d) -razona- no puede ser interpretado, en el marco de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales contra menores, como una exigencia de que, en todos los casos, las preguntas sean planteadas directamente por el acusado o su abogado, mediante preguntas u otros medios». Sentencias posteriores con unos u otros matices han refrendado esa exégesis (TEDH 10-11-05: Bocos-Cuesta contra Holanda -EDJ 2005/170986-, 24-4-07: W. contra Finlandia -EDJ 2007/20880-, 10-5-07: A.H. contra Finlandia -EDJ 2007/28754-, 27-1-09: A.L. contra Finlandia -EDJ 2009/7641-, 7-7-09: D. contra Finlandia -EDJ 2009/143550-, 28-9-10: A.S. contra Finlandia -EDJ 2010/189854-).

En las conocidas como Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, se alude también a la necesidad de mitigar las consecuencias derivadas de la victimización secundaria (Regla 12). La Regla 5, párrafo segundo, declara que «Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo». Y la regla 37, al referirse al anticipo jurisdiccional de prueba, establece que «Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o enfermedad. A estos efectos, puede resultar

necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales». En las misma línea pueden verse las Reglas 70 y 71.

IV. Algunas referencias de derecho comparado

Realicemos ahora un breve recorrido por el derecho comparado.

En USA, cuyo sistema adversarial es poco proclive para las excepciones en lo que es la declaración directa ante el propio Tribunal, se cuenta con pronunciamientos que admiten el testimonio no presencial del menor de edad víctima de abusos sexuales. La Sentencia Maryland v. Craig, 497 u.s. 836, 836-60 (1990) dio por válida la declaración en juicio de la víctima de abusos sexuales de 6 años mediante circuito cerrado de TV: «The victim, a six-year-old girl, attended a kindergarten and prekindergarten operated by the defendant Sandra Craig. Using a one-way closed-circuit television for the child's testimony, the trial court convicted the defendant on counts of child abuse, first and second degree sexual offenses, perverted sexual practice, assault, and battery». Por su parte en el asunto White v. Illinois (1992) el Tribunal Supremo americano admitió la eficacia probatoria de las declaraciones del menor de edad que no solo no compareció en el juicio sino que además no había sido sometido a interrogatorio contradictorio. Dos órdenes de razones se aducían en apoyo de esa decisión: las declaraciones merecían crédito, eran fiables (reliable) pues se habían vertido de manera espontánea a diferentes personas y eran coincidentes. El menor había trasladado idéntico relato al médico que le había examinado; y, por otra parte, el acusado no había impugnado la testifical en un momento previo, lo que podía interpretarse como una renuncia a la contradicción que, recordemos, es posibilidad de contradicción real, que no contradicción efectiva. Por ello el Fiscal para hacer uso de la testifical de referencia no tenía que demostrar la imposibilidad de comparecencia del testigo (unavailability).

La STPO alemana contiene una previsión recientemente actualizada atinente a esta materia. La regulación actual data de septiembre de 2013 y es uno de los frutos de una mesa redonda contra el abuso sexual que convocó el Gobierno Federal y que desarrolló sus sesiones de trabajo entre los años 2010 a 2012 en Berlín bajo la presidencia de las Ministras Federales de Justicia, Familia y Ciencia. El § 255a STPO prevé la grabación videográfica de las declaraciones de menores de 18 años víctimas de un delito sexual. La reproducción de la grabación puede sustituir la declaración del menor en el acto del juicio oral siempre que se haya preservado el principio de contradicción (presencia del abogado del acusado y posibilidad de interrogar). Durante

