



**LA PARTICIPACIÓN Y PROTECCIÓN DEL
MENOR VÍCTIMA DE ABUSOS SEXUALES EN EL
PROCESO PENAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN
A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

**Denisa Remona Vane
Tutora: Dra. Susanna Oromí Vall-Llovera
Trabajo Final de Grado en Derecho
Universidad de Girona
Curso 2020-21
1ª Convocatoria - Febrero 2021**

ÍNDICE

Abreviaturas	1
1. Introducción.....	2
2. Marco legal.....	3
2.1 Conceptualización del menor como “víctima especialmente vulnerable”	3
2.2 La protección de las menores víctimas de abuso sexual en el ámbito internacional y europeo.....	5
2.3 La protección de las menores víctimas en el ámbito nacional	7
2.4 El delito de abuso sexual a menores y el bien jurídico protegido.....	9
3. La participación de la menor en el proceso penal	11
3.1 La denuncia ante un supuesto delito de abuso sexual a menores	11
3.1.1 Factores influyentes en la interposición de la denuncia	12
3.1.2 El papel del Ministerio Fiscal y el impulso del proceso ante un delito de abuso sexual a menores	13
3.2 La intervención de la menor en la fase de instrucción.....	14
3.2.1 La adopción de medidas cautelares al acusado para la protección de la menor víctima.....	14
3.2.2 El defensor judicial del menor.....	15
3.2.3 La capacidad del menor para testificar y su declaración en la fase de instrucción	16
3.2.4 La prueba anticipada y preconstituida.....	17
3.3 La intervención de la menor en la fase del juicio oral	20
3.3.1 La declaración del menor como prueba de cargo	20
3.3.2 El ejercicio del derecho de dispensa	22
3.3.3 Medidas de prueba adicionales al testimonio del menor.....	23
4. La valoración judicial de la prueba en la fase de enjuiciamiento.....	26
4.1 Criterios de validez y credibilidad de la declaración del menor.....	26
4.2 Supuestos de absolución por delitos de abusos sexuales a menores.....	28
5. Perspectiva práctica de diferentes operadores en el ámbito de los abusos sexuales a menores	29
6. Conclusiones.....	44
7. Bibliografía.....	48
7.1 Legislación	51
7.2 Jurisprudencia.....	52
8. Anexos.....	54
Entrevista jueza.....	54
Entrevista Fiscal.....	60
Entrevista psicóloga EATP.....	75

Entrevista abogada	84
Entrevista a psicóloga de la Fundación Vicky Bernadet	88

Abreviaturas

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CP	Código Penal
DM	Decisión Marco
EATP	Equipo de Asesoramiento Técnico Penal
EEMM	Estados Miembros
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEVD	Ley Estatuto de la Víctima del delito
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

1. Introducción

El abuso sexual infantil supone una de las experiencias más crueles y traumáticas que puede padecer una menor. Según los datos aportados por el SÍNDIC DE GREUGES (2019, p. 29), en el año 2018 se registraron 1.210 víctimas menores de edad sobre un total de 1.981 denuncias por violencia sexual, y, de acuerdo con SAVE THE CHILDREN (2018, p. 8), en el año 2017 fueron denunciados 549 casos de abuso sexual siendo 1 de cada 2 víctimas de abuso sexual menores de edad (concretamente, las víctimas suelen tener entre 7 y 12 años cuando son abusadas). De acuerdo con la literatura, este tipo de delito es perpetrado por una persona cercana a la menor siendo mayoritarios los casos en los que el delito se produce en el seno familiar. Aun siendo estas cifras alarmantes hay que tener en consideración que la mayoría de los casos de abuso sexual infantil no se denuncian, ya sea por la situación de la víctima, por la condición del agresor, por las circunstancias del hecho y la naturaleza del delito. Por ello, estos datos “representan solo la punta del iceberg”¹. De los pocos casos que finalmente acaban denunciados y llegan a conocimiento del tribunal, muchos de ellos acaban en sobreseimiento siendo algunos de los principales motivos la falta de prueba suficiente para el esclarecimiento de los hechos o las contradicciones en la declaración de la víctima.

Si ya el padecimiento de este tipo de delito por parte de una menor la coloca en una situación de especial vulnerabilidad, su paso por el sistema penal y el contacto reiterado de la misma con los diferentes operadores del sistema penal puede suponer un incremento de las probabilidades de que padezca una victimización secundaria. Por ello, es necesario el empleo de mecanismos de protección efectivos y eficaces, así como una atención adecuada y especializada que atienda a sus especiales circunstancias.

A lo largo de los años, tanto des de la ámbito internacional y europeo como del ámbito nacional se han incrementado los esfuerzos en la protección de las víctimas y se han ido creando y consolidando diferentes instrumentos de protección tendentes a minimizar las consecuencias negativas que puede suponer para las menores las diferentes actuaciones que se llevan a cabo en el seno del proceso penal, así como la confrontación con el propio acusado. Ahora bien, estas medidas de protección previstas para los menores víctimas o testigos de delitos no tiene un carácter ilimitado, pues en el proceso penal convergen otros intereses que no pueden quedar desatendidos, como son los intereses y derechos del acusado (especialmente, el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo), lo que supondrá que el tribunal deberá hacer una ponderación de los intereses en juego al amparo del principio de proporcionalidad para adoptar las medidas de protección previstas (SANZ HERMIDA, 2010, p. 117).

¹ Ibidem.

En el presente trabajo se pretende abordar la participación de la menor víctima de abuso sexual en el proceso penal con el fin de dar a conocer las diferentes fases por las que la menor debe atravesar hasta finalmente obtener una sentencia. Además, se pretende exponer y analizar las diferentes medidas de protección para las menores víctimas previstas en la normativa nacional y su aplicación práctica tanto en las dependencias judiciales como en el seno del proceso penal.

Más allá de todo ello, se pretende analizar la prueba testifical, como se lleva a cabo y como la misma es valorada y examinada por parte del Tribunal, pues dada la particularidad de este tipo de delitos por perpetuarse estos en la intimidad, el testimonio del menor deviene una de las pruebas más relevantes para el esclarecimiento de los hechos. No menos importante, también se expondrán otras fuentes de prueba de las que se vale el Tribunal para fundamentar su decisión.

La mayor parte del presente trabajo ha sido realizado en base a diferentes investigaciones, obras doctrinales y sentencias. Sin embargo, dada la especialidad del tema tratado se ha considerado conveniente complementar el presente trabajo con las aportaciones de diferentes profesionales que trabajan o han tomado parte en un asunto de abusos sexuales a menores con la finalidad de ofrecer una visión más real y cercana de la participación del menor víctima en el proceso penal.

2. Marco legal

2.1 Conceptualización del menor como “víctima especialmente vulnerable”

La legislación no ofrece una definición unitaria del concepto de víctima especialmente vulnerable, sin embargo, tanto la literatura como la jurisprudencia han delimitado algunos criterios que permiten considerar a determinadas víctimas como tal. Así, dentro de la categoría de “víctimas especialmente vulnerables” podemos encuadrar, además de los ancianos y las personas con discapacidad o con enfermedad mental, a los menores de edad. Éstos últimos son considerados “víctimas específicas” dentro de la categoría general de “víctima del delito” y forman parte del “subgénero víctima vulnerable” ya que, debido a su minoría de edad, se ven imposibilitados a comprender “los efectos del acto al que son sometidos” y tampoco ostentan “capacidad para protegerse frente a situaciones de riesgo de victimización”². Esta consideración de los menores de edad como víctimas especialmente vulnerables ineludiblemente supone que los poderes públicos deben otorgarles un plus de atención y de protección (SANZ HERMIDA, 2010, p. 133). Dicha protección no solamente se prevé mediante la creación de un conjunto de medidas que tratan de salvaguardar los derechos e intereses de los menores víctimas en las diferentes actuaciones procesales, sino que tal consideración de vulnerabilidad supone, en nuestro

² Esta definición de menor como “víctima específica” y “víctima vulnerable” es la empleada por ALCALÁ MARTÍNEZ-SAGRERA, C. (2017). *El menor en el proceso penal: sus declaraciones como víctima y como testigo*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid. P.3.

ordenamiento jurídico, “una agravante específica de la responsabilidad criminal” para el acusado (REQUEJO CONDE, 2013, p. 3).

Tal y como se ha expuesto anteriormente, podemos considerar a los menores como víctimas especialmente vulnerables atendiendo al grado de probabilidad de padecer una victimización secundaria. De hecho, este es el criterio utilizado por GONZÁLEZ, MUÑOZ y MANZANERO (2013) considerando que, entre otros sujetos, los menores ostentan esta condición en tanto que tienen “una escasa capacidad para defender sus derechos sin ayuda, e incluso, con el riesgo de ser excluidos por el sistema” (p. 227).

Siguiendo esta premisa, la Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al *Estatuto de la víctima en el proceso penal* (en adelante, DM 2001/220/JAI) en su artículo 2.2 establece que “los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación”. Además, el artículo 8.4 de la misma establece que “los EEMM garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar este objetivo [protección de su intimidad e imagen], por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho”.

Del mismo modo, el artículo 22.1 de la Directiva Europea 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (en adelante, Directiva 2012/29/UE), que sustituye la DM 2001/220/JAI, establece que “los EEMM velarán por que las víctimas reciban una evaluación puntual e individual, con arreglo a los procedimientos nacionales, para determinar las necesidades especiales de protección y si, y en qué medida, podrán beneficiarse de las medidas especiales en el curso del proceso penal, según se establece en los artículos 23 y 24, por el hecho de que sean particularmente vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias”. La presente Directiva reconoce la condición de víctimas especialmente vulnerables “a los menores de edad, es decir a todas las personas menores de 18 años, salvo que en el país a aplicar se alcance la mayoría de edad antes” (GOMEZ COLOMER, 2015, p. 186).

Asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico, la promulgación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito (en adelante, LEVD) como consecuencia de la transposición de la Directiva 2012/29/UE, supone un paso más allá en la protección de las víctimas y especialmente de aquéllas más vulnerables³. Respecto de las víctimas menores de edad, en su preámbulo (párrafo III) determina que cualquier medida o decisión que se tome deberá

³ La LEVD reconoce la condición de víctima especialmente vulnerable a los menores de edad víctimas de algún delito contra la libertad o indemnidad sexual, tal y como se contempla en el artículo 23.2 b) punto 4.

fundamentarse en el interés superior del menor con la finalidad de salvaguardar sus derechos procesales y extraprocesales.

Ahora bien, tal y como expone PELAYO LAVÍN (2010), el concepto de víctima especialmente vulnerable es “un concepto indeterminado por lo que es difícil determinar si los Estados le dan o no cumplimiento” (p. 230).

2.2 La protección de las menores víctimas de abuso sexual en el ámbito internacional y europeo

Des del punto de vista internacional, la aprobación el 20 de noviembre de 1959 de la *Declaración de los Derechos del Niño* por parte de las Naciones Unidas supuso el primer paso en el reconocimiento de un conjunto de derechos específicos a los niños y de la forma en la que los mismos deben ser garantizados tanto por parte de aquéllos que ejercen la responsabilidad parental como por parte de los poderes públicos. No obstante, dicha Declaración carecía de efectos vinculantes para los Estados lo que supuso la promulgación, el 20 de noviembre de 1989, de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (en adelante, CDN), entrando en vigor en 1990, siendo el primer tratado vinculante en esta materia. El artículo 3.1 de la CDN establece que “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor”. Dicho artículo está en consonancia con lo establecido en el artículo 9.1 en tanto, atendiendo al interés del menor y en los supuestos que para el mismo sea contraproducente seguir conviviendo con sus progenitores, podrán los Estados Miembros intervenir para garantizarle una protección adecuada. De hecho, el artículo 39 CDN establece la necesidad de que los EEMM adopten todas las medidas relativas a la promoción de la recuperación tanto física como psicológica del niño víctima, también frente a los delitos de abuso sexual. Por lo que se refiere a la participación del menor en el proceso penal, el artículo 12.2 de la CDN reconoce el derecho del niño a poder ser escuchado “en todo procedimiento judicial o administrativo que [lo afecte], ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”.

Respecto de las declaraciones de las menores víctimas de abuso sexual, cabe señalar el *Convenio para la Protección de los Niños contra la explotación y abuso sexual*, del Consejo de Europa, de 25 de octubre de 2007 (también conocido como el Convenio de Lanzarote) que en su artículo 35 establece la forma y el lugar en que las mismas deben ser efectuadas. Asimismo, el artículo 36.2 establece en su apartado a) que “el juez podrá ordenar que la audiencia se celebre a puerta cerrada” y, en el apartado b) que “la audiencia de la víctima pueda realizarse sin necesidad de que la misma esté presente, recurriendo en particular, a las tecnologías de la comunicación apropiadas”. Ahora bien, el empleo de estas medidas de protección a la víctima deberá articularse en la medida en

que no afecten o menoscaben el derecho de defensa del acusado y su derecho a un juicio justo e imparcial (art. 30.4).

En concordancia con todo lo anteriormente expuesto, cabe señalar, en el ámbito europeo, la aprobación de la DM 2001/220/JAI sobre el *Estatuto de la víctima en el proceso penal*. En la misma se establecen un conjunto de medidas de asistencia y protección a las víctimas tanto procesales como extraprocesales para mitigar los efectos del delito. Ahora bien, dicha decisión tuvo una implementación deficiente por parte de los EEMM hecho que ocasionó la elaboración de la Directiva 2012/29/UE que contiene el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos para las víctimas de delitos, incrementado las medidas de protección de las mismas⁴. El artículo 1.2 de la presente Directiva establece que en los supuestos en que la víctima sea menor de edad, los EEMM “velarán porque en la aplicación de la presente Directiva prime el interés superior del menor y dicho interés sea objeto de una evaluación individual”. Además, establece que se deberá tener en cuenta “la edad del menor, su grado de madurez y su opinión, al igual que sus necesidades e inquietudes”.

Por lo que al objeto de este trabajo interesa, de especial relevancia son, entre los derechos reconocidos a las víctimas, el “derecho a evitar el contacto entre víctima e infractor” reconocido en el artículo 19, en el que se establece que los EEMM deben velar por evitar el contacto visual entre víctima y sus familiares y el infractor en las dependencias donde se lleve a cabo el proceso penal. Este hecho es de suma importancia teniendo en consideración las consecuencias psicológicas que puede suponer para un menor el hecho de tener que encontrarse de nuevo con su agresor y más cuando el mismo es un progenitor. En segundo lugar, “el derecho a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales” reconocido en el artículo 20 en el que se determina que la toma de declaraciones de las víctimas se debe llevar a cabo “sin dilaciones injustificadas” y el número de estas debe ser “el menor posible” y “estrictamente necesario para los fines de las investigaciones penales”. Este supuesto también resulta relevante en cuanto, como veremos más adelante, cuando la víctima es menor de edad existe el riesgo de que el transcurso del tiempo pueda debilitar su testimonio y se le dé una menor credibilidad. Además, la reducción del número de declaraciones es uno de los factores determinantes para la prevención de la victimización secundaria. En tercer lugar, tal y como se expone en el artículo 21, los EEMM también deben tomar las medidas oportunas para “impedir la difusión de cualquier información que pudiera llevar a cabo a la identificación de los menores de edad” con el fin de “proteger la intimidad, integridad personal y los datos personales de las víctimas”. En cuarto lugar, en cuanto

⁴ No obstante, cabe señalar que la mencionada Directiva si bien obliga a los Estados Miembros a garantizar un nivel adecuado de protección a las víctimas, deja a discrecionalidad de cada Estado establecer la forma y los medios de protección de estas.

a la declaración de las víctimas, el artículo 23.2 establece que la misma se deberá realizar en “dependencias concebidas o adaptadas a tal fin”. Además, se realizará por un profesional que cuente “con formación adecuada” y, tal y como establece el apartado d), las víctimas de violencia sexual en el marco de las relaciones personales, excepto en los casos en que la declaración sea tomada por un juez o fiscal, la declaración se realizará “por una persona del mismo sexo que la víctima, siempre que la víctima así lo desee y si ello no va en detrimento del desarrollo del proceso”. Asimismo, en el apartado 3 del artículo anterior, se determina que se deberá velar por que, durante el proceso, se evite el contacto visual entre la víctima y el acusado “incluso durante la práctica de la prueba, a través de los medios adecuados, incluido el uso de tecnologías de la comunicación” así como el establecimiento de “medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia”.

Por último, el artículo 24 de la Directiva hace especial mención al “derecho a protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal” y establece, que además de todas las medidas de protección establecidas en el artículo 23, los Estados miembros deben garantizar que “durante las investigaciones penales, todas las tomas de declaración de las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones puedan utilizarse como elementos de prueba en los procesos penales” (apartado a)). Además, añade que en los supuestos en los que exista un conflicto de intereses entre la víctima menor de edad y los titulares de la responsabilidad parental, la misma tendrá derecho a que le sea designado un representante legal (apartado c)).

2.3 La protección de las menores víctimas en el ámbito nacional

En el ámbito nacional, cabe destacar el artículo 10 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) el cual reconoce el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social. También es preciso mencionar el artículo 39 CE que establece que los poderes públicos deberán asegurar la protección de la familia y de los hijos y que los niños recibirán la protección prevista en los acuerdos internacionales. De especial relevancia es el apartado tercero el cual establece la obligación de que los padres⁵ presten asistencia a sus hijos especialmente durante su minoría de edad.

Respecto de las víctimas de delitos y aquellas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad (como son los menores de edad), el legislador español ha optado por elaborar un conjunto de medidas legales tendentes a ofrecerles un marco de protección con la finalidad de “reequilibrar situaciones que evidencian un desequilibrio entre ciudadanos” entendiendo que las

⁵ Dicho artículo puede verse vulnerado cuando quien abusa sexualmente de la víctima es el propio progenitor.

víctimas se encuentran en una situación de desventaja o “déficit social” respecto del resto por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran (ARROM LOSCOS, 2015, p. 7). Este especial interés en incrementar la protección de las víctimas de delitos se ha visto plasmado en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito⁶ (en adelante, LEVD) en la cual se reconocen un conjunto de derechos a las víctimas tanto procesales como extraprocesales. Además de los derechos reconocidos, la presente ley también establece unas medidas de protección específicas cuyo fin es evitar la victimización secundaria, así como los daños psíquicos que pudieran padecer como consecuencia de su paso por el proceso penal. Ahora bien, tal y como se establece en el Preámbulo (VII) la adopción de las medidas previstas se hará en base a la situación de la víctima, a las circunstancias del delito y a la entidad del daño y su gravedad.

Por lo que aquí interesa, cabe señalar el artículo 4 LEVD, el reconocimiento del derecho a “entender y a ser entendida” en el que se determina que, en supuestos de menores de edad, las comunicaciones que se le efectuarán se harán “en un lenguaje claro, sencillo y accesible” teniendo en cuenta sus características personales y sus propias necesidades. Además, se le reconoce el derecho a ser informada (artículo 5) ya “desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido”⁷.

Además del reconocimiento de los derechos que se pueden contemplar en el articulado de la ley para cualquier tipo de víctima, es preciso mencionar aquéllos que específicamente ostenta la menor víctima de abuso sexual. Entre ellos, se destaca el derecho a recibir protección en el momento de la tomarle declaración y/o testificar en juicio, reconocido en el artículo 19 LEVD, el cual establece que, con el objetivo de proteger la integridad física y psíquica, la libertad, la seguridad, la libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger su intimidad y su dignidad se adoptaran las medidas necesarias para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada. Además, añade que, en el caso de las víctimas menores de edad, el Fiscal será el competente para velar por el cumplimiento de este derecho.

⁶ La presente ley, tal y como se especifica en su Preámbulo, se promulgó por la transposición de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

⁷ Este artículo ha sido criticado por MARAVALL BUCKWALTER (2017) en tanto la autora considera que en el mismo no se especifica qué autoridad será la competente para ofrecerle información “en los momentos previos a la presentación de la denuncia” (p. 109) y tampoco “contempla la obligatoriedad de proveer a las víctimas de asistencia jurídica en ningún supuesto” (p. 147) aunque se trate de un delito grave o la víctima sea menor de edad.