la entrevista previa al juicio el juez y el menor están presentes en una sala mostrando ambos el perfil a una cámara inmóvil. La entrevista es transmitida a otra Sala en la que están presentes fiscal, acusado, letrado defensor, así como habitualmente un psicólogo especializado en evaluación de credibilidad. Se advierte al menor de que el testimonio está siendo retransmitido. Una vez que el Juez ha finalizado con su interrogatorio se dirige a la sala contigua donde los presentes le pueden sugerir nuevas preguntas o aclaraciones que podrá efectuar sin las considera necesarias. Si se reputa necesario, caben entrevistas o declaraciones complementarias posteriores: cuando el testimonio grabado se revela como incompleto, inconsistente o contradictorio o cuando han aparecido nuevos hechos sobre los que el testigo no declaró en la anterior entrevista. Si finalmente no se reemplaza la comparecencia del menor en el juicio por el visionado de la grabación, éste puede declarar en presencia del acusado (no es un problema si el menor desea hacerlo así); o mediante la transmisión desde una sala contigua; o sin la presencia del acusado y mediante transmisión por circuito cerrado de televisión al lugar en que se encuentre el acusado. Los Tribunales federales han convalidado esas fórmulas legales.

En la legislación procesal penal italiana se habilita también un incidente de anticipación probatoria mediante la grabación del testimonio admisible para el menor de 16 años víctima de delitos sexuales (art.392 y 398 bis de su Código). El examen o interrogatorio pueda tener lugar fuera de la sede del Tribunal, en centros asistenciales especializados o, en su defecto, en el domicilio del menor. Las declaraciones testificales han de ser documentadas en su integridad con medios de reproducción fonográfica y audiovisual.

La legislación francesa desde 1998 (Loi núm 98-468, de 17-6), impone igualmente la grabación audiovisual de las declaraciones de estos menores, siempre que lo consienta el mismo menor o, en su caso, su representante legal. En la práctica el interrogatorio se efectúa por un profesional (psicólogo, médico, educador, etc.) en comunicación con los presentes en una dependencia aneja que pueden sugerirle preguntas o hacer indicaciones (art.706-52 y 53 del Código de Procedimiento Penal).

En Suiza el art.154.IV de su Código de Procedimiento Penal dispone que si hay evidencias de que la entrevista o el interrogatorio provoque estrés emocional en el menor, se evitará la confrontación visual, salvo que el propio menor lo desee o se revele como inevitable. Por lo general no se permiten más de dos entrevistas durante todo el procedimiento. Tras la primera solo se admiten nuevas entrevistas si el imputado no tuvo oportunidad de ejercer sus derechos durante la primera entrevista o

si lo reclama el interés del menor. En la medida de lo posible todas las entrevistas han de ser efectuadas por la misma persona que ha de ser un especialista en la materia. Las entrevistas se registran de forma audiovisual.

También es obligatoria la grabación de la declaración de los menores de 14 años en Croacia. El art.52.3 de la ley procesal penal de Turquía obliga a que las declaraciones de menores víctimas se graben en un sistema audiovisual para evitar su comparecencia en el juicio. En Finlandia, la ley que entró en vigor el 1 de enero 2014 también prevé la obligación de audio-video record de las declaraciones de las víctimas menores de edad y en general cualquier testigo «vulnerable» con esa finalidad de sustituir a la comparecencia en el juicio.

V. Ordenamiento español

Una primer referente legal en España es la LO 1/1996 de protección jurídica del menor -EDL 1996/13744-. Su art.9 tras sentar el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado, apostilla: «En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad».