Por su parte, el artículo 23 LEVD establece que será necesaria una evaluación individual de las víctimas con la finalidad de determinar sus necesidades especiales de protección una vez sean valoradas sus circunstancias particulares. Por ello, tal y como se expone, en el supuesto de víctimas menores de edad esta valoración será especialmente importante.

Además, para la adopción, a lo largo del proceso penal, de las medidas de protección para los menores de edad se “tendrá en cuenta su situación personal, necesidades inmediatas, edad, género, discapacidad y nivel de madurez, y se respetará plenamente su integridad física, mental y moral (art. 23.3).

En consonancia con lo establecido en el artículo 23.4 LEVD, en el caso de los menores de edad víctimas de un delito contra la libertad o indemnidad sexual, se adoptaran en todo caso las medidas de protección previstas en el artículo 25 apartados a), b) i c) que son que la toma de declaración del menor víctima se hará en dependencias adaptadas para tal fin por parte de profesionales con una formación especial y, que en la medida de lo posible, la declaración sea realizada siempre por el mismo profesional.

Finalmente, tal y como se analizará en los próximos apartados del trabajo, a los menores de edad, en tanto víctimas especialmente vulnerables, les serán de aplicación medidas de protección previstas en el artículo 25 LEVD (previstas para cualquier tipo de víctima ya sea directa o indirecta), así como las reconocidas en el artículo 26 LEVD (medidas específicas para este colectivo determinado).

2.4 El delito de abuso sexual a menores y el bien jurídico protegido

Podemos considerar el abuso sexual infantil como una de las modalidades de maltrato infantil juntamente con el maltrato físico o negligencia, abandono emocional y el maltrato institucional (UNICEF ESPAÑA, 2016). Con el fin de llegar a una mejor comprensión respecto del bien jurídico que se pretende proteger mediante la regulación del delito de abuso sexual a menores en el Código Penal español, resulta esencial realizar una breve definición del mismo y exponer sus características generales.

En palabras de UNICEF ESPAÑA (2016), el abuso sexual a menores puede ser entendido como “cualquier interacción sexual en la que el consentimiento no existe o no puede ser dado, independientemente de si el niño entiende la naturaleza sexual de la actividad e incluso cuando no muestre signos de rechazo” (p.7). Además, dicha interacción sexual puede considerarse abusiva en los supuestos en que existe una gran diferencia entre víctima y agresor ya sea por razón de edad, tamaño o desarrollo físico o psíquico. Por ello, cuando hablamos de abuso sexual a menores pueden darse todos o algunos de los supuestos siguientes: a) diferencias de poder entre agresor-víctima, en cuyo caso el agresor se prevalece de su superioridad para controlar a la

víctima física o emocionalmente, b) diferencias en la comprensión del hecho y la imposibilidad de que la víctima pueda comprender el significado y las consecuencias de la actividad sexual y, c) diferencias en las necesidades satisfechas, buscando el agresor la satisfacción de sus impulsos sexuales (INTEBI, 2012, p. 12). Por último, hay tener en cuenta que existen una multitud de prácticas sexuales⁸ que un agresor puede llevar a cabo con un/a menor de edad y que pueden ser consideradas abuso sexual, aunque no se dé el contacto sexual. Entre estas prácticas sexuales podemos destacar: comentarios sexualizados hacia el menor, exhibición de material pornográfico, contactos o besos sexuales, manoseos, frotamientos, coito femoral, penetración sexual con o sin intento, entre otros.

Teniendo en cuenta que el abuso sexual de menores es una de las conductas más reprobables que se proyectan sobre los menores de edad (MARTÍN NÁJERA, 2017, p. 7), el derecho penal español trata de configurar determinados tipos penales con la finalidad de salvaguardar dos bienes jurídicos dignos de protección que son la libertad e indemnidad sexuales de las menores víctimas (y también, incapaces). Con la indemnidad sexual se pretende “evitar que los menores de edad sufran daños como consecuencia de las interacciones sexuales con ellos” (REDONDO ILLESCAS, 2002, p. 31), que pueda afectar su proceso de desarrollo sexual. Por su parte, con la tutela de la libertad sexual el objetivo es garantizar que todas las personas, que gocen de autodeterminación sexual puedan ejercitarla con libertad y, por esta razón, se castigan aquellas acciones sexuales que son realizadas sobre personas sin su voluntad⁹. En estos casos, los menores de edad no tienen reconocida legalmente capacidad de autodeterminación en lo sexual y, por tanto, su consentimiento ante conductas sexuales se considera inválido (TAMARIT SUMALLA, 2017, p. 35).

Así las cosas, el Código Penal español (en adelante, CP) regula varios tipos penales que castigan la violencia sexual ejercida sobre menores de edad. El delito de abuso sexual se regula en el artículo 181 CP (tipo básico) y, más concretamente, en cuanto a menores, se regula en los artículos 182 a 183 ter CP.

El artículo 180 CP nos conduce al artículo 181.5 CP en el cual se considera como circunstancias agravantes, por un lado, la especial vulnerabilidad de la víctima¹⁰ por razón de edad, enfermedad,

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Por lo que respecta a la expresión de “especial vulnerabilidad de la víctima”, el Tribunal Supremo (en adelante, TS), en su sentencia 193/2020 de 20 de mayo de 2020, establece que “la especial vulnerabilidad del párrafo 3º del art. 180.1 [actual artículo 181.5 CP], opera en relación con una situación de libertad limitada por muy diversos factores que dificultan la defensa. La edad es uno de estos factores previstos y como tal puede constituir un dato determinante de vulnerabilidad [...] pero junto a la edad, el art. 180.1.3º

discapacidad o situación (párrafo 3º), y, por otro lado, la existencia de una relación de superioridad o parentesco. El artículo 182 CP regula el delito de abuso sexual perpetrado por persona mayor de 16 años y menor de 13. Por su parte, el precepto 183 tipifica el delito de abuso sexual ejercido por personas menores de 16 años. En su punto 4 prevé situaciones en los que se aplica la circunstancia agravante: que la víctima tenga un escaso desarrollo intelectual o físico, cuando la violencia o intimidación revista carácter degradante o vejatorio, cuando el responsable se ha prevalido de una relación de superioridad o parentesco¹¹, entre otras.

Por último, también se considera abuso sexual determinar a un menor de 16 años a participar o presenciar actos de naturaleza sexual (art. 183 bis CP) o contactar mediante las tecnologías de la información con un menor de 16 años ya sea para concertar un encuentro con el mismo o para que éste le facilite al agresor material pornográfico (art. 183 ter CP).

3. La participación de la menor en el proceso penal

3.1 La denuncia ante un supuesto delito de abuso sexual a menores

La denuncia, como acto de puesta en conocimiento a las autoridades de la existencia de un delito (art. 264 LECrim), en los casos de abusos sexuales a menores, puede ser interpuesta por diferentes sujetos (servicios públicos, personal sanitario, profesores, un miembro de la familia del menor, Ministerio Fiscal en virtud del art. 105.2 LECrim, etc.) cuando existe una sospecha razonable que el niño o niña es víctima de ese tipo de delito, aunque también puede interponerse directamente por la propia víctima.

Ahora bien, hay que tener presente que, dada la dificultad de acreditarse estos hechos, tanto porque este tipo de delitos suelen perpetuarse sin testigos y “sin evidencias físicas que lo corroboren”, como por el intento de ocultamiento por producirse gran parte de ellos en el entorno

del CP también contempla que la vulnerabilidad resulte de la situación, lo cual obviamente atañe al conjunto de circunstancias de hechos presentes en el momento de la acción con carácter duradero o transitorio, provocadas o aprovechadas por el sujeto, coloquen a la víctima en indefensión suficientemente relevante como para incrementar el desvalor de la acción”.

¹¹ Respecto de este subtipo penal, el TSJ en su sentencia 2/2020, de 9 de enero de 2020, citó jurisprudencia, en concreto, la STS 207/2019 en la que se determina que “[...] lo que verdaderamente importa es que el prevalimiento sea idóneo, en el sentido que evite a la víctima actuar según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación [...] la situación fáctica propia del prevalimiento, concebida jurisprudencialmente como una agravación punitiva, se fundamenta en la facilidad que proporciona para la ejecución del hecho delictivo la situación de superioridad o parental que concurra en el caso concreto, lo que implica que la conducta delictiva sea perpetrada con un plus de antijuricidad y de culpabilidad que justifica la exasperación de la cuantía de la pena [...]”.

familiar, existe una gran dificultad de que los mismos sean finalmente denunciados, lo que genera “una elevada cifra negra de criminalidad” (SOTOCA, MUÑOZ, GONZÁLEZ y MANZANERO, 2013, p. 113).

De los pocos casos que finalmente acaban denunciados suele suceder que, ya sea el menor o quienes tienen la obligación de protegerlo, por diferentes razones, adopten una conducta de no colaboración con el proceso (BOADO OLABARRIETA, 2019, p. 48). Por ello, en esta parte es fundamental el papel que juega la policía (TAPIA PARREÑO, 1999) ya no solo en la identificación del presunto culpable sino en el tratamiento, atención y apoyo que debe ofrecerle a la víctima menor y que la misma pueda sentirse protegida. En los casos de abusos sexuales, el deber de información y la escucha activa¹² de la víctima en la fase de investigación deviene uno de los aspectos prioritarios no solo para el esclarecimiento de los hechos sino también para otorgarle una protección adecuada. En este caso, el artículo 777.1.1 a) LECrim establece que la policía judicial, en el tiempo imprescindible, deberá cumplir con los deberes de información a las víctimas que prevé la legislación vigente y que, en particular, le informará de sus respectivos derechos.

3.1.1 Factores influyentes en la interposición de la denuncia

Ante la decisión de denunciar o no un delito de abuso sexual intervienen diferentes factores que condicionan tal decisión. Estos factores pueden dividirse en: personales o externos¹³. Por una parte, dentro de los factores personales encontramos la relación de la víctima con su entorno cercano y, especialmente con el agresor, así como sentimientos de culpa y vergüenza, desconfianza en las autoridades, temor a las reacciones negativas y a las represalias del entorno familiar y social, entre otros. Por otra parte, en relación con los factores externos o relacionados con el sistema de justicia penal, se encuentra la baja satisfacción de las víctimas con el sistema penal, “la falta de sensibilidad por parte de la policía” o el sentimiento “de no haber sido escuchadas o tenidas en cuenta, siendo mayor la insatisfacción con la policía en los casos en los que el victimario era una persona conocida de la víctima”¹⁴.

En este punto, también cabe mencionar el estudio elaborado por SAVE THE CHILDREN en el año 2012 en el que se concluyó que existen dos factores fundamentales que dificultan la denuncia

¹² Según UNICEF ESPAÑA (2016), la escucha activa consiste en “dejar al menor que se exprese espontáneamente sin interrumpirlo ni callarlo [...] debiéndose realizar preguntas amplias acordes con su edad madurativa [...] para intentar conocer quién, qué, dónde y cuándo sucedió el hecho” (p. 17).

¹³ Estos factores son analizados en profundidad por TAMARIT SUMALLA, J.M, ABAD GIL, J. y HERNÁNDEZ-HIDALGO, P. (2015). Las víctimas de abuso sexual infantil ante el sistema de justicia penal: estudio sobre sus actitudes, necesidades y experiencia. *Revista de Victimología*, (2). Pp. 27-54.

¹⁴ *Ibidem*.

ante un delito de abuso sexual a menores: “la escasa implicación de algunos servicios públicos que debieron actuar ante indicios de abuso sexual y no lo hicieron; y la falta de apoyo y asistencia ofrecida por el Estado a las representantes legales de los niños y niñas” (p. 44 y ss.). Además, en otro estudio realizado por la misma organización en el año 2018, se indicó que los principales factores para la no interposición de la denuncia son la baja satisfacción que se tiene del sistema judicial y la percepción de su ineficacia. A ello hay que sumarle la poca formación profesional de los agentes intervinientes en un caso de abuso sexual y la falta de coordinación entre los mismos.

Por todo ello, es de suma importancia incrementar los esfuerzos para mejorar las deficiencias que presenta el sistema judicial ya desde la fase de investigación del proceso, pues, en palabras de MARAVALL BUCKWALTER (2017) “lo que ocurre durante la interacción con la policía y las demás autoridades que intervienen durante esta fase puede tener un impacto significativo sobre el niño a lo largo de su paso por las distintas etapas del proceso penal” (p. 53).

3.1.2 El papel del Ministerio Fiscal y el impulso del proceso ante un delito de abuso sexual a menores

El Ministerio Fiscal ejerce una función de suma importancia ante este tipo de delitos, en cuanto es el encargado de velar por los intereses de los menores desprotegidos, desamparados o en situación de riesgo. Él mismo velará por la defensa de las menores víctimas en todas las fases y actos del proceso evitando así la exposición del menor a los sucesos y actos procesales que puedan afectarlo (MARTÍN NÁJERA, 2017, p. 4). El artículo 3 apartado siete de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, establece que le incumbe la representación y defensa tanto en juicio como fuera de él, de las personas que carecen de capacidad de obrar o de representación legal, y no pueden actuar por sí mismas, “así como promover y formar parte de los organismos tutelares que tengan por objeto la protección y defensa de menores o desvalidos”.

El artículo 105 LECrim establece que el Ministerio Fiscal es el obligado de ejercitar las acciones penales que considere procedentes, exista o no un acusador particular en las causas. Su apartado segundo establece que “en los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida”. De conformidad con lo establecido en el artículo 773.1 LECrim, le compete la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito. Por ello, entre otras funciones, le compete impulsar el procedimiento penal pero también solicitar cualquier medida que considere oportuna para proteger al menor. El apartado 2 del precepto mencionado, establece que una vez el mismo tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, informará a la víctima de los derechos que le asisten y practicará el

mismo u ordenará a la Policía Judicial que se practiquen las diligencias que considere oportunas para el esclarecimiento de los hechos y de los posibles responsables.

3.2 La intervención de la menor en la fase de instrucción

3.2.1 La adopción de medidas cautelares al acusado para la protección de la menor víctima

Al inicio de la fase de instrucción, se practican las primeras diligencias, siendo una de ellas la adopción de las medidas cautelares para proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito o a otras personas tal y como recoge el artículo 13 LECrim. Podemos determinar, para el caso que nos ocupa, que la adopción de las medidas cautelares al acusado tiene como finalidad proteger a las víctimas menores de abuso sexual, así como evitar la reiteración de estas conductas delictivas contra el menor.

Ante esta situación, en virtud del artículo 544 *bis* “el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado” la prohibición de residir o acudir a determinados lugares o aproximarse o comunicarse con determinadas personas (teniéndose en cuenta para su adopción la situación personal y económica del inculpado). El incumplimiento de la medida interpuesta por el Juez podrá suponer la prisión provisional para el acusado.

Ahora bien, cuando el delito de abuso sexual es perpetrado por el progenitor de la menor y existan motivos fundados para considerar que se ha cometido dicho delito, se activará la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica¹⁵ reconocida en el artículo 544 *ter* LECrim. Para su adopción, es necesario que se dé “una situación objetiva de riesgo para la víctima”. Este precepto está estrechamente relacionado con el artículo 158 apartado sexto del CC que atribuye competencia al juez para que éste ya sea de oficio o a instancia del hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dicte cualquier disposición “a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”. Estas medidas pueden ser de diversa índole como, por ejemplo, la privación, suspensión o supervisión del ejercicio de la patria potestad, guarda o custodia, el ingreso del menor en un centro asistencial, la puesta del menor bajo el cuidado y custodia de otras personas y, en definitiva, cualquier medida que impida perjudicar su situación (TAPIA PARREÑO, 1999). No obstante, para la adopción de estas medidas se dará audiencia directa al menor con el fin de salvaguardar sus intereses. Por tanto, podemos ver que con la orden de protección se pueden tomar tantas medidas cautelares civiles como penales con el fin de otorgar una protección integral a las víctimas de este tipo de delitos.

¹⁵ Este precepto se refiere a todos los sujetos que encuentran enumerados en el artículo 173.2 CP, entre ellos, los menores de edad que convivan con el agresor.

Además, cabe tener presente el artículo 544 *quinquies* LECrim en el que se determina que, en los supuestos en que resulte necesario para la protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, el Juez o Tribunal podrá decretar las medidas previstas en el mencionado precepto, pudiendo prorrogarse estas más allá de la finalización del procedimiento penal en que se adopten, previa valoración por parte del Juez del interés de la persona afectada (544.3 *quinquies* LECrim).

Por último, señalar que la víctima tendrá derecho a recibir información tanto al inicio como a lo largo del procedimiento penal, sobre la adopción, modificación o alzamiento de las medidas cautelares, en virtud del artículo 7.1 apartado d) LEVD.

3.2.2 El defensor judicial del menor

La ley del Estatuto de la Víctima del delito ha introducido la figura del defensor judicial en el ámbito penal, en concreto en el artículo 26.2. El objetivo es la defensa de los intereses de las menores víctimas de delitos cuando se den conflictos de intereses entre estos y aquellos que ejercen la patria potestad. Dichos conflictos de intereses pueden producirse porque los titulares de esta son los que han cometido el delito, por qué no se encuentran en las condiciones óptimas para defender los intereses del menor en el proceso penal o bien, porque la víctima menor de edad no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares. En definitiva, lo que se pretende es la protección de la integridad física y psíquica y la libertad e indemnidad sexual de las menores víctimas (BOADO OLABARRIETA, 2019, p. 63).

El defensor judicial podrá nombrarse en cualquier fase del procedimiento (instrucción, enjuiciamiento o incluso en la ejecución), en el momento en que se evidencien estos conflictos de intereses. Ahora bien, cabe señalar que se trata de una figura excepcional¹⁶, pues el ejercicio de la patria potestad es la regla general. Por ello, su nombramiento dependerá de cada caso concreto atendiendo a las circunstancias que se presenten y su función será la defensa de los intereses y derechos del menor de forma temporal y para un caso concreto¹⁷.

Por último, tal y como se desprende del artículo 26.2 LEVD, la legitimación para solicitar su nombramiento la ostenta el Ministerio Fiscal. Sin embargo, cabe señalar el artículo 10.2 apartado e) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, del cual se desprende que el menor, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias para

¹⁶ De acuerdo con BOADO OLABARRIETA (2019, p. 81) su nombramiento se dará en casos de atentados graves contra la integridad del menor, cuando existan indicios concluyentes de que el silencio de sus progenitores puedan ponerlo en peligro o, “para evitar supuestos de sobreseimientos o sentencias absolutorias basadas en el uso de la dispensa del artículo 416 LECrim.”.

¹⁷ Ibidem.

la defensa y protección de sus derechos e intereses podrá solicitar la asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial.

3.2.3 La capacidad del menor para testificar y su declaración en la fase de instrucción

El artículo 361 II LEC establece que “los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente”. Así, los menores víctimas de abusos sexuales ostentan la condición de testigos, sean o no parte en el proceso, siempre y cuando tengan la capacidad suficiente para percibir y dar cuenta de lo percibido. Su declaración tendrá “carácter de infungible” (ARROM LOSCOS, 2015, p. 14) siendo la misma resultado de la experiencia personal vivida y expresada por la menor víctima.

Las menores víctimas gozan del derecho a ser oídos en el proceso penal siendo el desarrollo evolutivo y la capacidad de comprensión los factores más relevantes para que su declaración pueda ser tenida en cuenta (MARTÍN NÁJERA, 2017, p. 9). Dada su especial vulnerabilidad, se deben tomar todas las cautelas para que el procedimiento de la toma de declaración sea apropiado a su edad y nivel de madurez. Así, el derecho a ser oído podrá ser ejercido por ellos mismos o por la persona que les represente e incluso su declaración podrá ser recabada con la ayuda de profesionales expertos, tal y como determina el artículo 433 LECrim en su párrafo cuarto¹⁸.

En esta fase, ya se adoptan medidas de protección para la menor víctima y especialmente en lo relativo a la toma de declaración. Estas, como se verá más adelante, pretenden contribuir a reducir la victimización secundaria y evitar sucesivas y continuas declaraciones obligando a la víctima a recordar y reproducir los hechos vividos (OROMÍ VALL-LLOVERA, 2012, p. 65). Ahora bien, la adopción de estas medidas de protección en la fase de instrucción debe estar en equilibrio con el derecho a un juicio justo y las garantías procesales del acusado entre las cuales se encuentra el derecho de defensa y la garantía del principio de contradicción (MARTÍN NÁJERA, 2017, p. 17).

Por último, señalar que en la declaración del menor en la fase de instrucción participan el Ministerio Fiscal, así como los que ejercen la patria potestad, guarda o tutela del menor. Éstos

¹⁸ Este artículo establece que a la vista de la falta de madurez de la víctima y cuando se quiera evitar causarle graves perjuicios, el Juez de Instrucción podrá acordar que se le tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Además “con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.”

últimos participaran siempre y cuando no se tengan indicios de que han ejercido presión sobre el menor con tal de influir en el sentido de su declaración, puesto que, en estos casos, el juez podrá impedir mediante resolución judicial, su participación en el interrogatorio (ARROM LOSCOS, 2015, p.18).

3.2.4 La prueba anticipada y preconstituida

Des de una perspectiva procesal, pueden darse situaciones en que determinadas diligencias sean de imposible práctica o reproducción en el acto del juicio oral lo que hace necesario que las mismas puedan practicarse de forma anticipada ante el Juez de instrucción (SOTOCA, MUÑOZ, GONZÁLEZ y MANZANERO, 2013, p. 6). Con el paso de los años, el legislador español ha reconocido la posibilidad de que las declaraciones de los menores víctimas pueda practicarse anticipadamente¹⁹. Ello es así, porque tanto la jurisprudencia²⁰ como la doctrina coinciden en el hecho de, por un lado, el paso del tiempo puede debilitar y contaminar la declaración del menor pudiendo generar que los hechos acaben quedando impunes (ARROM LOSCOS, 2015, p. 35) y, por otro lado, porque la sobreexposición del menor a constantes y sucesivas declaraciones supone someterlo a una revictimización (SANQUIRGO SANMARTÍ, 2015, p. 12) lo que conllevaría a que su rehabilitación fuese menos efectiva (SAVE THE CHILDREN, 2017, p. 27). Por todo ello, podemos considerar que la prueba anticipada es una medida de carácter procesal que permite soslayar la victimización secundaria puesto que tiene en cuenta la especial vulnerabilidad del menor víctima y trata de adaptarse a sus circunstancias (SERRANO MASIP, 2013, p. 25). Con ella, se trata de prevenir que la calidad del relato de su declaración pueda debilitarse, así como proteger su integridad psíquica, si bien para su adopción es necesario que el riesgo de afectación

¹⁹ Cabe en este punto señalar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16 de junio de 2005 (caso “María Pupino”) en la que se determinó que los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretar las normas nacionales a la luz de la letra y finalidad de la ahora reemplazada Decisión Marco 2001/2020/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al “estatuto de la víctima en el proceso penal”, según la cual ante supuestos de víctimas de malos tratos menores de edad, se debe asegurar que su declaración sea prestada garantizando un nivel adecuado de protección. Todo ello generó que se diera una interpretación amplia al contenido del artículo 448 LECrim incluyendo la posibilidad de que, ante víctimas de muy corta edad y especialmente traumatizadas, se pudiera preconstituir la prueba evitando en todo momento la confrontación visual con el acusado.

²⁰ Vid., por ejemplo, la STS 840/2016 de 7 de noviembre en los que el Tribunal en los que aconseja su práctica, considerando que con la prueba anticipada “se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad”.

a su integridad se acredite, por ejemplo, mediante un informe pericial (GONZÁLEZ, MUÑOZ, SOTOCA y MANZANERO, 2013, p.115).

En la legislación criminal, encontramos diferentes preceptos que definen y establecen la forma en la que ésta debe practicarse. Estas manifestaciones las encontramos en el artículo 448 LECrim, en virtud del cual, se prevé que el Juez instructor mande a practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes en el caso de existir un motivo racionalmente bastante para temer la muerte o incapacidad física o intelectual del testigo. Esta exigencia de contradicción es de suma importancia pues sólo así se garantiza el derecho de defensa del acusado. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia, no se vulnera el principio de contradicción en los supuestos en que el procesado tuvo la oportunidad de acudir al acto y no lo hizo o, cuando en el momento de tomar la declaración del testigo fue imposible garantizar dicha contradicción, pero dicha imposibilidad es corregida posteriormente garantizando su derecho de defensa (ALCALÁ MARTÍNEZ-SAGRERA, 2017, p. 6).

No obstante, es suficiente que en el momento de la declaración del menor esté presente el abogado del imputado para que pueda interrogar al testigo. El artículo anterior es complementado con lo establecido en el artículo 730 LECrim y es que, una vez en fase de juicio oral, debe procederse a su reproducción o lectura.

Respecto de la forma en la que debe practicarse la misma, y con el fin de cumplir con las exigencias establecidas en la LEVD²¹, el precepto 433 LECrim en su párrafo segundo dispone que:

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

²¹ En concreto, los artículos 19, 25.2 apartados a), b) y c) y 26.1 LEVD.

Todo ello, está en consonancia con el artículo 707.2 LECrim el cual establece, en términos generales, que dicha prueba se practicará evitando la confrontación visual con el inculpado y que, por ello, se utilizará cualquier medio técnico que haga posible la práctica de la prueba.

Con tal de cumplir con las exigencias legislativas en esta materia, se prevé que las dependencias judiciales estén dotadas de cámaras “Gesell” (ALCALÁ MARTÍNEZ-SAGRERA, 2017, p. 30) mediante las cuales se puedan llevar a cabo la práctica de las declaraciones de las menores víctimas. Estas cámaras están compuestas por dos habitaciones separadas por una pared de cristal espía (es decir, mediante la cual se permite ver por un lado, pero no por el otro). A la víctima, se la sitúa en una habitación en la que se desarrollará la toma de declaración mientras que, en la otra parte, el Juez, el abogado del inculpado y el Fiscal podrán seguir el curso de la misma y formular las preguntas que consideren oportunas. El objetivo es evitar la presencia personal del menor frente al acusado, pero sin vulnerar el derecho de defensa del procesado. Los allí presentes podrán comunicarse entre ellos mediante un sistema de grabación de audio y vídeo pudiéndose utilizar dicha grabación para mostrarla en la fase del juicio oral, evitando así que el menor deba reiterarse en su declaración posteriormente (QUINTANA POYATOS, 2017, p. 40). La declaración²² es tomada por psicólogos forenses expertos en la materia el cual adaptarán la entrevista al desarrollo y madurez de la víctima. Asimismo, el espacio también estará adaptado a la menor víctima para que la misma se sienta cómoda y tranquila.

Cabe señalar que con tal de que las declaraciones de las menores víctimas en la fase de instrucción sean consideradas prueba de cargo deben cumplirse una serie de condiciones (VILLACAMPA ESTIARTE, 2005, p. 294): que en el desarrollo de la declaración esté presente el Juez de Instrucción, que se dé una causa legítima de imposibilidad de reproducción de la declaración en la fase del juicio oral, que se garantice el principio de contradicción y que se proceda a la lectura o reproducción de esta diligencia en el acto del juicio oral.

Con el objetivo de combatir el abuso sexual infantil y otorgar una mayor protección y atención a las víctimas de este tipo de delitos, hoy en día se ha llevado a cabo el primer proyecto piloto en Tarragona, denominado “Barnahaus o Casa dels Infants” (SAVE THE CHILDREN, 2018, p. 55), el cual pretende ser un centro en el cual están presentes diferentes profesionales que ofrecen atención y tratamiento especializado a los menores víctimas de abuso sexual. Además, en el mismo centro se podrá llevar a cabo la práctica de la prueba anticipada en presencia del Juez de Instrucción, el Ministerio Fiscal y el abogado del procesado, sin tener el menor que desplazarse a

²² Para llegar a una mayor comprensión de cómo debe llevarse a cabo la práctica de la prueba preconstituida vid. GONZÁLEZ J.L., MUÑOZ J.M., SOTOCA, A. y MANZANERO, A.L. (2013, págs. 232 y ss.) en el que se expone el “protocolo de actuación para el desarrollo de la prueba preconstituida”.

las dependencias judiciales. Con todo, se pretende poner énfasis en el interés superior del menor poniéndolo el centro de la intervención.

En conclusión, ante este tipo de delitos en los cuales el menor se encuentra especialmente traumatizado por los hechos vividos, el instrumento de la prueba anticipada puede considerarse una figura jurídica ideal para evitar su revictimización, todo ello, con pleno respeto a los principios de inmediación y contradicción entre las partes. No obstante, en el ámbito práctico todavía queda mucho por hacer porque, aunque se trata de una herramienta especialmente útil y recomendada, en Cataluña sólo en un 33.3% de las sentencias estudiadas por SAVE THE CHILDREN (2017, p. 27) se aceptó la prueba preconstituida. Cabe señalar también las críticas en relación con la evaluación inicial del menor, poniéndose de manifiesto que para la obtención del relato del menor los equipos de asesoramiento técnico penal en Cataluña “solo cuentan con media hora para evaluar las capacidades lingüísticas, memoria y afectación” (SANQUIRGO SANMARTÍ, 2015, p. 14) para adecuar las preguntas a las características personales del menor. Por último, cabe recordar que la prueba preconstituida es una mera recomendación legal y no una obligación lo que supone que será el Juez el que, atendiendo a las circunstancias del caso, acepte, solicite o deniegue su práctica (SAVE THE CHILDREN, 2018, p. 46).

3.3 La intervención de la menor en la fase del juicio oral

3.3.1 La declaración del menor como prueba de cargo

Existe una línea jurisprudencial muy consolidada que establece que solamente se consideran aptas para desvirtuar la presunción de inocencia las pruebas que se practican en el juicio oral ante un Juez competente bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción (GUTIÉRREZ REBOLLEDA, 2016, p. 44). Así, la declaración testifical de la menor víctima de abuso sexual en la fase del juicio oral adquiere la condición de prueba directa y es considerada prueba de cargo suficiente²³ para enervar el derecho a la presunción de inocencia del acusado y sustentar con ello un pronunciamiento de condena (STS 246/2020 de 27 de mayo de 2020). Además, tal y como determina el artículo 24.2 CE todo acusado tiene derecho a un juicio justo con todas las garantías, “siendo los derechos de defensa y contradicción dos de sus principales manifestaciones” (ARROM LOSCOS, 2015, p. 33). Por tanto, si bien existe la posibilidad de recurrir a la prueba anticipada, la regla general (PÉREZ MORALES, 2010, p. 194) es que la declaración del menor

²³ De hecho, tal y como apunta PÉREZ MORALES (2010), esta consideración se aprecia de forma relevante en los delitos de la libertad sexual dado que los mismos suelen ser cometidos sin presencia de testigos y, por tanto, la declaración prestada por el menor es la única prueba con la que se cuenta para esclarecer los hechos.

se lleve a cabo en el plenario²⁴ haciendo uso de las nuevas tecnologías, siendo su ejercicio similar a la práctica de la prueba en la fase de instrucción.

En el artículo 707 LECrim se establece que “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, 418, en sus respectivos casos”. Ahora bien, dado que nos encontramos con víctimas de especial vulnerabilidad, es necesario que en el acto del juicio oral también se adopten medidas de protección a fin de preservar su derecho a la integridad psíquica y moral. Por lo que a la declaración del menor se refiere, tanto si declara en calidad de testigo como de víctima, se prevé la posibilidad de que la misma pueda ser llevada a cabo en una sala diferente a la sala de vistas empleándose para su práctica el sistema de videoconferencia, transmitiéndose la declaración en tiempo real (art. 707 y 731 *bis* LECrim). Todo ello, permitirá que se puedan observar las reacciones del menor a través del cristal, así como las respuestas a las preguntas que le formule el profesional que lo interroga.

No obstante, con el fin de preservar el derecho a un juicio justo y el derecho de defensa del acusado así, como dar cumplimiento a los principios de inmediación y contradicción, el mismo debe tener la oportunidad de participar activamente en dicha diligencia, haciendo interrogar al testigo o víctima a través de su abogado. Debe, por tanto, tener la posibilidad de defenderse de las acusaciones proponiendo pruebas de descargo y defenderse de las pruebas de cargo (ARROM LOSCOS, 2015, p. 33).

En el supuesto de que la declaración no pueda llevarse a cabo de esta forma, puede emplearse el uso de mamparas con el fin de evitar la confrontación visual de la víctima con el acusado permitiendo que el examen de su credibilidad se lleve a cabo en la misma sala del juicio oral (MARAVALL BUCKWALTER, 2017, p. 176).

Además de protegerse al menor en el momento de la toma de declaración, la legislación criminal prevé otras medidas de protección que contribuyen a minimizar los efectos victimizantes de su participación en el juicio. Por una parte, en el precepto 713 LECrim se declara el carácter restrictivo de la práctica de careos a menores de edad, pudiendo ser acordado únicamente si el Juez lo considerase imprescindible y siempre y cuando dicha actuación no sea lesiva para el menor, previo informe pericial. Se trata pues de una medida excepcional que puede ser sustituida por el interrogatorio del perito que examinó al menor en la fase de instrucción y que “informará sobre la credibilidad del testimonio del mismo” (ARROM LOSCOS, 2015, p. 64). Por otra parte, la presencia de público en el acto del juicio oral “puede exponer a la víctima o testigos a actos de

²⁴ De hecho, según el estudio elaborado por SAVE THE CHILDREN (2017), en un 86% de los casos estudiados, el menor de edad tuvo que testificar en plenario.

intimidación, vergüenza o ansiedad” (MARAVALL BUCKWALTER, 2017, p. 185) derivada del hecho de tener que relatar cuestiones de naturaleza íntima. Por ello, en los arts. 681 a 682 LECrim en los que se prevé la facultad del Juez o Tribunal para acordar que el juicio oral o determinadas sesiones se celebren a puerta cerrada, cuando, entre otras cuestiones, se deba “proteger la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia o resulte necesario para evitar a las víctimas prejuicios relevantes, que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso”.

En conclusión, la declaración testifical de la menor víctima en el acto del juicio oral es considerada prueba de cargo siempre y cuando la misma se efectúe con todas las garantías y con pleno respeto a los derechos del acusado. Además, dado que este tipo de delito es padecido mayoritariamente por víctimas menores de edad, se les debe ofrecer una protección adecuada con el fin de preservar su integridad psíquica y su intimidad también en plenario. Ahora bien, dicha prueba testifical no está libre de problemas si tenemos en cuenta que el paso del tiempo, la reconstrucción y narración de los hechos en diferentes momentos del proceso y las posibles interferencias de información ajenas pueden contaminar o alterar el testimonio del menor. Por tanto, es preciso tener en cuenta estos factores ya que los mismos pueden generar que dicha prueba quede invalidada (VILLACAMPA ESTIARTE, 2005, p. 229).

3.3.2 El ejercicio del derecho de dispensa

Las menores víctimas de abuso sexual padecen este delito mayoritariamente por miembros de su familia o de personas cercanas con las que tienen una especial confianza (SAVE THE CHILDREN ESPAÑA, 2017). Este tipo de delitos se da “mediante un proceso de intromisión gradual en la intimidad del menor siguiendo pautas de planificación previas del agresor” (INTEBI 2012:22). Además, en algunas ocasiones dicho delito se da de manera crónica y repetida en el tiempo. Como hemos visto en apartados anteriores, la vergüenza o el miedo a las consecuencias que pueda suponer revelar los hechos son factores que pueden conllevar a no denunciar el delito. Si a la víctima no se le ofrece un apoyo adecuado y no se produce una intervención inmediata para esclarecer los hechos, dichas actitudes pueden reaparecer en el tiempo pudiendo incluso generar que la víctima decida retractarse en sede judicial²⁵.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal habilita tanto a la víctima como a los testimonios a ejercer su derecho a guardar silencio configurando y regulando el derecho de dispensa en el artículo 416 LECrim. Así, en su apartado primero establece que:

“Los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus

²⁵ Ídem.

hermanos consanguíneos o uterinos y colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261. 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 Secretario Judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.”

Para el ejercicio de la dispensa, el criterio para su admisión es la madurez del sujeto (víctima o testigo). De acuerdo con la STS 699/2014 de 28 de octubre, dicha madurez será valorada por el juez mediante un juicio ponderativo. En esta sentencia, el Tribunal Supremo consideró que “el menor, dada su baja edad, no podía acogerse a ese derecho o facultad por sí mismo: un niño, ni con cuatro, ni con siete, ni con ocho, ni con once años (acto del juicio oral) goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión; ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella”. Además, añade que, aunque la ley procesal penal no lo especifique claramente, cabría la posibilidad de que el ejercicio del derecho de dispensa se confíe a los representantes legales. No obstante, de darse un conflicto de intereses entre los progenitores podría nombrarse un defensor judicial en virtud del artículo 26.2 LEVD, al cual podrá confiarse dicha dispensa en nombre del menor.

3.3.3 Medidas de prueba adicionales al testimonio del menor

En el presente apartado se tratará de exponer y analizar las diferentes medidas de prueba adicionales de las que se vale el juez o tribunal para valorar la credibilidad del testimonio de la menor víctima y confirmar su convicción.

Ahora bien, antes de nada, resulta preciso recordar que los delitos contra la libertad indemnidad sexual suelen realizarse en la clandestinidad, en un espacio íntimo en que solo están presentes víctima y agresor. Debido a estas circunstancias, el testimonio de la víctima menor es la única prueba directa sobre los hechos sucedidos y la única capaz de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del acusado. Ahora bien, esta prueba testifical suele ser complementada con otras pruebas accesorias que permiten corroborar o desdecir lo declarado por la víctima. Por tanto, en este apartado se tratará de dilucidar otras fuentes de prueba como son la prueba pericial sobre la veracidad del testimonio, los informes médico-forenses y los testimonios de referencia.

Por lo que respecta a las pruebas periciales, estas se encuentran reguladas en los arts. 456 a 485 LECrim respecto de la instrucción, y en los arts. 723 a 735 LECrim respecto del juicio oral. Tal y como establece el Alto Tribunal en la STS 675/2016 de 22 de julio de 2016 se trata de “pruebas personales documentadas, consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una

preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del tribunal en el momento de valorar la prueba”. Por tanto, las pruebas periciales son instrumentos que auxilian la labor jurisdiccional ofreciendo información sobre la situación del menor, por ejemplo, posibles inconsistencias en su declaración o sobre determinados rasgos de su personalidad que puedan generar una cierta tendencia a la fabulación o a contar historias falsas (MARAVALL BUCKWALTER, 2017, p. 260) o bien, “que le impida percibir correctamente los hechos enjuiciados o prestar testimonio en juicio” (BAYARRI MARTÍ, 2014, p. 3).

Según el artículo 456 LECrim el informe pericial es acordado por el Juez “cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos”. En la fase de instrucción, este informe pericial es elaborado una vez los psicólogos²⁶ le han tomado declaración al menor, determinando de forma objetiva e imparcial la credibilidad del testimonio prestado por la víctima. Éstos, tal y como determina la LECrim, se personarán posteriormente en el acto del juicio oral para ratificar, aclarar o ampliar la prueba pericial llevada a cabo, pudiendo ser interrogados por las partes.

Respecto de cómo se llevan a cabo dichas pericias psicológicas, principalmente se utilizan dos técnicas combinadas: la técnica CBCA que es el análisis de las declaraciones basado en criterios y el SVA (Sistema de Análisis de la Validez de las Declaraciones). En síntesis, esta técnica emplea un conjunto de criterios que permite observar y analizar si la declaración que realiza el menor es producto de un hecho realmente vivido por éste o es fruto de la fantasía o la sugestión (MANZANERO y MUÑOZ, 2011, p. 6).

Cabe señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia establecen que el dictamen pericial en ningún caso acredita directamente la veracidad de la declaración del menor (ALCALÁ MARTÍNEZ-SAGRERA, 2017, p. 23) sino que es un instrumento complementario a la valoración del testimonio que haga el órgano jurisdiccional (ARROM LOSCOS, 2015, p. 28). Son pruebas imparciales que sirven de soporte para evaluar el aspecto objetivo y subjetivo de la credibilidad del testimonio (RAMÍREZ ORTÍZ, 2018, p. 22). La Audiencia Provincial en su sentencia 844/2019 de 18 de diciembre, determinó que “la pericial psicológica es un elemento corroborador más, no definitivo, pero sí útil e importante”. Por todo ello, será el juez, una vez efectuado un control crítico de las pruebas aportadas, el que deberá determinar la veracidad de los hechos. Por último, hay que indicar que, para determinar con mayor precisión la credibilidad o no del abuso, esta técnica podría ser complementada con el informe que realiza el trabajador social sobre los

²⁶ En el protocolo de “Actuación en la atención a menores en los institutos de medicina legal y ciencias forenses” del Ministerio de Justicia (2018) se recomienda que dichos informes periciales se elaboren por dos expertos.

factores sociofamiliares y la evaluación del contexto de la víctima (MINISTERIO DE JUSTÍCIA, 2018, p. 14).