Un pronunciamiento del TS recaído el 16-6-98 -EDJ 1998/6038- que anulaba la condena recaída porque las dos testigos víctimas, de 8 y 6 años de edad habían declarado sin confrontación visual con los acusados, uno de ellos el padre de las niñas, al colocarse un biombo en la sala de vistas como medida protectora, dio lugar a una fuerte contestación y críticas que alentaron una reforma legal que llegó de la mano de la L 14/1999, de 9-6 -EDL 1999/61778-. Representaba un hipergarantismo exagerado y no justificado imponer esa necesidad de enfrentamiento de la víctima menor de edad con el autor del delito. La modificación legal confirió a la diligencia de careo con un menor un carácter excepcionalísimo. Para su admisibilidad sería imprescindible la concurrencia de dos presupuestos: su indispensabilidad, a juicio del juez y la no lesividad para el interés del menor, a cuyo fin deberá reclamarse un informe pericial. Se introdujo además una previsión tendente a evitar la confrontación visual con el inculcado, utilizando cualquier tipo de técnica (no solo las audiovisuales especialmente mencionadas, sino también algunas otras muy sencillas y muy frecuentes como la retirada a un lugar no visible del inculcado durante la declaración). No es del todo afortunada en mi opinión que para adoptar esa medida se reclamen dos condiciones: una resolución judicial motivada y un informe pericial (art.448 y 707 -EDL 1882/1-). Hubiese sido más plausible la incorporación de algunas previsiones del

Derecho Comparado más valientes que ya han quedado expuestas, singularmente la sustitución de la declaración directa por la grabación en un incidente contradictorio en la fase de investigación.

Pese a la falta de apoyo expreso legal esa práctica se ha ido abriendo paso obteniendo las bendiciones tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional. La sentencia del TEDH del caso Pupino, antes citada -EDJ 2005/70966-, así como una muy acertada instrucción de la Fiscalía General del Estado.

"Validez de la declaración de una niña de 5 años de edad, en condiciones de preconstitución probatoria: necesidad de dejar siempre a salvo el principio de contradicción"

Son varios los pronunciamientos jurisprudenciales que avalan esa técnica que trata de conciliar los intereses de la víctima con las garantías que han de estar presentes en un procedimiento judicial. Un botón de muestra es el TS 10-03-09 -EDJ 2009/41886- que reconoce la validez de la declaración de una niña de 5 años de edad, en condiciones de preconstitución probatoria: se había sustituido la declaración en el acto del juicio oral por el visionado de la grabación de la entrevista realizada en fase sumarial por una psicóloga, con la presencia de todas las partes sin ser vistas por la niña. Se menciona expresamente la Técnica de la Sala Gessel: «Las desventajas derivadas de la falta de intermediación espacial y temporal de la declaración no excluyeron totalmente la intermediación a través del visionado de la grabación y quedaron ampliamente compensadas por lo beneficios de conjurar los graves riesgos que para la estabilidad de la menor de edad hubiera supuesto su exploración judicial en el plenario». Esta línea jurisprudencial está ya consolidada con el aval de un nutrido grupo de sentencias posteriores (por citar algunas más recientes, pueden verse las sentencias de 8-11-12 -EDJ 2012/270035-, 20-12-12 -EDJ 2012/283904-, 9-1-13 -EDJ 2013/3127- o 5-6-13 -EDJ 2013/89562-). Las recientes SSTS 449/2012, de 25-5 o 14-10-14 -EDJ 2014/180030- enfatizan la necesidad de dejar siempre a salvo el principio de contradicción. El mero testimonio referencia o la posibilidad de interrogar a los peritos no puede sustituir al interrogatorio directo a las víctimas (aunque no necesariamente en el plenario).

"Exploración por expertos"

Por su parte el Tribunal Constitucional en su sentencia 174/2011 -EDJ 2011/251135- asumía el criterio respaldado por el Tribunal Europeo en sentencias a las que también he hecho antes referencia: «quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe

ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior». Dada la escasa edad de las niñas (por debajo de seis años) la exploración por expertos «no sólo resultaba adecuado para su debida protección§, sino que «también lo era para fortalecer la fiabilidad de sus manifestaciones, pues la intermediación del experto puede disminuir el impacto emocional de la entrevista al tiempo que favorecer la adecuación del lenguaje utilizado a su comprensión lingüística». A partir de la constatación de que existía una causa legítima para que las menores de edad no asistieran al juicio oral como testigos de la acusación, el testimonio de referencia de sus progenitores, de sus tutoras y el de las mismas expertas que las exploraron, en cuanto narran la manifestación inculpativa que a ellos les hicieron las niñas, puede ser legítimamente valorado, aunque sólo tenga como función argumental reforzar o restar credibilidad a dicha inculpativa, pero no sustituirla. La STC 57/2013, de 11-3 -EDJ 2013/25114- abunda en las mismas razones llegando a prestar el aval a la valoración de esos testimonios de menores cuando la defensa, aún no habiendo sido convocada, ha conocido los informes y ha prescindido de solicitar su intervención en ellos o de interesar la comparecencia de las menores.