Igualmente resultarían importantes los informes periciales llevados a cabo por los médicos forenses en los que se determine la existencia o no de lesiones o secuelas, tanto físicas como psíquicas e incluso la existencia de posibles indicios de abusos sexuales en la exploración del menor. Ahora bien, es probable que, ante la existencia de posibles lesiones padecidas por las víctimas como consecuencia de los abusos sexuales, las mismas sean exploradas inicialmente por sus médicos o pediatras. En estos casos es fundamental la coordinación entre los servicios sanitarios y los médicos forenses antes del inicio de la evaluación del menor “debiendo promoverse el intercambio de información previo al interrogatorio de la víctima”²⁷ y a su exploración para así, evitar futuras exploraciones y, por tanto, minimizar la victimización secundaria a la que pueda verse sometida.

Para el esclarecimiento de los hechos ocurridos también se puede recurrir a los testigos de referencia. A ellos se acude por diferentes motivos. En primer lugar, cuando existe una imposibilidad real de obtener el testimonio del testigo directo (por ejemplo, por fallecimiento, enfermedad grave, paradero desconocido, etc.). En segundo lugar, porque, aunque exista el testimonio directo de la víctima, su declaración sobre los hechos ocurridos resulta poco convincente²⁸. Por último, su testimonio también podría ser utilizado como prueba complementaria a la declaración de la víctima (RAMÍREZ ORTÍZ, 2018, p. 10).

Podemos considerar como testigos de referencia los familiares, representantes legales (siempre y cuando éstos no actúen como parte interesada o tengan intereses contrapuestos con la víctima) o también a otras personas cercanas al menor que por su profesión tengan una relación de especial confianza con el mismo (TAPIA PARREÑO, 1999, p.101). Por tanto, son sujetos que si bien no presenciaron los hechos directamente apreciaron determinados comportamientos del menor (ya sean verbalizados o no, por ejemplo, el estado psíquico del menor, cambios en el comportamiento en presencia del acusado, etc.) que pueden ser indicativos del delito (PELAYO LAVÍN, 2010, p. 233). Ahora bien, cabe señalar que sus declaraciones deben ser tomadas con cautela, teniendo en cuenta la relación que tenga la víctima o el testigo con el presunto agresor dado que “se trata de testigos que pueden, voluntaria o involuntariamente, sugestionar a los menores víctimas del hecho, introduciéndole recuerdos falsos, total o parcialmente, o modificando los verdaderos” (RAMÍREZ ORTÍZ, 2018, p. 9).

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ídem.

Por ello, cabe señalar la interesante STS 443/2014 de 29 de mayo de 2014 en la que se absolvió al acusado de abusos sexuales a menores porqué la única prueba que se tuvo de los hechos fue las declaraciones de los testimonios de referencia (en este caso, de los padres de los menores víctimas). En la presente sentencia el Alto Tribunal apunta a la dificultad del tratamiento procesal de la información dada por los testigos de referencia y la poca confianza que se tiene en estas pruebas. Así, señala que “ese recelo frente al testimonio de referencia está bien justificado, por la dificultad de su valoración; debido a que quien lo presta habla de una experiencia que no es suya”. Además, añade:

“Entre los factores que confieren especial dificultad a las declaraciones de estos menores se cuentan el de su fácil sugestionabilidad, y el de la incidencia sobre los contenidos de la memoria, de la superposición de interrogatorios por parte de los adultos [...] porque tales interpelaciones, que se producen estimuladas por el comprensible afán de saber lo que pudiera haber ocurrido, transmiten, inevitablemente, información fácilmente distorsionadora.”

Así las cosas, podemos determinar que, si bien el recurso a los testigos de referencia puede contribuir a acreditar la existencia del hecho y la participación del acusado en el mismo, sus declaraciones deberán ser complementadas con otras fuentes de prueba que permitan corroborar los hechos manifestados²⁹.

4. La valoración judicial de la prueba en la fase de enjuiciamiento

4.1 Criterios de validez y credibilidad de la declaración del menor

En el presente apartado se tratará de exponer los tres parámetros de valoración racional del testimonio de las víctimas que se utilizan en el ámbito penal para determinar o no su credibilidad, los cuales son: la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación. Tal y como se apunta en diferentes sentencias estos criterios no son necesariamente requisitos o exigencias para la necesaria validez del testimonio, pero sí ayudan a valorar la credibilidad de la víctima. Ahora bien, los mismos deben ser contextualizados y analizados en cada caso concreto.

En la SAP 481/2019 de 10 de julio de 2019, la Audiencia Provincial estableció que “ni la concurrencia de todos ellos significa siempre y necesariamente que haya de otorgarse valor de cargo al testimonio ni la ausencia de uno de ellos invalida el testimonio o le priva de aptitud probatoria”. Ahora bien, tal y como se apunta en la STS 964/2013 de 17 de diciembre de 2013

²⁹ Ibidem.

(fundamento jurídico segundo), cuando la declaración de la víctima es la única prueba de cargo, la presunción de inocencia del acusado:

“solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado. La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, pues carece de la aptitud necesaria para generar incertidumbre”

Una vez realizadas las anteriores precisiones veamos de forma sucinta el significado de cada uno de estos criterios. En primer lugar, la ausencia de incredulidad subjetiva se deriva de las relaciones previas que víctima y agresor mantenían, de modo que se trata de analizar si la misma actuó o declaró por motivos de odio, enemistad, venganza o resentimiento. En estos casos se trata de “comprobar la posible influencia de tales móviles sobre el ánimo de la víctima que la llevarían a denunciar en falso” (ARROM LOSCOS 2015, p. 26). En segundo lugar, en cuanto a la verosimilitud del testimonio, se trata de examinar, por una parte, la lógica de la declaración de la víctima y, por otra parte, que sus declaraciones puedan ser apoyadas por datos objetivos de carácter periférico (STSJ 2/2020 de 9 de enero de 2020). Para considerar cumplido dicho parámetro es preciso que el testimonio de la víctima esté acompañado de “alguna constatación objetiva de la existencia del hecho, de manera que ésta venga apoyada en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima” (VILLACAMPA ESTIARTE, 2005: 278). Por ello, al analizar este criterio resultan esenciales los informes periciales, así como las declaraciones de los testigos de referencia (ARROM LOSCOS, 2015:27). Por último, el criterio de la persistencia en la incriminación supone constatar la inexistencia de “modificaciones sustanciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima, la concreción en la declaración y la ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes” (STSJ 2/2020 de 9 de enero de 2020). Aquí lo importante es que la declaración de la víctima sea persistente, es decir, “prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones” (VILLACAMPA ESTIARTE, 2005:279). Además, según el Tribunal Supremo en su STS 246/2020 de 27 de mayo de 2020, “es lógico también que la descripción se acompañe de una cierta concreción, en el sentido de prestarse el testimonio sin ambigüedades, generalidades o vaguedades, narrando las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar”. Por último, tal y como apunta la Audiencia Provincial en su sentencia 844/2019 de 18 de diciembre de 2019, se cumplirá con este

parámetro aun cuando el relato de la víctima presente pequeñas diferencias u omisiones que respondan al paso del tiempo, ya que “estas diferencias son garantía de veracidad pues ponen de manifiesto que la testigo no relata solo aquello que recuerda y no se limita a repetir lo que en su día contó”.

4.2 Supuestos de absolución por delitos de abusos sexuales a menores

Toda persona acusada de un delito ostenta el derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Este derecho solo puede quedar desvirtuado cuando se acredite, fuera de toda duda razonable, la culpabilidad del sujeto (SUBJANA y ECHEBURÚA, 2018:26). Como hemos podido comprobar, tanto la normativa procesal penal como la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecen que el testimonio del menor (siempre y cuando su declaración sea llevada a cabo con todas las garantías) es considerado prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia del acusado. No obstante, en ocasiones, puede suceder que su declaración quede invalidada ya sea porqué se considera insuficiente para hacer decaer el derecho a la presunción de inocencia, por qué no reúne con las exigencias que para su aceptación racional ha establecido la jurisprudencia o porqué las pruebas de descargo aportadas contradicen los hechos narrados por la víctima o las mismas generan incertidumbre sobre la comisión de los hechos.

Por ello, resulta preciso mencionar dos sentencias de la Audiencia Provincial de Girona en los que se absolvieron a los acusados por el delito de abuso sexual a menores dado que, si bien en ambos casos se contaba con la declaración de los menores, no se pudo probar la culpabilidad de los mismos.

Una de ellas es la SAP 168/2017 de 6 de abril de 2017 en las que se absolvió a los acusados por considerar la Audiencia Provincial de Girona que no se pudo probar “con la seguridad y certeza que requiere todo procedimiento penal” los hechos que se le imputaban. Según la acusación del Ministerio Fiscal, el acusado había abusado sexualmente de la menor de edad, Valentina, cuando la misma se encontraba en acogida. La Audiencia provincial valoró el testimonio de la víctima en atención a los tres criterios jurisprudenciales y decretó que si bien se pudo constatar que la víctima no actuó con móviles espurios, su versión de los hechos no se corroboró por ningún dato objetivo de carácter periférico (no se aportaron documentos médicos, informes periciales, declaraciones testimoniales que permitiesen acreditar las posibles lesiones físicas o psicológicas ni tampoco se pudo demostrar cambios en el carácter de la menor). Además, su testimonio fue calificado como “plano, poco ilustrativo y extremadamente sintético”. A todo ello se sumaron las contradicciones en su declaración, así como las contradicciones entre su declaración y la de los demás testigos. Todos estos hechos generaron que la AP tuviera serias y razonables dudas sobre la realidad de lo sucedido y, en aplicación del principio “in dubio pro reo”, se absolvieron a los acusados.

Otra sentencia en la que se absolvió al acusado es la SAP 285/2018 de 13 de junio de 2018. Esta sentencia versa sobre un delito de abuso sexual a menor cometido por la pareja de la madre de la víctima. Los hechos fueron puestos en conocimiento por el padre de la menor y su pareja los cuales observaron un comportamiento extraño en la niña que finalmente ocasionó que la misma les explicara los presuntos abusos sufridos. En esta sentencia, la AP de Girona afirmó no tener ninguna duda sobre el testimonio de la víctima, manifestando que la forma de relatar los hechos y las expresiones empleadas por la menor daban cuenta de que los hechos no eran inventados o fantasiosos. Ahora bien, aunque la declaración de la víctima resultó ser creíble se absolvió al acusado por considerar que las pruebas de descargo generaban ciertas dudas sobre la certeza del suceso. Tal y como relató la AP, los padres de la presunta víctima se encontraban en una lucha judicial por la guarda de la menor y, determinados comportamientos del denunciante (el padre de la menor) hicieron generar ciertas sospechas de los motivos de denuncia sobre el presunto abuso sexual. En concreto, resultaba sospechoso que “muy pocos días después de la denuncia estaba prevista la celebración de una vista civil para adoptar decisiones al respecto” y que, “a los pocos días de existir sentencia en primera instancia en donde se otorgaba la guarda y custodia a la madre y se rechazaban las pretensiones civiles, [el padre de la menor] desistió del ejercicio de la acusación particular dando a entender que su sostenimiento era meramente instrumental para conseguir una posición de prestigio en el procedimiento civil”. En estos casos, el conflicto judicial entre los padres de la víctima y la imposibilidad de probar que las declaraciones de la menor no fueron inducidas por el denunciante, ocasionaron la absolución del acusado.

5. Perspectiva práctica de diferentes operadores en el ámbito de los abusos sexuales a menores

Con el fin de conocer en mayor profundidad la participación de los menores en el proceso penal se han realizado cinco entrevistas semiestructuradas a distintos profesionales del ámbito de la justicia y la psicología forense. Se elaboraron un guion de preguntas para cada uno de los entrevistados (atendiendo a la actividad que desarrollan y a sus conocimientos). En concreto, se ha entrevistado³⁰ a un fiscal de la AP de Girona, a una psicóloga de la Fundación Vicky Bernadet de Barcelona, a una abogada de Girona, a una jueza de Primera Instancia e Instrucción y a una psicóloga del Equipo de Asesoramiento Técnico Penal de la AP de Girona. Estas entrevistas permiten comprender, de una forma más cercana y a través de la propia experiencia de los entrevistados, como todo lo explicado a lo largo de este trabajo se lleva a cabo en la práctica, así

³⁰ Tres de las entrevistas fueron grabadas y posteriormente transcritas y en dos de ellas la recogida de información se realizó mediante la toma de notas.

como reflexionar sobre los diferentes aspectos que rodean al menor en el momento que éste participa en un proceso penal.

Para el análisis de la información aportada por todos ellos se han escogido diferentes categorías atendiendo a los principales temas de la presente investigación que se desarrollan a continuación:

Tipología de víctimas, espacio donde se produce el abuso y relación víctima-victimario

Todos los entrevistados manifestaron que el delito de abusos sexuales suele producirse especialmente en el seno familiar, ya sea por parte del propio progenitor o por familiares cercanos. Sin embargo, también se dan casos en los que el agresor es una persona con la que el menor tiene una especial confianza³¹. Respecto del tipo de víctimas que padecen este tipo de delitos suelen ser tanto niños como niñas menores de edad, aunque especialmente se da con niñas. Además, cabe señalar que no existe una edad específica en la que se producen los abusos sexuales. De modo que este tipo de delitos se pueden dar independientemente de la edad de la víctima.

Cuando hablamos de víctimas menores es preciso considerar, tal y como afirma el fiscal de la AP, que *“los abusos sexuales además afectan de una manera muy negativa, muy nociva, al desarrollo y madurez mental del menor, es decir, altera su curso, su progreso mental”*. Respecto de los agresores sexuales, éstos *“siempre crean un clima de confianza y luego van subiendo un peldaño”*.

En atención a la tipología de víctimas que padecen estos abusos, según señala la jueza *“se pueden diferenciar dos tipos de víctimas, por una parte, víctimas muy pequeñas, de corta edad y, por otra parte, víctimas de entre 14 y 16 años. Suelen ser víctimas muy vulnerables”*. Respecto de la relación que mantenían víctima y agresor, la misma informa que en *“la mayoría de ellos el agresor es el padre, pero también se han dado casos en que el agresor era un tío o abuelo”*. En cuando al entorno en el que se produjeron los abusos, según manifiesta *“se habían producido en familias desestructuradas, no estables, en las que existía algún tipo de maltratos de otro tipo o a otras personas cercanas”*.

De acuerdo con la abogada, *“el entorno del menor era muy inestable y conflictivo.”* Además, señala que en el caso que asumió la acusación particular, la persona acusada del abuso sexual *“pertenecía al entorno familiar del menor”*. En su caso, la mayoría de los familiares no apoyaron al menor, *“consideraban que el menor mentía”*.

La psicóloga del EATP declara que en la mayoría de las ocasiones el delito es intrafamiliar: *“[...] normalmente los abusos son intrafamiliares. Eso que la gente tiene tanto miedo que el abuso se da fuera, no. Se da dentro, la mayoría de veces”*. Y añade, *“además el niño confía en el conocido,*

³¹ Por ejemplo, por un profesor del colegio o particular o en actividades extraescolares.

en el tío, el abuelo, el primo, el hermano... confía. Por lo tanto, es más susceptible, vulnerable de caer en el abuso". Respecto de las víctimas afirma que *"es verdad que en agresiones sexuales son más chicas que chicos, eso no quiere decir que algún chico no aparezca, pero normalmente son chicas sobre todo adolescentes"*.

En el mismo hecho coincide la psicóloga de la Fundación Vicky Bernadet que afirma: *"siempre hablamos de abusos sexuales en contexto de confianza [...] son un montón"*. Además, cabe señalar que *"los abusos se detectan muy pocas veces y se identifican en edad adulta y muchas de ellas adultas sin haber puesto nunca denuncia"*.

Otro aspecto de especial trascendencia es cuando este tipo de delitos son padecidos por personas con discapacidad. Según informa la psicóloga del EATP, *"también que quede claro que actuamos con personas con discapacidad de todas las edades, también con adultos con discapacidad. Son los grandes olvidados del sistema"*. Relata que es muy difícil el esclarecimiento de los hechos cuando el delito de abuso sexual se da con este tipo de víctimas, principalmente porque el transcurso del tiempo desde la producción del abuso hasta que se les toma declaración produce que no recuerden determinados aspectos relevantes. También porque en determinados casos, existe una mayor facilidad para que la defensa del acusado pueda contradecir sus declaraciones y conseguir una sentencia absolutoria, aun cuando el relato de la víctima es totalmente creíble. Este hecho permite reflexionar profundamente sobre este tipo de víctimas, sobre su situación y sobre la protección que precisan.

La denuncia en casos de abusos sexuales

Respecto de la denuncia se deben tener presentes diferentes aspectos: en primer lugar, que los delitos de abusos sexuales no se denuncian en el momento de cometerse los hechos. Es una situación que se da una vez ha transcurrido mucho tiempo desde la producción de los mismos. En segundo lugar, hay que tener presente que las víctimas, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, lo que genera que se muestren reticentes tanto a denunciar como a relatar los hechos vividos, ya sea por vergüenza o temor a las represalias o a las reacciones de su entorno. Además, dado que nos encontramos con personas menores de edad, en muchas ocasiones la denuncia no suele interponerse por ellas sino por personas a las que, en un determinado momento, han podido conocer de forma directa o indirecta lo sucedido. Por ello, tal y como relatan los entrevistados, el apoyo del entorno y los sistemas de detección de los abusos sexuales en los diferentes centros educativos son fundamentales a la hora de la interposición de una denuncia.

Sin embargo, no todos los menores de edad reciben el apoyo necesario para decidir explicar los hechos. Así es como pone de manifiesto la psicóloga de la Fundación Vicky Bernadet:

“los niños reciben apoyo, algunos. Hay otros muchos que no reciben. Es decir, ¿por qué llegan tan pocos casos a juicio? Porqué no se ponen denuncias ¿y por qué no se ponen denuncias? Primero porqué no se sabe qué ha pasado, segundo porqué no te hemos creído o porqué te creemos, pero no hacemos nada porqué si hacemos algo ¿cómo voy a cargarme a un hombre de la familia?”

La abogada afirma que una de las dificultades para la denuncia de un delito de abuso sexual es que la inmadurez de las víctimas provoca que las mismas no expliquen los hechos y *“el paso del tiempo le va en contra porqué es posible que cuando denuncien y declaren en sede judicial no puedan ofrecer suficientes detalles de los hechos que hagan creíble su relato”*. Según manifiesta la jueza: *“algunos casos no se suelen denunciar en el momento de producirse los hechos [...] son casos que se denuncian al cabo de un tiempo, cuando la víctima lo explica a alguien cercano”*.

Otro aspecto que señalan algunos entrevistados es que, en ocasiones, se dan denuncias falsas o que detrás de la denuncia existe un conflicto familiar, especialmente, por separaciones matrimoniales conflictivas, que hacen sospechar sobre los motivos de la denuncia:

“[...] es cierto que a veces se utiliza el abuso, es decir, la denuncia, en parejas que se están separando con mucho conflicto. Se dan denuncias falsas, eso también es cierto. No es que sea la mayoría, pero hay un tanto por ciento que se dan con mamás que normalmente utilizan el abuso sexual en contra de su expareja para conseguir quedarse con la custodia del menor” (psicóloga del EATP)

En este mismo aspecto coincide el fiscal de la AP, manifestando que la denuncia, en algunos casos, se interpone cuando existe una *“lucha conyugal por la custodia”*.

Motivos de sobreseimiento o absolución

Según la abogada entrevistada:

“el paso del tiempo y la demora en el proceso judicial hace que cuando las víctimas y testimonios declaran pueden tener dudas al responder las preguntas, reconocer abiertamente que no recuerdan y todo esto hace que el relato no sea consistente, y delante de esto, es fácil que se aplique el principio in dubio pro reo”

Tal y como pone de manifiesto la jueza, los principales motivos por los que se dicta el sobreseimiento es debido a:

“tiempo transcurrido des de la producción del abuso [...] también se produce por la edad de la víctima porqué debido a su falta de madurez hay aspectos que no

recuerda y que son relevantes para el caso [...] porque su discurso es pobre y no permite determinar exactamente la producción de los hechos”

Ahora bien, en palabras del fiscal de la AP:

“[...]cuando hay un menor o hay elementos que indican que un menor está sufriendo abusos sexuales estas cosas se toman con cuidado y solo se archiva cuando hay cierta seguridad de que no hay prueba, no hay cierta consistencia y que es fruto más de un conflicto familiar que hay detrás [...]”

Adopción de medidas cautelares

Todos los entrevistados coinciden en que las principales medidas cautelares que se dictan ante este delito es la prohibición de aproximación a la víctima (a su domicilio, escuela...) y la prohibición de comunicación por cualquier medio con la misma. Así lo manifiestan:

Según la jueza, *“las medidas cautelares que se suelen dictar son la prohibición de aproximación a la víctima y la prohibición de comunicación”*. Es relevante lo que declara: *“a veces esto puede suponer un problema, especialmente cuando la víctima está conviviendo con su agresor. Aquí surgen dudas sobre qué pasa con el menor, como se puede dar cumplimiento a estas medidas”*.

“prohibición de aproximación y comunicación con el menor” (abogada)

“[...]solicitamos que mientras que no haya sentencia se solicita la prohibición del padre, primero abandono del domicilio familiar del padre, de alguien que vive allí, el abuelo, abandono del domicilio familiar, prohibición de acercarse al domicilio familiar y del centro escolar a una distancia de 300 o 500 metros, de comunicarse con él por cualquier medio por teléfono, redes sociales... suspensión del régimen de visitas, atribución de la custodia del menor a la madre, uso del domicilio familiar a la madre, uso del coche y tal a la madre, que el padre mientras tanto, porque el padre tendrá trabajo o recursos, pague una pensión porque claro ese niño sigue estudiando y necesita recursos y es el padre y tiene la obligación de 300 euros y el padre que se busque la vida, alquile un piso, se pague una habitación de un hotel... y luego cuando haya sentencia, si la sentencia condena, corroborará y ratificará esas medidas cautelares y pondrá como condena, además de las medidas cautelares, una condena y si esa condena es absolutoria, se dejará sin efecto las medidas cautelares [...]” (fiscal)

La figura del defensor judicial

La figura del defensor judicial deviene especialmente relevante cuando existe un conflicto de intereses entre las partes. El defensor judicial se solicita por el Ministerio Fiscal y, en ocasiones, es él mismo quien ejerce de defensor de los intereses del menor, aunque también puede asumir este cargo un familiar o una persona cercana al menor:

“este defensor judicial suele ser solicitado por el Ministerio Fiscal. Si se dan casos, por ejemplo, de maltrato al menor por parte de los padres, o cuando madre y padre se encuentran en un conflicto el Ministerio Fiscal ejerce de defensor judicial para la protección de los intereses de los menores” (jueza)

Tal y como afirma el fiscal, con carácter general, el que tiene la representación y defensa del menor es el Ministerio Fiscal, pero *“puede ser un miembro de la familia extensa, por ejemplo, un abuelo [...] que represente al menor [...] no solo en el ámbito penal sino en los trámites administrativos”*.

Declaración del menor en la fase de instrucción, medidas de protección y prueba anticipada

En los últimos tiempos ha habido una mayor concienciación de que la producción de determinados delitos sobre los menores, especialmente aquellos que afectan a su intimidad y libertades sexuales, merecen una especial atención principalmente por la situación de vulnerabilidad en la que se hallan. Por ello, a lo largo de este proyecto se ha podido comprobar como a lo largo de los años se han ido creando diferentes medidas que tratan de minimizar los efectos traumáticos que el delito y su paso por el sistema penal les puede ocasionar. Así las cosas, por lo que respecta a su declaración, se intenta, en la medida de lo posible, que las menores víctimas de delitos sexuales no se vean obligados a relatar y revivir los hechos padecidos innumerables veces. Tal y como afirman los entrevistados, cuando se produce un delito de abuso sexual a menores se evita que tengan que narrar los hechos ante la policía o ante el personal sanitario y, directamente, lo hagan delante de profesionales, psicólogos forenses especializados en el tratamiento de víctimas especialmente vulnerables. De hecho, esta es la forma de la toma de declaración del menor (dependiendo de la edad y la gravedad del delito) que se lleva a cabo en la fase de instrucción:

“[...] el primer paso es que se presenta la denuncia por parte de un adulto a Mossos de Esquadra y lo pasan al juzgado de guardia de instrucción que esté en ese momento. El juzgado de instrucción valora el tipo de hecho que es, la edad del menor y normalmente, ya te digo, si es menor de 16 años, no le toman declaración, no actúa, y nos llaman a nosotros. Puede ser de urgencia en la misma guardia si los hechos son muy graves y el menor puede estar en riesgo,

por ejemplo, que haya sido pues el mismo padre o un hermano, ósea alguien con quien convive o con quien tiene mucha relación ¿vale? O que haya sido una agresión muy bestia no que se tenga que meter al investigado en prisión, entonces actuamos de guardia que se dice, de urgencia. ¿Vale? Si no se ve esta urgencia, pues normalmente, nos llaman y quedamos dentro de una semana o incluso meses que eso lo que intentamos que no sea.” (psicóloga EATP)

“En la fase de instrucción se toma declaración al menor evitando que se confronte visualmente con el acusado. Se convoca a todo el mundo el día de la toma de declaración para que todos puedan estar presentes y puedan tomar parte y formular las preguntas que estimen convenientes. Esta declaración se suele utilizar como prueba preconstituída. En los casos que he instruido, la declaración es tomada por psicólogos del EATP que están en una sala con el menor y le hacen preguntas acordes a su edad y madurez y también se le saca declaración a partir de diferentes juegos, por ejemplo, para saber si saben diferenciar entre la verdad y la mentira o formas que los psicólogos conocen y que permiten minimizar el impacto que la declaración sobre el abuso tenga sobre el menor. La declaración es grabada mediante videoconferencia en circuito cerrado. Normalmente la declaración se les toma en la Audiencia Provincial de Girona y nosotros des de la Bisbal la podemos visualizar en directo. Esto permite observar las reacciones del menor, también permite formular preguntas o aclaraciones. En la Bisbal estamos yo, el abogado defensor y el Ministerio Fiscal y cualquiera podemos solicitar al psicólogo que le formule las preguntas que se consideren necesarias. En casos en los que las víctimas son muy menores de edad, esta declaración presenta dificultades, porque ellos no son conscientes de lo que tienen que declarar o de la importancia que tiene su declaración y suelen jugar o despistarse y a veces dificulta mucho poder hacerle las preguntas. Los psicólogos también ofrecen recomendaciones de cómo se deben plantear las preguntas o de qué preguntas a lo mejor pueden afectar al menor. También yo puedo decidir qué preguntas se permiten y qué otras no.” (jueza)

Según la psicóloga forense del EATP, la declaración de los menores en la fase de instrucción, especialmente cuando éstos tienen entre 3 a 16 años, se toma en una sala separada y se lleva a cabo principalmente por dos psicólogos:

“[...] normalmente, siempre somos dos, que estamos allá [en la otra sala separada]. Somos dos por qué si el delito es mayor de cinco años y va a la Audiencia entonces siempre tenemos que ser dos psicólogos que hagamos la

prueba pericial. [...] Nosotros actuamos a partir de 3 años porque es cuando hay el mínimo lenguaje para que el niño pueda explicar hasta 16, actualmente, más o menos 16, porque cuando tienen más de 16 normalmente no nos piden que actuemos [...]”.

Como se ha visto, en ocasiones, la declaración tomada al menor en la fase de instrucción se utiliza como prueba anticipada³². Según los entrevistados, no siempre se da esta prueba, aunque sí se favorece, especialmente cuando se trata de un menor de corta edad:

“si son menores con una edad muy corta se suele acudir a la prueba preconstituida y se intenta evitar al máximo que tenga que declarar distintas veces” (jueza)

“se trata de evitar que esos niños [...] declaren en el Juzgado de instrucción, declaren ante la policía, declaren en juicio, porque victimizas al niño. [...] por eso se intenta que declare una sola vez si es posible a través de psicólogos o técnicos” (fiscal)

De acuerdo con la psicóloga de la Fundación el uso de la prueba anticipada es esencial porque *“hay momentos en los que los niños dejan de hablar, y de explicar las cosas porque están hartos de que se les pregunten [...] es una de las situaciones más complicadas [...]*”.

El derecho de dispensa

Todos los entrevistados manifiestan que para que un testigo o víctima pueda hacer uso del derecho de dispensa es esencial que disponga de la madurez necesaria para comprender su significado y su alcance. Por este motivo, a menores de muy corta edad es lógico que no se les informa del mismo, pero cuando son víctimas o testigos con una madurez suficiente pueden decidir si hacer o no uso de la misma:

“[...] aquí se debe tener en cuenta la madurez de la víctima y la edad. Si es un menor de 3 años evidentemente el no entenderá qué significa el derecho de dispensa [...] cuando son víctimas mayores de 13, 14 años sí que se les advierte del derecho que tienen a no declarar contra sus progenitores. Por lo tanto, éstos sí pueden conocer su derecho a la dispensa [...]” (jueza)

“[...] este derecho de dispensa se tiene que hacer a personas que tengan la capacidad para entenderlo. Tiene que ser una persona con madurez y capacidad

³² Para conocer en mayor detalle cómo se desarrolla la prueba anticipada vid. la entrevista realizada al fiscal de la AP en el Anexo.

para entender este derecho. Al niño si es menor, se le hace la exploración y con eso el MF tira para adelante” (fiscal)

Declaración del menor en la fase del juicio oral y las medidas de protección

Cabe señalar en este punto, que algunos entrevistados manifiestan que, dependiendo de la edad del menor, se considera conveniente que el mismo declare de nuevo en el acto del juicio oral (haciendo uso de las medidas de protección existentes). Se determina que, cuando son menores de edad, por ejemplo, de 3 a 11 años, se suele hacer uso de la prueba anticipada y, por tanto, los mismos no deben reiterar su declaración en plenario. Sin embargo, si son mayores de 12, 13 años deben volver a declarar. Este hecho se debe a la concepción de que la declaración en el juicio oral reviste de todas las garantías y deviene prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado:

“[...] la declaración del menor se puede tomar mediante la utilización de biombos. La audiencia del menor es fundamental, por ello, se recomienda que su declaración sea tomada en el acto del juicio oral, con todas las garantías. Es una garantía para el acusado, su declaración en el acto del juicio oral permite desvirtuar la presunción de inocencia. cuando se trata de menores de 18 años, pero mayores de 14 años se recomienda que éstos, en la medida de lo posible, declaren siempre en el juicio oral” (jueza)

Sin embargo, de acuerdo con la psicóloga del EATP, es necesario fomentar el uso de la prueba anticipada principalmente cuando la víctima es menor de edad:

“[...] la justificación no puede ser siempre, es que es mejor verlo en juicio oral. Entonces no se tiene en cuenta que esa persona tiene que vivir todo eso innumerables veces [...] tú sabes que un día te van a llamar y te van a decir, “vuélvelo a repetir, a explicarlo... y no te equivoques de día o de espacio...” porque vamos allí ¡eh! “No es que un día, hace tres años, dijiste que había pasado en marzo y ahora me estás diciendo en mayo””.

La psicóloga de la Fundación Vicky Bernadet critica el hecho de que en determinados casos se solicite la declaración del menor en el juicio oral aun cuando su presencia en plenario se podía haber evitado:

“[...] son testimonios y los testimonios son imputables a los 14 años pues les obligan a ir a juicio oral. Cuando la culpa de que un niño de 10 años tenga que ir a juicio oral no es de él, es de que su juicio se ha retrasado 4 años”.

Señala también que, en la práctica, a la prueba preconstituida se le da poco uso:

“cuando vimos que el tema de la prueba preconstituida tomada una cierta importancia dices “otras que bien”, cuando vez que los EATP están a favor dices “otras que bien”, pero luego dicen claro pero ten en cuenta que a los 14 puede ser que tengan que ir a juicio oral porque ya puede ser imputado penalmente”

A la hora de tomar declaración al menor en la fase del juicio oral se adoptan una serie de medidas de protección, a fin de minimizar los efectos tanto de la situación traumática vivida como de la victimización secundaria.

La abogada afirma que, en la fase del juicio oral, el menor tiene *“derecho a declarar y permanecer detrás de una mampara para evitar el contacto visual directo con el encausado”*.

De modo similar declara la jueza: *“en sede judicial se toman medidas de protección a los menores ya sea mediante la utilización de biombos o la posibilidad de tomarle declaración en otras salas”*.

El fiscal explicó con más detalle cómo es la toma de declaración al menor tanto antes del juicio como en el plenario y las medidas existentes para evitar la confrontación visual del acusado:

“[...] Cuando la víctima tiene que declarar en juicio, el acusado está en una sala donde hay un cristal ahumado pequeño en donde él puede ver, pero no puede hablar con el menor. El testigo entra desde fuera y declara y no ve al acusado. El acusado está viendo y escuchando lo que el menor, la víctima o testigo dice y no hay confrontación visual. La víctima no ve al acusado porque además si lo viera se podría poner nerviosa y se asusta [...]”

Medidas de protección en las dependencias judiciales

No sólo se trata de proteger al menor en sede judicial o en el momento de tomarle declaración. Aunque no en todos los casos, en determinadas dependencias judiciales (como, por ejemplo, puede comprobar su existencia en la Audiencia Provincial de Girona) se establecen un conjunto de medidas que impiden la confrontación visual con el acusado o con sus familiares.

De hecho, la abogada entrevistada afirma que existen espacios reservados a las víctimas en las dependencias judiciales, *“si, a lo mejor no bien condicionadas, pero es cierto que se intenta facilitar el no contacto”*. También lo confirman la jueza y el fiscal:

“[...] cuando los testigos acuden a juicio los conducen a unas salas separadas que están creadas para los testigos [...] (jueza)

“[...] Estas salas aquí en la Audiencia están preparadas. En los juzgados es más complicado, pero aquí en la Audiencia están preparadas de tal manera que hay

un pasillo donde está el acusado, si no está en prisión preventiva porque si es así estará conducido por salas interiores que lo llevan directo a la sala, si no estará en el pasillo. Puerta de acceso para los que son conducidos desde el subterráneo, se entra por un pasillo interior. Cuando hay menores o víctimas, por ejemplo, que es necesario mantenerla aislada y que no haya contacto visual, si el acusado está en libertad, no puede estar la víctima en un pasillo y el acusado también. Entonces hay una sala anexa pequeña donde puede estar la víctima [...]” (fiscal)

Medidas de protección anteriores y posteriores al proceso

Las víctimas de delitos, y por lo que aquí nos ocupa, de delitos sexuales, tanto menores de edad como adultas, pueden acudir a la Oficina de Asistencia a la Víctima del Delito que se encarga de asesorarlas en los aspectos jurídicos (principalmente a lo relativo al desarrollo del procedimiento penal) así como a apoyarlas y a ayudarlas en el proceso de recuperación emocional y psicológica desde la producción del delito. Tal y como informa la psicóloga del EATP, en ocasiones, y especialmente cuando la víctima y su familia desconocen el desarrollo del proceso (por ejemplo, en qué momento se encuentra el procedimiento judicial o qué es y cómo se practica una orden de alejamiento) o precisan de una especial atención psicológica, el EATP una vez se ha entrevistado con la víctima, se coordina con la Oficina de atención a la víctima para que les brinde la asistencia e información que necesitan.

Credibilidad del testimonio del menor

El testimonio del menor deviene una de las pruebas más cruciales para la resolución del caso, especialmente, cuando su declaración es la única prueba existente. Según informa la jueza:

“la versión de los menores de edad, especialmente cuando su declaración es la única prueba de los hechos, que en estos casos es lo que suele suceder, siempre se debe tener en cuenta. Es la única forma de saber si realmente lo que cuenta es cierto”

Como se ha podido comprobar en el presente trabajo, para analizar el testimonio de las víctimas tanto el juez, el Ministerio Fiscal y los abogados utilizan tres parámetros que permiten determinar si su declaración es o no creíble:

“utilizamos tres criterios principales, del mismo modo que los utiliza el Ministerio Fiscal o los abogados que son la verosimilitud, ausencia de incredibilidad subjetiva y la persistencia en la incriminación” (jueza)

“[...] para valorar la credibilidad de un testigo, pues en todos los ámbitos en un juicio, para que tenga fuerza probatoria se tienen en cuenta tres indicadores:

credibilidad subjetiva, es decir, que no exista animadversión, es decir que no exista conflicto entre ambos, no exista mala relación, a ver si hay amistad o enemistad, evidentemente cuando una persona denuncia a otra y hay conflicto entre ambos, lo que te decía antes, una madre que está en un proceso de separación, se lleva mal con el exmarido y dice que cuando la duchó tocó a la niña. Entonces esa credibilidad subjetiva dices, cuidado. En segundo lugar, corroboración objetiva. Eso significa que lo que tú dices venga corroborado con pruebas objetivas que no se basan en una declaración de que uno pueda decir sino objetivas. Me explico, si la madre dice “bueno es que la niña ha sido violada por el padre” una niña de 5 años, prueba objetiva, el pediatra o el médico forense explore a la niña y vea que tiene lesiones vaginales. Esas lesiones vaginales es un informe pericial y eso corrobora con mucha fuerza, con mucha, lo que la madre pueda decir. Y le da mucha fuerza probatoria incluso más de lo que dice la madre, si hay una prueba pericial de un médico, objetivo, imparcial que dice que esa niña tiene lesiones vaginales o lesiones compatibles con una posible penetración, evidentemente, eso le da una fuerza. Corroboración objetiva sería también pues que una persona denuncia que hay un adulto que está abusando de un niño a través de internet, pruebas objetivas es que cuando se examina el ordenador se ve que hay contactos, correos electrónicos o mensajes por las redes sociales de que ha ido contactando con el menor, eso son datos objetivos, quedan grabados, no son cuestionables, son datos que están. Y el tercero, es persistencia en la incriminación. No puedes cambiar de versión. No puedes decir “hoy me has violado” “¿y como le violó?”, “pues penetración vaginal”, al día siguiente o un mes después dice “no hubo penetración, solo tocamientos”. Es un cambio de versión incoherente y además en aspectos importantes. Pues eso reduce la credibilidad del testigo. Tiene que ser una declaración coherente [...] la declaración de una víctima puede ser prueba suficiente para una condena si cumple con estos tres requisitos, si no hay datos subjetivos que hagan pensar que esta persona está mintiendo o falta la verdad [...] la declaración de la víctima muchas veces puede ser prueba suficiente para condenar, sí, pero con muchas cautelas. Sobre todo, porque aquí hablamos de muchos años de prisión [...]”.

(fiscal)

Prueba pericial y otras pruebas complementarias

Además de la declaración del menor, como se ha visto en anteriores apartados, el Tribunal se puede valer de otras pruebas complementarias que permitan acreditar la existencia de los hechos narrados por el mismo. Aunque se pueda aportar cualquier prueba válida en derecho que permita comprobar la realidad del suceso, hay determinadas pruebas que son especialmente relevantes y que contribuyen de modo significativo a determinar la culpabilidad del acusado.

Todos los entrevistados coinciden que son de suma importancia la prueba pericial³³, las declaraciones de los testigos directos y los informes del médico-forense y/o del pediatra del menor.

La prueba por excelencia que permite valorar la credibilidad del testimonio del menor es la prueba pericial. Según el fiscal de la AP, es una prueba realizada por los psicólogos forenses que permiten determinar la credibilidad del menor, “[...] si el niño tiene fantasía, fabulación, si hay un interés de por medio [...] si da detalles concretos, precisiones, si tiene reacciones psicofísicas que puedan dar credibilidad [...]”.