"Obligada la presencia del Ministerio Fiscal"

Posibilita también la ley la presencia facultativa de expertos cuando ha de declarar un menor. Es obligada la presencia del Ministerio Fiscal.

"Reforma global de la legislación procesal penal"

Como es conocido hace mucho tiempo que está pendiente en nuestro país una reforma global de la legislación procesal penal. El último intento viene representado por un borrador de Código Procesal Penal que fue elaborado por una Comisión de expertos nombrada ad hoc por el Gobierno de la Nación. El texto fue dado a conocer a comienzos de 2013 para que fuese objeto de debate en la Academia y por los colectivos profesionales implicados. Su futuro es muy incierto, y eso en la estimación más optimista. En esta materia va más lejos que la legislación vigente con una regulación en general mucho más acertada y acorde con las tendencias que se detectan a nivel internacional.

"Reglas que contiene para las declaraciones de testigos menores de edad"

Las reglas que contiene para las declaraciones de testigos menores de edad pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- a) Ha de evitarse cuando se revele como inconveniente lo contrario la confrontación visual de los testigos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de la diligencia.
- b) Se prevé la presencia de padres, tutores o guardadores, salvo que sean encausados o el Fiscal excepcionalmente y de forma motivada acuerde lo contrario.
- c) Ha de darse intervención a expertos cuando el Fiscal lo considere necesario. En esos supuestos solo los expertos están en presencia del menor de edad para formular las preguntas oportunas de la manera que le sea menos perjudicial. La contradicción se garantiza en ese caso mediante la formulación de las preguntas de las partes a través del experto.
- d) Cuando la reiteración de la comparecencia para declarar sobre los hechos resulte peligrosa para el desarrollo de los menores o para la salud de personas vulnerables, se practicará prueba anticipada ante el órgano de enjuiciamiento a instancia de parte y con salvaguarda del derecho de defensa y del principio de contradicción. A efectos de su valoración como prueba, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia.

VI. Una conclusión

Sirva como colofón de estos apuntes una idea ya expresada: las manifestaciones de un menor víctima de abusos sexuales ofrece singularidades que han de ser contempladas en la ley. Ésta debe proporcionar al aplicador un conjunto de herramientas suficientemente amplio y flexible para alcanzar en cada caso la solución más adecuada que permita conciliar derechos del menor, derechos del imputado, e interés de la sociedad por alcanzar la justicia.

NOTAS:

1. Estas líneas, con las debidas adaptaciones, son un somero reflejo de las ideas que tuve ocasión de exponer en un seminario celebrado en la provincia de Misiones (Argentina) en el centro de capacitación Judicial en julio de 2014. En aquella provincia se aprobó recientemente un Código Procesal Penal que sigue la estela de la reforma de 2003 de la legislación nacional argentina (Ley 25852; conocida como Ley Rozanski

en referencia a su inspirador). El art. 252 del mentado Código disciplina para las víctimas de delitos sexuales menores de 16 años un sistema que pivota sobre los siguientes ejes: entrevista por un psicólogo especialista al que además se encomienda la emisión de un informe posterior; realización en un gabinete especialmente acondicionado (cámara Gessell); presencia e intervención de las partes solo indirecta y exclusión en todo caso del imputado.

El Derecho Grupo Francis Lefebvre no comparte necesariamente ni se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores o colaboradores de esta publicación.