Respecto de los testigos directos, según la jueza “es fundamental que los hechos que relata el menor o la menor sean corroborados [...] se acude por tanto a testigos que puedan corroborar el testimonio de la víctima y se le toma declaración al entorno”. Sin embargo, añade que “cuando el abuso se produce en el entorno familiar puede pasar que los testigos quieran tapar los hechos, puede ser que no quieran hablar o que nieguen los abusos”.

Sin embargo, todos afirman que la prueba relativa a los testimonios de referencia es poco convincente y, de hecho, los jueces y tribunales no les suele dar credibilidad:

“los testimonios de referencia no son buena prueba, y los jueces tienden a no darles credibilidad” (abogada de Girona)

“[...] el testigo de referencia no vale. La prueba válida es la testifical directa de la persona que ha visto, oído o percibido [...] el testigo de referencia tiene muy poco valor. La madre puede decir “yo denuncié a mi exmarido porque mi hijo o hija me ha dicho...” pero “¿usted estaba presente o ha visto algún comportamiento de la niña...?”. Ahora bien, si la madre dice que ha visto algún cambio de comportamiento en el niño y lo ha visto directamente, aunque la madre no haya presenciado el abuso del padre a la niña, ha percibido un cambio de comportamiento de la niña. Que la niña ya no se comporta igual, que tiene dolores

³³ Para conocer en profundidad como los psicólogos forenses realizan la prueba pericial y como elaboran posteriormente el informe pericial, Vid. Entrevista a la psicóloga del EATP en el Anexo.

abdominales, que se siente retraída, contraída, que no quiere salir con las amigas, que está tristonera, eso es un testigo directo... el cambio de comportamiento, que es un indicio más [...]” (fiscal)

“[...] creo que es muy importante diferenciar, por ejemplo, que el niño ha ido a la escuela y se lo ha explicado a los profes o cuando viene la mamá, el papá o un abuelo y te dice mi niño me ha dicho tal cosa. Creo que es distinto” (psicóloga Fundación Vicky Bernadet)

El informe pericial es considerado por todos los entrevistados la prueba más influyente en valoración de los hechos y la decisión final del Tribunal:

“los informes periciales de los profesionales que intervienen son clave” (abogada de Girona)

“[...] la prueba más importante que puede considerarse como la base o la biblia que se utiliza en los casos de abusos sexuales son los informes del equipo de asesoramiento técnico penal. Es una prueba muy relevante sobre la credibilidad del testimonio del menor, da cuenta sobre si los hechos declarados son producto de la realidad o de la fabulación. Son muy importantes porque las personas del Equipo Técnico Penal son personas expertas que ayudan a determinar la credibilidad sobre el relato que ofrece el menor” (jueza)

Además, a la hora de elaborar el informe pericial forense, los psicólogos del EATP pueden recurrir a otros profesionales, por ejemplo, al terapeuta del menor o al centro de salud mental, para recabar más información sobre la situación del menor:

“[...] por mucho que tu hagas una entrevista, le pases un test, lo ves una mañana ¿vale? la información que obtienes es mucho menor que el terapeuta que ve a ese menor cada semana o una vez al mes. Claro vas a poder ver más la evolución de esa persona, las secuelas [...]”

Duración del proceso

La duración de un proceso, tal y como afirma el fiscal entrevistado, puede variar dependiendo de cada caso, tanto por circunstancias internas como externas que rodean el proceso:

“[...] si hay abusos sexuales, un juzgado de instrucción rápido, necesita por lo menos un año. Hacer todas las pruebas de instrucción, traslados, dar declaraciones, hacer el escrito de acusación, defensa y enviarlo a la audiencia [...] es decir, si son rápidos un juicio por abusos sexuales puede, tardar año y

medio, dos años, esos que se han llevado con rapidez y puede llegar hasta siete u ocho años [...]”

La duración del proceso también es confirmada por las demás entrevistadas:

la media entre que se pone denuncia hasta que se llega a juicio oral, en Barcelona está a los tres años [...] yo por ejemplo he estado, he participado como perito en un caso en el que desde el día de la denuncia al día del juicio oral pasaron 8 años” (psicóloga de la Fundación Vicky Bernadet)

“en mi caso más de 3 años” (abogada)

“depende del caso, entre 1 o 2 años [...]” (jueza)

“[...] un año [...] esto podría ser un 50% [...] el otro 50% pueden ser dos, tres, cuatro años [...]” (psicóloga EATP)

Falta de formación

De acuerdo con la abogada entrevistada, uno de los principales problemas con los que se encuentra un abogado es: *“la falta de formación, especialmente sobre aspectos psicológicos de la víctima del delito (como explicarle el proceso al que se enfrentará, como prepararla para las declaraciones judiciales y la exploración por parte del equipo técnico)”*

La psicóloga del EATP también considera que hace falta una mínima formación para así entender las reacciones de la víctima y empatizar con ella:

“falta todavía mucha sensibilidad, empatía por parte de los operadores jurídicos. [...] la formación se aprende. Es lo que te comentaba antes, de la víctima que se ríe en una situación o un niño que no se sabe expresar o se muestra retraído, es que claro tiene tal edad o delante de una situación así es totalmente normal que se muestre así ¿no?” (psicóloga EATP)

6. Conclusiones

Una vez examinada la participación del menor víctima de abusos sexuales en el proceso penal, las medidas de protección existentes así como su aplicación práctica, tanto en el seno del proceso penal como fuera del mismo, y las diferentes pruebas existentes para el esclarecimiento del delito y su valoración por parte del Tribunal, cabe extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERO. Los menores de edad así como las personas con discapacidad se engloban dentro de la categoría de víctimas especialmente vulnerables debido a la dificultad para que los mismos comprendan la ilicitud de los actos a los que son sometidos y las consecuencias que se pueden derivar de los mismos y también porque son sujetos con mayores probabilidades de padecer una victimización secundaria como consecuencia de su paso por el sistema penal, percibido como un lugar desconocido y hostil.

SEGUNDO. Tanto la normativa internacional, europea y nacional a lo largo de los años ha brindado una especial consideración a las menores víctimas de delitos reconociéndoles un conjunto de derechos que deben ser respetados y garantizados por parte de las autoridades. Todo el entramado jurídico en atención a las menores víctimas se orienta a su protección tanto por el delito padecido como en su participación en el proceso penal. En nuestro ordenamiento jurídico, la LEVD supone la piedra angular del sistema de protección a las víctimas de delitos. En ella se prevén medidas generales para cualquier tipo de víctima, así como específicas para aquellas más vulnerables. Además, el empleo de medidas de protección no se limita únicamente a aquellas relativas a la protección del menor dentro del proceso penal, sino que también prevé instrumentos de protección extraprocesales.

TERCERO. Siendo conscientes de que el delito de abuso sexual a menores afecta de modo tangencial al desarrollo sexual y psíquico del menor, el derecho penal español configura diferentes tipos penales que castigan la violencia sexual ejercida sobre los menores de edad. En el Código Penal español se aplican además circunstancias agravantes teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, enfermedad, discapacidad o situación, así como cuando el delito es perpetrado como consecuencia de una relación de superioridad o parentesco entre víctima y agresor. Todo ello con el objetivo de proteger la indemnidad y libertad sexual de los menores como dos bienes jurídicos dignos de protección.

CUARTO. Los abusos sexuales a menores de edad son delitos que presentan serias dificultades de denuncia y más aún cuando los mismos son producidos en el seno familiar (si bien tal y como hemos podido comprobar la mayoría de ellos se producen en este ámbito). El apoyo familiar y del entorno es considerado tanto por la literatura como por los informantes el factor más relevante a la hora de poner en conocimiento los hechos ante las autoridades. Sin embargo, cabe tener presente que muchos de los delitos de abusos sexuales llegan a conocimiento de los tribunales

mucho tiempo después de producirse el abuso lo que dificulta aún más la prueba y el esclarecimiento de los hechos.

QUINTO. Con el fin de proteger a las víctimas de delitos y, por lo que respecta a los menores de edad, en la fase de investigación se adoptan medidas cautelares para el acusado. Las medidas cautelares más empleadas en este ámbito son la prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio, así como de aproximarse a ella. Además, en los casos en los que el agresor es un progenitor, con el fin de evitarle perjuicios e incrementar su protección, también se puede solicitar la privación o suspensión de la patria potestad y el abandono del agresor del domicilio familiar.

SEXTO. Ante la existencia de conflictos de intereses entre la menor víctima y los que ejercen la patria potestad se puede solicitar el nombramiento de un defensor judicial. En la mayoría de las ocasiones, quien ejerce como tal es el propio Ministerio Fiscal.

SÉPTIMO. A la hora de tomarle declaración al menor, tanto en la fase de instrucción como en el acto del juicio oral, se emplean medidas de protección cuyo fin es evitar la confrontación visual de la víctima con el inculpado. Además, cuando se trata de menores de corta edad o personas con la capacidad judicialmente modificada y, a la vista de que la declaración sobre los hechos ocurridos, en presencia de personas desconocidas y en un lugar incómodo podría causarle a la víctima menor graves perjuicios, se prevé que su declaración se tome directamente por profesionales expertos en una sala separada. Así, siempre que ello sea posible, el interrogatorio del menor puede ser conducido y realizado por psicólogos forenses del EATP, siendo éste gravado por videoconferencia mediante circuito cerrado, estando presentes en la otra sala, el Ministerio Fiscal, el juez, el abogado defensor (y, en ocasiones, el acusado) los cuáles transmiten las preguntas que consideren oportunas para el esclarecimiento de los hechos.

Además, a fin y efecto de proteger la intimidad de la víctima, en la fase del juicio oral se prevé otra medida de protección la cual es la facultad del juez de poder acordar que el acto se celebre a puerta cerrada.

OCTAVO. En virtud del interés superior del menor y ante la constatación de que la participación del menor en el acto del juicio oral podría afectarlo, la declaración tomada en la fase de instrucción puede utilizarse como prueba preconstituída (siendo ésta otra medida de protección especialmente relevante ante este tipo de delitos y especialmente cuando son padecidos por víctimas menores de edad). Permite reducir el número de declaraciones y por consiguiente los efectos revictimizantes que para la menor víctima pueda suponer revivir los hechos padecidos repetidas veces y durante un período largo de tiempo (pues como hemos podido comprobar los delitos de abusos sexuales a menores suelen tardar entre 1 a 8 años en resolverse lo que supone que los diferentes trámites procesales se prolonguen en el tiempo). Ahora bien, es preciso señalar que la prueba anticipada

no se utiliza ante todos los casos de abusos sexuales a menores, sino que su idoneidad se valora caso por caso atendiendo a la edad, madurez y situación del menor víctima. Además, para que la declaración del menor en la fase de instrucción pueda utilizarse como prueba anticipada y reproducirse en el acto del juicio oral, debe cumplir con las garantías procesales del acusado principalmente, con el derecho de defensa y el principio de contradicción.

NOVENO. Además de las medidas de protección previstas en las salas donde se desarrolla el proceso penal, algunas dependencias judiciales cuentan con medidas de protección externas. Tal y como se pudo comprobar en la Audiencia Provincial de Girona, existen salas de espera específicas para las víctimas de delitos y, además, tanto si el acusado se encuentra en prisión provisional como si no, se evita al máximo que víctima y agresor se puedan encontrar.

DÉCIMO. Los delitos de abusos sexuales mayoritariamente se producen en la clandestinidad, sin testigos directos, siendo el testimonio de la víctima la única prueba directa sobre los hechos acaecidos. Sin embargo, el Tribunal puede valerse de otras fuentes de prueba para complementar la declaración de la víctima y así poder confirmar su convicción (como hemos visto, el informe pericial, los informes médico-forenses y las declaraciones de los testimonios de referencia). Ahora bien, ante los delitos sexuales a menores, la prueba pericial es de suma importancia para determinar la realidad de los hechos y el papel de los psicólogos forenses es fundamental a la hora de valorar la credibilidad del testimonio del menor.

UNDÉCIMO. Una vez obtenidas dichas pruebas, los operadores jurídicos utilizan tres criterios para valorar la credibilidad del testimonio de las víctimas, concretamente, la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación. En base a estos tres parámetros se trata de analizar tanto el testimonio de la víctima así como las demás pruebas que corroboran lo declarado por ella. Con todo, se permite decretar la existencia de los abusos sexuales y, en consecuencia, la condena del acusado. Sin embargo, tal y como se ha podido comprobar, en ocasiones si bien se cuenta con la declaración de la víctima e incluso con otras pruebas que permiten confirmar la existencia de abusos sexuales, determinados factores (ajenos o no a la víctima) pueden conllevar a una sentencia absolutoria. Dado que la decisión final queda en manos del juez y de la valoración que el mismo haga de las pruebas practicadas, su falta de convicción sobre los hechos ocurridos o la consideración de que los mismos no han podido quedar suficientemente probados, podría suponer la absolución del acusado, en aplicación del principio “in dubio pro reo”.

A modo de conclusión, cabe tener en consideración que nos encontramos frente a menores de edad (incluyendo sujetos que padecen algún tipo de discapacidad) cuyo sufrimiento como consecuencia del abuso sexual resulta difícil de reparar. Por ello, es preciso que desde el primer momento en que se tenga conocimiento sobre el suceso se les brinde la atención y el tratamiento

adecuado y se tenga en consideración la especial vulnerabilidad en la que se encuentran. Es fundamental que los diferentes operadores jurídicos conozcan los efectos que la participación en el proceso penal tiene en las víctimas para así ofrecerles el trato y el apoyo que las mismas requieren.

7. Bibliografía

- ALCALÁ MARTINEZ-SAGRERA, C. (2017). *El menor en el proceso penal: sus declaraciones como víctima y como testigo*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid. Pp. 1-47. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/12254/Cristina%20Alcal%C3%83%C2%A1%20Martinez-Sagrera.pdf?sequence=1>
- ARROM LOSCOS, R. (2015). La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *RIEDPA: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, (3). Pp. 1-66. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5355163>
- BAYARRI MARTÍ, M.L. (2014). Prueba pericial sobre la credibilidad de víctimas y/o testigos. Especial referencia a la efectuada a niños y niñas en los casos de abusos sexuales. Actas del XV Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, "Neurociencias y Derecho penal", Universidad de León. Pp. 1-7.
- BOADO OLABARRIETA, M. (2019). El defensor judicial en el proceso penal. reflexiones sobre el artículo 26.2 del estatuto de la víctima del delito. la defensa de los menores víctimas del delito. especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica. *Revista Jurídica de Castilla y León*, (49). ISSN: 2254-3805. Pp. 43 – 83. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7041206>
- GÓMEZ COLOMER, J.L. (2015). *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*. Ed. Aranzadi, 2ª ed.
- GONZÁLEZ, J.L., MUÑOZ J.M., SOTOCA, A. y MANZANERO, A.L. (2013). Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables. *Papeles del Psicólogo*, Vol. 34 (3). Pp. 227 – 237 [ARCHIVO PDF] Disponible en: <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/2280.pdf>
- GUTIÉRREZ REBOLLEDA, D. (2016). El menor víctima de abusos sexuales ante el proceso judicial. el estatuto de la víctima del delito. *CEEJ Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, (6), ISSN: 2431-2016. Pp. 25-56. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5911665>
- INTEBI, I.V. (2012). Estrategias y modalidades de intervención en abuso sexual infantil intrafamiliar. *Colección Documentos Técnicos*, (5). Gobierno de Cantabria, Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, Santander. Pp. 25-56. Disponible en: <http://www.codajic.org/node/4289>

- MANZANERO, A.L. y MUÑOZ, J.M. (2011). *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales*. Ed. SEPIN. Pp. 1-13.
- MARAVALL BUCKWALTER, I. (2017). *El Derecho internacional y europeo de los derechos humanos relativo a la práctica de la declaración del niño como prueba en el proceso penal*. Universidad de Valencia. Pp. 1-344. Disponible en: <http://mobiroderic.uv.es/handle/10550/62947>
- MARTÍN NÁJERA, P. (2017). Víctimas especialmente vulnerables: menores en situación de violencia. *CEJ Centro de Estudios Jurídicos*. Pp. 1-38. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/100334/Ponencia+Pilar+Mart%C3%ADn+N%C3%A1jera.pdf/085e127d-35db-2553-c3cb-7c0a7f026ab1?version=1.0>
- MINISTERIO DE JUSTICIA. (2018). *Actuación en la atención a menores en los institutos de medicina legal y ciencias forenses*. Pp. 1 – 69. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organismos-ministerio-justicia/medicina-legal-ciencias/protocolos>
- OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (2012). “Los Derechos de la Víctima en las Reformas del Proceso Penal. Del Olvido al Resurgimiento”. *Revista de La Ley Penal*, (98-99). Pp. 56-66.
- PELAYO LAVÍN, M. (2010). ¿Es necesaria la presencia del menor-víctima en el juicio oral?. En T., ARMENTA DEU (coord.) y S. OROMÍ VALL-LLOVERA (coord.). *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa/América*. (Pp. 229-234). Ed. Colex.
- PÉREZ MORALES, M-G. (2010). La prueba preconstituida en el ámbito de la Decisión Marco 2001/220: necesidad de modificar la LECrim. En T., ARMENTA DEU (coord.) y S. OROMÍ VALL-LLOVERA (coord.). *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa/América*. (Pp. 187-195). Ed. Colex.
- PÉREZ-RIVAS, N. (2017). El modelo europeo de estatuto de la víctima. *Dikaion*, 26 (2). Pp. 256-282 [ARCHIVO PDF] Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v26n2/0120-8942-dika-26-02-00256.pdf>
- QUINTANA POYATOS, N. (2017). *La protección de las víctimas menores*. Trabajo de Final de Grado en Ciencias Políticas y de la Administración, Universidad de Girona, Cataluña. Pp. 1.48. Disponible en: https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/17820/Quintana_poyatos.pdf?sequence=1
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L. (2018). La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual. *La Ley*, (9199), Sección Doctrina. Ed. Wolters Kluwer. Pp. 1-30.
- REDONDO ILLESCAS, S. (coord.) (2002). *Delincuencia sexual y sociedad*. Ed. Ariel.
- REQUEJO CONDE, C. (2013). *Víctimas especialmente vulnerables. Tratamiento penal*. Ponencia presentada en el Seminario La Protección de la Víctima en la nueva Directiva de la UE y su Estatuto Procesal (Seminario de estudio en el contexto del proyecto de investigación financiado por la Comisión Europea en el marco del programa de Justicia

- Penal JUST/2011/JPEN/AG/2901), Universidad de Sevilla. Pp. 1-10 [ARCHIVO PDF]
 Disponible en: <http://protectingvictims.eu/upload/pages/67/Victimas.it.en.pdf>
- SANQUIRGO SANMARTÍ, A. (2015). *Abusos sexuales a menores. Tractament penal i victimització secundària*. Treball de Final de Grau, Universitat de Girona, Catalunya. Pp. 1-31. Disponible en: https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/11470/Sanquirgo_Sanmarti.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- SANZ HERMIDA, A. M^a. (2010). La declaración de la víctima menor de edad en el proceso. La declaración de los menores víctimas y/o testigos de delitos: Derecho de defensa, protección del interés del menor y eficacia de la justicia penal. En T., ARMENTA DEU (coord.) y S. OROMÍ VALL-LLOVERA (coord.). *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa/América*. (pp. 111-133). Ed. Colex.
- SAVE THE CHILDREN ESPAÑA (2012). *La justicia española frente al abuso sexual infantil en el entorno familiar. un análisis de casos a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos*. Pp. 1-108. [ARCHIVO PDF] Disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/informe_justicia_esp_abuso_sexual_infantil_vok-2.pdf
- SAVE THE CHILDREN ESPAÑA (2017). *Ulls que no volen veure. Annex Catalunya. Els abusos sexuals a nens i nenes i els errors del sistema*. Pp. 1-32. [ARCHIVO PDF] Disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/ulls_que_no_volen_veure-cat-web.pdf
- SAVE THE CHILDREN ESPAÑA (2018). *Sota el mateix sostre. Les cases dels Infants: un recurs per atendre els nens i nenes víctimes d'abús sexual i les seves famílies a Catalunya*. Pp. 1-33. [ARCHIVO PDF] Disponible en: <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/sota-el-mateix-sostre-web-doble.pdf>
- SERRANO MASIP, M. (2013). Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, (2). Pp. 1-50. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4208268>
- SÍNDIC DE GREUGES (2019). *Informe sobre los derechos del niño. Noviembre 2019*. Pp. 1-248. Disponible en: <http://www.sindic.cat/es/page.asp?id=238>
- SOTOCA, A., MUÑOZ, J. M., GONZÁLEZ, J. L. y MANZANERO, A. M. (2013). La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica. *La Ley Penal*, (102). Pp. 112-122. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/259638682_La_prueba_preconstituida_en_casos_de_abuso_sexual_infantil_aportaciones_desde_la_psicologia_juridica

- SUBIJANA, I.J. y ECHEBURÚA, E. (2018). Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las Garantías Jurídicas de los Acusados. *Anuario de Psicología Jurídica*, (28). Pp. 22 – 27 [ARCHIVO PDF] Disponible en: <https://journals.copmadrid.org/apj/archivos/articulo20180202115510.pdf>
- TAPIA PARREÑO, J. (1999). Protección del menor-víctima en las fases policial y judicial. *Revista EGUZKILORE*, (13). Pp. 85-110 [ARCHIVO PDF] Disponible en: <https://www.ehu.es/documents/1736829/3343253/Eguzkilore+13-9.+Tapia.pdf>
- TAMARIT SUMALLA, J.M, ABAD GIL, J. y HERNÁNDEZ-HIDALGO, P. (2015). Las víctimas de abuso sexual infantil ante el sistema de justicia penal: estudio sobre sus actitudes, necesidades y experiencia. *Revista de Victimología*, (2). Pp. 27-54. Disponible en: <http://www.huygens.es/journals/index.php/revista-de-victimologia/article/view/22/12>
- TAMARIT SUMALLA, J.M. (2017). La valoración judicial del impacto del delito en la víctima en casos de abuso sexual infantil. *Revista de Victimología*, (6). Pp. 33-56. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6235520>
- UNICEF ESPAÑA (2016). *Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes: Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos*. Pp. 1 – 24. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/informes/abuso-sexual-contra-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes>
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2005). Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas. *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, (16). Pp. 265 – 299. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24998>

7.1 Legislación

Normativa internacional y europea

ONU: Asamblea General, *Declaración de los Derechos del Niño* en la RES 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959.

ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 noviembre 1989.

Convención del Consejo de Europa *sobre la protección de los niños contra la explotación sexual y los abusos sexuales*, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, «BOE» núm. 274, de 12 de noviembre de 2010.

Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al *estatuto de la víctima en el proceso penal*.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 24 de julio de 2020 COM (2020) 607 final relativa a la *Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores*.

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*.

Normativa española

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978. (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882).

Ley Orgánica 1/1966, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1982).

Ley Orgánica 10/1993, de 23 de noviembre, del Código Penal español. (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito. (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015).

7.2 Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 964/2013, Sala de lo Penal, de 17 de diciembre de 2013. Recurso 819/2013.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 443/2014, Sala de lo Penal, de 29 de mayo de 2014. Recurso 99/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 699/2014, Sala de lo Penal, de 28 de octubre de 2014. Recurso 803/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 675/2016, Sala de lo Penal, de 22 de julio de 2016. Recurso 1713/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 840/2016, Sala de lo Penal, de 7 de noviembre de 2016. Recurso 145/2016.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 193/2020, Sala de lo Penal, de 20 de mayo de 2020.
Recurso 2878/2018.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 246/2020, Sala de lo Penal, de 27 de mayo de 2020.
Recurso 3473/2018.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm. 2/2020, Sala de lo Civil y Penal, de 9 de enero de 2020. Recurso 243/2019.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 4ª, núm.168/2017, de 6 de abril de 2017.
Recurso 22/2016.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 4ª, núm. 285/2018, de 13 de junio de 2018. Recurso 56/2017.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6, núm. 481/2019, de 10 de julio de 2019. Recurso 41/2017.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17, núm. 844/2019, de 18 de diciembre de 2019. Recurso 1771/2017.

8. Anexos

Entrevista jueza

¿En primer lugar, a qué se dedica? ¿Cuál es su profesión?

Soy Jueza de Primera Instancia e Instrucción..

A lo largo de su experiencia profesional, ¿ha tenido que instruir o enjuiciar un caso de abusos sexuales a menores?

Sí, he instruido entre 6 y 8 casos. Algunos de ellos de abusos sexuales, otros de agresión sexual y también de maltrato familiar.

¿Qué tipo de víctimas suelen padecer este tipo de delitos?

De los casos que instruí se pueden diferenciar dos tipos de víctimas, por una parte, víctimas muy pequeñas, de corta edad, y, por otra parte, víctimas de entre 14 y 16 años. Suelen ser víctimas muy vulnerables.

De los casos que instruyó o enjuició, ¿qué relación había entre víctima y agresor?

De todos los casos que instruí, la mayoría de ellos el agresor era el padre, pero también se han dado casos en que el agresor era un tío o abuelo. La mayoría de los casos suelen ser intrafamiliares. Solo uno de ellos, era un abuso sexual producido en el ámbito extrafamiliar.

¿Cuáles considera que son los motivos principales para denunciar o no un caso de abusos sexuales a menores? ¿Quién los suele denunciar?

Es fundamental el apoyo familiar. Algunos casos no se suelen denunciar en el momento de producirse los hechos, sino que suele pasar bastante tiempo des del abuso sexual. Son casos que se denuncian al cabo de un tiempo, cuando la víctima lo explica a alguien cercano.

¿Cuáles son las principales dificultades con la que se encuentra un juez ante un supuesto de abuso sexual a menores?

En los casos que instruí de abusos sexuales a menores el abuso se había producido en familias desestructuradas, no estables, en las que existía algún tipo de maltratos de otro tipo o a otras personas cercanas.

Las dificultades principales con las que nos encontramos, en primer lugar, es el tiempo transcurrido des de la producción del abuso. Esto en ocasiones genera que se dicte el sobreseimiento porqué el paso del tiempo produce que la menor o el menor no recuerde exactamente como se han producido los hechos o existe una falta de recuerdos. El discurso es pobre lo que hace que se dificulte mucho la posibilidad de poder probarse los hechos. En segundo

lugar, es fundamental que los hechos que relata el menor o la menor sean corroborados. En estos casos se acude a testigos que puedan corroborarlo.

En casos en los que el abuso sexual se ha producido, por ejemplo, por tocamientos, porqué en muchos de los casos no suele haber una penetración, sino que el abuso se produce por tocamientos o por comportamientos sexuales hace muy difícil que se pueda probar.

Se acude por tanto a testigos que puedan corroborar el testimonio de la víctima y se le toma declaración al entorno. Aquí hay otra dificultad y es que, cuando el abuso sexual se produce en el entorno familiar puede pasar que los testigos quieran tapar estos hechos, puede ser que no quieran hablar o que nieguen los abusos. También sucede que estos hechos se descubren en un proceso de separación de la familia.

¿Cuáles son los principales motivos para dictar el sobreseimiento en estos casos?

Como he dicho anteriormente, los motivos de sobreseimiento pueden ser porqué existe una falta de pruebas que puedan determinar la culpabilidad del presunto agresor. También se produce por la edad de la víctima porqué debido a su falta de madurez hay aspectos que no recuerda y que pueden ser relevantes para el caso. También porqué el cambio en sus declaraciones o porqué su discurso es pobre y no permite determinar exactamente la producción de los hechos.

¿Existe coordinación entre los Juzgados de Instrucción y los Juzgados de Primera Instancia o de Familia? ¿Es decir, ante un supuesto de abuso sexual infantil intrafamiliar en el que es conveniente que el juez que instruya el caso tenga cierto conocimiento de estos tipos de delitos, se remiten los casos a un juez más especializado en la materia?

En los casos de abusos sexuales o delitos cometidos sobre menores no existe una coordinación en los juzgados. Esto sí sucede cuando son casos de violencia de género, pero no se da cuando se trata de un delito de abusos sexuales a menores.

¿Considera que a lo largo de los años se ha mejorado el sistema de protección a menores víctimas dentro del proceso penal? ¿Qué considera que habría que mejorar?

Con los años se ha incrementado la protección de los menores y se han implementado medidas para evitar la victimización secundaria de los mismos.

¿Cómo se lleva a cabo la declaración del menor en la fase de instrucción? ¿Qué medidas de protección existen en esta fase?

Para evitar la victimización secundaria del menor se utilizan medidas de protección. En la fase de instrucción se toma declaración al menor evitando que se confronte visualmente con el acusado. Se convoca a todo el mundo el día de la toma de declaración para que todos puedan estar presentes y puedan tomar parte y formular las preguntas que estimen convenientes. Esta

declaración se suele utilizar como prueba preconstituida. En los casos que he instruido, la declaración es tomada por psicólogos del EATP que están en una sala con el menor y le hacen preguntas acordes a su edad y madurez y también se le saca declaración a partir de diferentes juegos, por ejemplo, para saber si saben diferenciar entre la verdad y la mentira o formas que los psicólogos conocen y que permiten minimizar el impacto que la declaración sobre el abuso tenga sobre el menor. La declaración es grabada mediante videoconferencia en circuito cerrado. Normalmente la declaración se les toma en la Audiencia Provincial de Girona y nosotros desde la Bisbal la podemos visualizar en directo. Esto permite observar las reacciones del menor, también permite formular preguntas o aclaraciones. En la Bisbal estamos yo, el abogado defensor y el Ministerio Fiscal y cualquiera podemos solicitar al psicólogo que le formule las preguntas que se consideren necesarias. En casos en los que las víctimas son muy menores de edad, esta declaración presenta dificultades, porque ellos no son conscientes de lo que tienen que declarar o de la importancia que tiene su declaración y suelen jugar o despistarse y a veces dificulta mucho poder hacerle las preguntas. Los psicólogos también ofrecen recomendaciones de como se deben plantear las preguntas o de qué preguntas a lo mejor pueden afectar al menor. También yo puedo decidir qué preguntas se permiten y qué otras no.

¿Qué medidas cautelares se suelen dictar?

Las medidas cautelares que se suelen dictar son la prohibición de acercamiento a la víctima y la prohibición de comunicación. A veces esto puede suponer un problema, especialmente cuando la víctima está conviviendo con su agresor. Aquí surgen dudas sobre qué pasa con el menor, como se puede dar cumplimiento a estas medidas cautelares. La DGAIA suele también recomendar sobre estos aspectos. Aquí también es importante que DGAIA participe porque tomar medidas cautelares que luego no se pueden implementar... se debe ir con cautela.

De todos los casos que instruyó, ¿podría decirme en cuántos de ellos se practicó la prueba preconstituida?

En los casos que instruí, en la mayoría de ellos, la declaración del menor en la fase de instrucción se utilizó como prueba preconstituida.

¿Considera que se vulneran los derechos del acusado cuando la declaración del menor se toma en un lugar distinto al espacio donde se desenvuelve el juicio?

No, porque el acusado o su abogado puede participar activamente en la toma de declaración del menor. Aunque el menor no esté presente, su declaración es grabada en directo lo que permite que cualquier persona de las presentes incluido el abogado del acusado pueda formular las preguntas que estime oportunas. Por tanto, se cumplen con las garantías del acusado aun cuando

la declaración del menor se toma en lugar distinto. En la mayoría de las ocasiones, el acusado no está, siempre viene su abogado.

¿Considera que los juzgados tanto en sede judicial como en sus dependencias están preparados para evitar la confrontación entre víctima y agresor y sus familiares?

En sede judicial se toman medidas de protección a los menores ya sea mediante la utilización de biombos o la posibilidad de tomarle declaración en otras salas. También existen salas separadas, cuando los testigos acuden a juicio las conducen a unas salas separadas que están creadas para los testigos. En la Audiencia Provincial de Girona hay estas salas.

¿Qué sucede si el menor quiere hacer uso del derecho de dispensa que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal?

Aquí se debe tener en cuenta la madurez de la víctima y la edad. Si es un menor de 3 años evidentemente el no entenderá que significa el derecho de dispensa. No se suele utilizar o no se le suele preguntar cuando los menores son muy pequeños. También hay que recordar que a veces la única prueba es la declaración del menor, por lo que su declaración es relevante para esclarecer los hechos. Ahora bien, cuando son víctimas mayores de 13, 14 años si que se les advierte del derecho que tienen a no declarar contra sus progenitores. Por tanto, éstos si pueden conocer su derecho a la dispensa.

¿Cómo se lleva a cabo la declaración del menor en el acto del juicio oral? ¿Están los tribunales preparados para cumplir con las exigencias del Estatuto de la Víctima del Delito que sugiere que se haga uso de salas separadas adecuadas al menor para tomarle declaración?

Como he dicho anteriormente, la declaración del menor se puede tomar mediante la utilización de biombos. La audiencia del menor es fundamental, por ello, se recomienda que su declaración sea tomada en el acto del juicio oral, con todas las garantías. Es una garantía para el acusado, su declaración en el acto del juicio oral permite desvirtuar la presunción de inocencia. Cuando se trata de menores de 18 pero mayores de 14 años se recomienda que estos, en la medida de lo posible, declaren siempre en el juicio oral.

Considerando que el menor es una víctima de especial vulnerabilidad, ¿es preciso que el mismo reitere su declaración una vez la misma ya ha sido tomada en fase de instrucción?

Normalmente, si son menores con una edad muy corta se suele acudir a la prueba preconstituida, y se intenta evitar al máximo que tenga que declarar distintas veces. Pero si son menores que tienen a partir de 14 años, en ocasiones, se les suele solicitar que vuelvan a declarar en fase del juicio oral. Siempre y cuando, no se haya utilizado la declaración en instrucción como prueba preconstituida.

La legislación criminal prevé que se pueda solicitar un defensor judicial en caso de que se den conflictos de intereses entre la menor víctima y los que ejercen la patria potestad. ¿Quién puede solicitarlo? ¿Cómo se valora la existencia de un conflicto de interés para considerar necesaria la designación de un defensor judicial?

Se acude al defensor judicial cuando existe un conflicto de interés entre la víctima y los que ejercen la patria potestad. este defensor judicial suele ser solicitado por el Ministerio Fiscal. Si se dan casos, por ejemplo, de maltrato al menor por parte de los padres, o cuando madre y padre se encuentran en conflicto el Ministerio Fiscal ejerce de defensor judicial para la protección de los intereses del menor.

¿En relación con la valoración judicial de la prueba, como y en qué medida se tiene en cuenta la versión de lxs niñxs víctimas de abuso sexual?

La versión de los menores de edad, especialmente cuando su declaración es la única prueba de los hechos, que en estos casos es lo que suele suceder, siempre se debe tener en cuenta. Es la única forma de saber si realmente lo que cuenta es cierto.

¿Cuáles son los principales criterios que utiliza un juez para dar credibilidad a su testimonio?

Utilizamos tres criterios principales, del mismo modo que los utiliza el Ministerio Fiscal o los abogados que son la verosimilitud, ausencia de incredibilidad subjetiva y la persistencia en la incriminación.

¿A la hora de medir la condena del acusado se tienen en cuenta aspectos como el impacto psíquico o emocional y físico que el abuso sexual ha tenido en el menor?

Si, se tiene en cuenta todo el impacto que el abuso sexual ha tenido en el menor, también si el niño tiene secuelas psicológicas por lo padecido. Es una situación compleja, pero se intentan tener en cuenta todos los aspectos.

¿De qué otras pruebas se sirve un juez para valorar la existencia de un delito de abuso sexual a menores?

Se suelen tomar declaraciones a familiares o personas cercanas al menor, pero en pocas ocasiones. La prueba más importante que puede considerarse como la base o la biblia que se utiliza en los casos de abusos sexuales son los informes del equipo de asesoramiento técnico penal. Es una prueba muy relevante sobre la credibilidad del testimonio del menor, da cuenta sobre si los hechos declarados son producto de la realidad o de la fabulación. Son muy importantes porque las personas del equipo técnico penal son personas expertas que ayudan a determinar la credibilidad sobre el relato que ofrece el menor.

De todos los casos que enjuició, ¿cuál fue el fallo de la sentencia?

Depende del caso. Hay casos de condena y otros de absolución.

¿Cuáles son los principales argumentos para absolver o condenar al procesado?

Se deben tener pruebas claras sobre la comisión de los hechos, la declaración del menor, el informe del equipo técnico. No pueden existir dudas sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Depende de cada caso, se tiene que analizar todo con detalle.

¿Cuánto tiempo puede tardar en resolverse un caso de abuso sexual a menores?

Depende del caso, entre 1 o 2 años. El artículo 324 LECrim determina los diferentes plazos. La instrucción tarda 6 meses luego, depende.

Por último, ¿ha recibido usted formación en delitos sexuales a menores?

Cuando estuve en la escuela judicial sí que habíamos recibido formación sobre delitos sexuales, sobre la vulnerabilidad de los menores, sobre como tratar este tipo de delitos.

Entrevista Fiscal

En primer lugar, me gustaría preguntarle, ¿cuál es su profesión? ¿A qué se dedica?

Yo soy fiscal de la Audiencia Provincial de Girona.

¿Cuáles considera que son los principales motivos para denunciar o no un delito de abuso sexual a menores?

Yo creo que es importante denunciar. Vamos a ver, el problema es que estamos ante un menor. ¿Qué significa un menor? Un menor es una persona que todavía no tiene el grado de madurez, de preparación, de solidez mental y entonces es una persona muy vulnerable. Y los abusos sexuales además afectan de una manera muy negativa, muy nociva, al desarrollo y madurez mental de un menor, es decir altera su curso, su progreso mental. Entonces es importante denunciar. ¿Qué problema hay? Que son menores, y a veces son personas dependientes tan emocionalmente y sugestivas, que ellos no se atreven a denunciar y además esta situación de agresión y abuso sexual se mantiene en el tiempo, además el agresor lo hace de manera furtiva, escondida, pues procura que esa situación persista en el tiempo, y al persistir en el tiempo va creando en el menor una situación tremenda. Por tanto, es importante denunciar y más que denunciar, pues por ejemplo, donde se producen estos abusos sexuales en los centros deportivos, en los colegios, que existan protocolos para la detección y prevención de los abusos sexuales. Cuando haya un profesor o un monitor deportivo o haya una persona responsable que tenga a su cargo menores que pueda ejercer cualquier tipo de abuso o explotación de un menor que esa situación que haya indicadores o elementos que permitan detectarlo y poner en marcha todos los protocolos, investigarlo y a esta persona echarla de un sitio de estos.

¿Por qué en algunas ocasiones se suelen sobreeser los casos de abusos sexuales? ¿Cuáles son las principales razones?

A ver, estos es un problema de prueba, claro nos podemos encontrar que viene un menor o muchas veces, no es tanto el menor, estas situaciones se suelen producir cuando hay un problema entre los padres o hay un problema en el entorno familiar del menor. Me explico: imagínate unos padres en proceso de separación que quieren los dos luchar, luchan madre y padre por la custodia del menor, un niño de 10 años o una niña de 10 años, luchan por la custodia, los dos quieren tener la custodia porque tener la custodia implica, tener la custodia de los menores implica, quien consigue la custodia de los menores tener la casa, el domicilio familiar, el uso del coche y una pensión de manutención por tener el hijo al cargo. Claro si tú tienes la custodia y vas a tener la mayor parte del tiempo al menor, necesitas alimentarlo, educarlo... y son unos gastos y el otro progenitor tiene que pagar por esos gastos y claro, eso supone mucho y aparte de todas las cuestiones estas derivadas de un conflicto matrimonial está también el odio,

resentimiento que se produce en un proceso de separación. Muchas veces los cónyuges, marido y mujer que se han casado, que ha existido una relación sentimental fuerte, pues se pasa del amor al odio, un odio tremendo, ¿y a quien utilizan de ariete o de bala? Pues a los menores. Y que pasa que ante denuncias de este tipo en los juzgados, que hay un conflicto familiar detrás del menor, y que se utiliza al menor para conseguir un beneficio personal o para utilizar como bala arrojadiza, en los tribunales, los jueces de instrucción, si la cosa no está clara si no hay mayor prueba que lo que dice la madre y que el menor tampoco le da tanta trascendencia que cuando se realizan unas mínimas pruebas se ve que eso no va a llegar a ningún sitio y que es más el conflicto familiar que hay detrás y la lucha conyugal por custodia, porque hay muy mala relación, una separación muy conflictiva, pues lo acaban archivando. Generalmente es lo que ocurre en estos casos, pero sí que puedo decir que los juzgados son muy sensibles, cuando hay un menor, o hay elementos que indican que un menor está sufriendo abusos sexuales estas cosas se toman con cuidado y solo se archiva cuando hay cierta seguridad de que no hay prueba, no hay cierta consistencia y que es fruto más de un conflicto familiar que hay detrás y que se utiliza al menor de arma arrojadiza y lo que se trata de evitar es que intenten unos y otros utilizar al menor para choques jurídicos.

Yo he visto que hay un cierto conflicto, porque creo que esto también es el síndrome de alineación parental... he visto que muchas asociaciones lo denuncian, considerando que el juez lo utiliza argumentando que “ es que la madre está manipulando al niño” y de hecho las asociaciones lo que decían es que estos argumentos son muy poco probados y que realmente el síndrome de alienación parental es una cosa inventada, pero que en la mayoría de casos en los que hay una separación se suele considerar que la madre ha podido manipular o influir en el niño.

Realmente, en cuestión de niños te puedo asegurar que los jueces son sensibles y los fiscales también, o sea si se archiva una cuestión es porque hay detrás un proceso. Las asociaciones, las hay de todos los tipos hay asociaciones de padres, que siempre defienden a los padres porque los padres buscan algún tipo de amparo en asociaciones que además tienen abogados que los puedan ayudar y las mujeres pues también. En estos casos yo creo que hay que estar en cada caso concreto y verlo y examinarlo, y además yo la experiencia que tengo en estos casos de abusos sexuales, en las guardias y he estado en los juzgados de Girona, he estado muchos años, y he tenido casos de asesinatos de menores y cosas así, es que cuando hay un menor en agresiones y en delitos de libertad sexual, cuando hay una denuncia respecto de un menor lo primero es que se hace una exploración, por psicólogos, es decir, se convoca, normalmente pone la denuncia la madre, el representante legal, o si esta con el padre, la mayoría de los casos son denuncias de la madre respecto del padre, que si ha tocado a la niña, los genitales, en la hora de la ducharla, la niña refiere que si la tiene... en estos casos generalmente lo que se hace es que los juzgados

inmediatamente pide el equipo técnico, psicólogos, el equipo técnico que no son psicólogos de parte sino que son psicólogos, funcionarios públicos por lo tanto su criterio como la policía su criterio no favorece ni a uno ni a otro, lo que buscan es la verdad, como nosotros. El fiscal también, el juez también. Pasa que el fiscal una vez que tiene claro que hay indicios de delito luego acusa, por eso siempre se ve en juicio acusando, pero en Instrucción a veces somos los fiscales los que le pedimos al juez que lo archive que no hay prueba bastante y claro, cuando vamos a juicio vamos porque estamos convencidos de que el mayor o menor ha sido abusado, eso ya lo decidirá el tribunal que hay prueba y que se ha cometido delito. Bien, pues cuando hay una denuncia de este tipo el menor es explorado por los psicólogos se le pregunta, los psicólogos valoran la credibilidad, si el niño tiene fantasía, fabulación, si hay interés de por medio, que quiera quedarse solo con la madre, poner a uno de los padres, por eso ha favorecido la denuncia, porque los niños son egoístas, porque los niños a veces quieren estar con el progenitor que más fácil se lo pone, entonces pues es muy manipulable. Entonces entre que los niños son manipulables hay que valorar su credibilidad, eso lo hacen los psicólogos. Hay herramientas para valorar la credibilidad del niño, como se valora, los criterios de evaluación de esa credibilidad, ver si hay fantasía de fabulación, si da detalles concretos, precisiones, si tiene reacciones psicofísicas que puedan dar credibilidad, por ejemplo: muchas veces yo me he encontrado alguna chica que explica que los padres drogadictos, he tenido casos así muy sangrantes, niñas de 8 años que decía que los padres , eran drogadictos , alcohólicos, la madre prostituta , necesitaban dinero, necesitaban droga y a veces prostituían, entregaban la niña al proxeneta para que la violase a cambio de droga y la niña cuando contaba, recuerdo una, estaba contando una cosa, muy tranquila de cuerpo, pero tenía una parte del cuerpo, como por ejemplo una mano, tenía un espasmo, son detalles. Por eso estas cosas los psicólogos lo valoran, valoran esos detalles en la exploración, por eso es siempre tan importante ver al niño, explorar el niño o la niña y conocer esos detalles.

Es decir, ¿la exploración se suele hacer antes de la fase de instrucción? Es decir, ¿en el momento en que se le toma declaración, luego están los psicólogos analizando?

Las fases son: denuncia, hay una denuncia de uno de los padres de abusos sexuales respecto al hijo o de un menor, en estos casos inmediatamente el juzgado de instrucción lo que hace es una exploración, o debe hacerlo. Esa exploración de realiza por psicólogo, normalmente eso se está grabando por videoconferencia, se está haciendo en una sala y en la otra sala esta la juez de instrucción o el fiscal, y con el abogado del denunciado. El psicólogo está, pues como estamos tu y yo, únicamente el psicólogo y el niño o niña, normalmente se utilizan dos psicólogos porque así lo hacen mejor, esto es un sistema que tienen ellos y van preguntando y van hablando con la niña, luego cuando acaban de esa exploración, uno de los psicólogos sale y pregunta, “¿oye tenéis alguna pregunta?” Y el fiscal, juez instructor, abogado defensor hacen las preguntas des

del teléfono, esa exploración queda grabada hacen preguntas y luego esto se comprueba y vuelve a entrar, luego de forma más suave se hace esa pregunta al niño, se trata de evitar que ese niño, niños pequeños declaren, declaren al juzgado de instrucción, declaren a la policía, declaren al juicio, porque victimizas al niño. ¿Qué significa eso? Que al niño le obligas a repetir, la misma historia, que si es verdad es muy traumática y genera efectos tremendos en el niño y hace revivir toda una situación, le provoca otro trauma, revivir y alimentar ese trauma, entonces se trata de evitar que declare muchas veces, por eso se intenta que declare una sola vez si es posible a través de psicólogos o técnicos. Esto es cuando es denuncia de padres, pero puede ocurrir que esa denuncia también venga del colegio o venga de un profesor, monitor deportivo, que “oye me he enterado que un niño me viene diciendo que hay otro monitor en el colegio en el club de entrenamiento, en el club de baloncesto en lo que sea, que dice que cuando se va a duchar, entra y se ducha con él y le toca, por ejemplo, o una niña, en esos casos cuando es una denuncia de un profesor de un colegio de un monitor, cuando ya no es el entorno familiar y ves que es una persona que no tiene interés, solo que es una persona que le ha llegado la noticia, la noticia “crimínis”, o por protocolos de detección, o simplemente por una trabajadora del colegio, o una cocinera que una niña le dice algo, que le tiene confianza y le dice, “con ese profesor yo no quiero estar” o ve que una niña empieza a cambiar de carácter, ves que se pone de uñas cuando ve a un profesor, ves reacciones, y cuando estos detalles en circunstancias, en personas que no tienen interés ninguno, llega al juzgado allí sí que se toma con mucha credibilidad, cuando ves un conflicto con los padres, ya vas con un poco de más distancia, pero a pesar de todo al menor siempre se le escucha a través de psicólogo.

Me surgen dos preguntas, una es en relación con la declaración que se toma en instrucción, lo que has dicho de evitar la victimización secundaria, se suele practicar la prueba anticipada, entiendo que sí que existe y que se puede utilizar y de hecho es muy favorable que se utilice. Me gustaría saber si en la práctica se da, una cosa es lo que está en papel y evitar que el niño no repita su declaración, pero si en la práctica, y más en delitos sexuales, ¿se da?

Prueba anticipada, vamos a ver, la forma de hacerla es esto que se venía haciendo desde hace poco tiempo, hace unos años y que en algún sitio se hace de que una denuncia de abusos sexuales o agresión al menor que se pone allí el juez y el fiscal a preguntar, haber, yo lo he hecho, con el juez de instrucción, pasa que nosotros no sabemos interrogar al menor. Cuando estamos hablando de un menor, una persona muy vulnerable, muy sensible, cuesta porque es una persona que él sabe que está haciendo una cosa que no está bien visto, y además esta delante de gente extraña, un juez, un fiscal... cuesta sacar esa información. Nosotros estamos acostumbrados a interrogar a un delincuente, a gente que comete robos, asesinatos, tráfico de drogas, mayores de edad... entonces somos más directos y la forma de preguntar es más incisiva y a un niño no puedes entrar así. Tienes que hacerlo de forma muy suave. Los psicólogos, por ejemplo, cuando

interrogan un niño, en un clima de confianza, pues consigue que estos expliquen más cosas. Claro, hasta ahora que se hacía así pues los niños a veces explicaban poco o explicaban de mala manera. Y además estaba el juez, el fiscal... el juez preguntaba una cosa, el fiscal preguntaba otra y luego venía el abogado de la otra parte y le preguntaba con otra intención. Cada uno pregunta para su favor, entonces, y se viene haciendo aquí en Girona, con buen criterio, estas exploraciones no se deben hacer por el juez o por el fiscal, sino se tienen que hacer por un grupo de especialistas, psicólogos, son personas para hablar técnicamente y para hacer la exploración de un menor, ellos están más preparados que nosotros para crear ese clima de confianza, para hablar con el menor, obtener unos datos para ver su credibilidad, ver si fantasea...y entonces, eso tiene que quedar todo grabado, como prueba anticipada. Ahora te explicare un poco en que consiste la prueba anticipada.

Entonces se hace el interrogatorio por psicólogos de una forma más suave, creando ese clima de confianza y amistad, y el niño o la niña, y esto se está grabando, se graba como prueba anticipada, porque en otra sala y lo estamos viendo por otra cámara, por la otra pantalla está el juez de instrucción que es el que dirige la investigación, el MF en defensa del interés de los menores, para aplicar la ley si se ha cometido un delito el acusado e ir a un juicio para que lo condenen, y el abogado defensor, del investigado o investigada y están viendo en la otra sala y haciendo las preguntas indirectamente al niño todo eso queda grabado.

Prueba anticipada, bien, vamos a ver, hay varios casos que se han producido en los tribunales en virtud de los cuales, pues imagínate un caso, te voy a explicar un caso real ¿vale? Y un caso que fue una sentencia de no hace mucho que se pronunció el TS que creo que fue en 2018 o 2019. Un niño denuncia abusos sexuales ¿Vale? De que hay un profesor que le da clases particulares pues que empieza a decirle “siéntate encima de mis piernas” a un niño menor. Los agresores sexuales de menores siempre crean un clima de confianza y luego van subiendo un peldaño ¿vale? Pues en este caso al niño “le decía siéntate en las piernas aquí entre los dos miramos la pantalla”, eso un día, al otro día, “hay que calor vamos a desabrocharnos unos botones de la camisa, quítate la camisa así estás más fresco” hasta que al final, el niño pues ya cuando ha creado un nivel de confianza, al niño le pone unas imágenes de chicos, de chicas, de personas desnudas, de pornografía y le pide masturbarse, el niño se masturba. Aquí hay abusos, agresión sexual ¿Vale? Bien, se llega a esa situación y se denuncia ¿Vale? Alguien tiene conocimiento que hay un problema allí y se denuncia. Entonces el chico va a la Guardia Civil y además la Guardia Civil era doctora en psicología. Le realiza el interrogatorio al chico y consigue toda esa información. No está el abogado de la defensa, del profesor. Bien, el pediatra, se llega a instrucción, se dice “oye a este niño no se le puede volver a interrogar, porque además en el colegio el resto de los niños empezaron a burlarse de él como que era homosexual, que tenía relaciones. Claro los niños son crueles y egoístas y se empezaron a burlar de este chico. Entonces

se intentaba evitar que este chico evitase declarar numerosas veces, además a este chico le producía un trauma y una tensión emocional enorme. Bien, la Guardia Civil, experta en psicología, le toma declaración y dice que hay síntomas de que el chico sea abusado. Se pregunta al pediatra, que des de los 2 años estaba explorando al chico, y hace un informe que dice que en las últimas visitas este chico presentaba un retraimiento, estaba retraído, introvertido, cabizbajo, reacciones que no eran normales y que no se habían producido con anterioridad en el comportamiento de este chico. El médico forense, los juzgados tienen médicos forenses para examinar y valorar lesiones tanto físicas como psicológicas... fue también el menor sometido a examen por el médico forense. Bien, pues con todo esto el Fiscal, se tomó declaración al acusado y negó los hechos, dijo que no que no había hecho nada. El niño lo decía, la agente de la Guardia Civil experta en psicología decía que el niño era creíble y allí estaba todo el relato que había explicado y con buen criterio la Guardia Civil lo había grabado. El médico forense decía que el relato del niño era creíble, que no había fabulación, que no era mentira. Estaba el informe del psiquiatra del cambio de conducta del chico. El Fiscal hizo el escrito de acusación ¿Vale? Por abusos sexuales a un menor de edad. Bien, eso llega a juicio y la Audiencia inicialmente condena, valora creíble todas las declaraciones del menor. La defensa del acusado recurre y al final el TS absuelve, revoca la condena y absuelve. Dice a ver, las pruebas tienen que ser pruebas válidas, es decir una cosa es el juicio de credibilidad, tu puedes creer a un menor y otro caso es el juicio de suficiencia probatoria y de pruebas válidas. El TEDH basándose creo en el artículo 6.3 del CEDH dice que, en los casos de los menores, estamos de acuerdo en que se ha de evitar la victimización es decir evitar que el menor tenga que declarar en diversas ocasiones ante la policía, ante el juzgado, ante la sala y explicar siempre lo mismo porqué eso le genera una situación traumática y altera gravemente su curso de desarrollo, mental, madurez y tal. Entonces dice, pero esto tiene que ser compatible con el derecho de defensa también que es un derecho fundamental. ¿Qué significa eso? Dice se admite que se pueda practicar prueba anticipada. Prueba anticipada quiere decir prueba practicada en Instrucción pero que es válida en el juicio oral sin necesidad de repetirse. Para que esa prueba realizada en instrucción para que sea valida en juicio sin necesidad de repetirse es necesario que se haga con contradicción, es decir, con respeto al derecho de defensa. ¿qué significa? que a la defensa en instrucción se le permitiera que de alguna manera pudiera interrogar al menor, a través de los psicólogos, en videoconferencia. Pero en todo momento se le impidió a la defensa interrogar, por tanto, las pruebas, se ha vulnerado el derecho de defensa, artículo 6 del CEDH. El tribunal dijo en estos casos se ha vulnerado uno de los derechos de defensa, y más allá que exista delito, en donde no podemos entrar es que las condenas tienen que basarse en pruebas válidas. El tribunal lo anula si se ha vulnerado un derecho de defensa porqué es un derecho fundamental. Es por eso la prueba anticipada. Tu sabes que las pruebas válidas son las que se practican en juicio oral pero que determinadas pruebas hechas en instrucción son válidas como prueba anticipada, siempre que

se hayan hecho con las garantías, garantías significa que se haya hecho con contradicción, ante la autoridad judicial, que se haya respetado la contradicción, es decir, que la defensa haya podido intervenir y haya podido participar en esa prueba. En este caso pues, es prueba anticipada, sí, cuando se hace esa videoconferencia con el menor, los psicólogos en una sala y nosotros en la otra sala, en esta sala está el fiscal, el abogado defensor, el juez y en la otra sala están los psicólogos con el chico. Una vez los psicólogos han explorado al chico o la chica, a continuación, se pregunta por teléfono o se le pide hay preguntas o bien el psicólogo ¿qué preguntas? Entonces el abogado, el fiscal, el juez pueden hacer preguntas. Allí se ha garantizado la contradicción, todo el mundo ha podido preguntar y la defensa pues ha hecho las preguntas que considere oportunas, realizadas de manera suave a través de psicólogo, de personal técnico y profesional para no ser agresivo y no hacer preguntas capciosas ¿no? entonces tal grabación es una prueba anticipada porque se ha hecho con todas las garantías y en esos casos el tribunal puede valorar, sin necesidad de repetirse, se ha la grabación y se entiende por reproducida en juicio y es válida y con eso se puede fundamentar la condena.

Yo he visto muchos casos que se decía eso que usted ha dicho, que la regla general es que la prueba se practique en juicio oral. Claro la prueba anticipada se tiene que hacer garantizando los derechos del acusado. Pero sí que he visto sentencias en que el TS repite que la regla general es que la declaración se tome en juicio oral, entonces creo que allí se produce la victimización secundaria, porque se va en contra del menor, si se dice que la regla general es declaración en juicio oral entonces no se fomenta que se practique la prueba anticipada.

A ver, es que la regla general es la que te he explicado sobre todo cuando son niños pequeños, de 5,6,7,8 años pero tu imagínate que estamos hablando de un niño de 11, 12 o 13 años entonces el tribunal imagínate que no ve claro, porque el tribunal en casos de delitos de abuso sexual y agresión sexual en que se viene denunciando que si su abuelo, su tío, que si su padre, que una niña la viene violando desde hace tiempo, necesita ver y valorar a esa niña y ver como lo explica y lo explica y los detalles que da y como le preguntan uno u otro y las reacciones que tiene. Es un principio de inmediación, es decir como lo dice, las reacciones que tiene, la forma de decirlo... entonces muchas veces hay tribunales que dicen “oye si yo tengo que condenar a alguien y ponerle 15 años de prisión” porque claro son muchos años, es como un asesinato, entonces tengo que tener delante a ese menor. Claro si es un niño de 4 años, a un niño de 4 años que vas a tener en juicio. En este caso toma sentido la exploración en el juzgado de instrucción. Cuando es una persona con 12, 13 o 14 años, además muchas veces los hechos pasan cuando el niño tiene 10 años y la denuncia se interpone cuando tiene 15.

Pero, ¿es cierto lo que se dice que a los mayores de 14 se les obliga ir a juicio porqué allí están obligados a decir la verdad y saben que en caso de no decirla están cometiendo un delito? No sé si es verdad que cuando son mayores de 14 años se les hace declarar en juicio por esta razón.

A ver, los mayores de 14 años ya pueden ser testigos, se les dice si no dices la verdad puedes incurrir en un delito de falso testimonio con penas de prisión, el CP y todo esto. Bueno, a ver esto de 14 años es agarrarse un poco a la ley, pero muchas veces los testigos los tienes en juicio y no te los crees. Es decir, sí tu a todos los testigos y eso también lo haces en instrucción eh una madre que declara en nombre del hijo en muchos asuntos cuando tomas declaración a todos los que no son investigados se les dice que tienen la obligación de decir la verdad. Esto muchas veces, ves incluso pides archivos como Fiscal, el juez muchas veces las ha acordado porqué no te crees. Dices bueno, aunque se denunció dudamos de la credibilidad por estas razones. En una situación de conflicto jurídico personal entre denunciado y denunciante, porqué no aparece corroboración periférica de aquello que dice, porqué ha cambiado de versión en varias ocasiones, porqué tardó mucho en denunciar. Es decir, dices que no te lo crees y pides archivar.

Imagínate una chica que dice voy a denunciar, 19 años y denuncia al padre por abusos sexuales cuando tenía 15. Entonces es la denuncia de ella contra el padre. El padre niega. Llegan a juicio, es la declaración de la chica contra el padre. La palabra de uno contra el otro. Es un momento en que la chica quería que le pagara unos estudios, le pagara no sé qué y el padre se negó tal. Es decir, hay conflicto.

Eso te lo voy a explicar, para valorar la credibilidad de un testigo, pues en todos los ámbitos en un juicio, para que tenga fuerza probatoria se tienen en cuenta tres indicadores: credibilidad subjetiva, es decir, que no exista animadversión, es decir que no exista conflicto entre ambos, no exista mala relación, a ver si hay amistad o enemistad, evidentemente cuando una persona denuncia a otra y hay conflicto entre ambos, lo que te decía antes, una madre que está en un proceso de separación, se lleva mal con el exmarido y dice que cuando la duchó tocó a la niña. Entonces esa credibilidad subjetiva dices, cuidado. En segundo lugar, corroboración objetiva. Eso significa que lo que tú dices venga corroborado con pruebas objetivas que no se basan en una declaración de que uno pueda decir sino objetivas. Me explico, si la madre dice “bueno es que la niña ha sido violada por el padre” una niña de 5 años, prueba objetiva, el pediatra o el médico forense explore a la niña y vea que tiene lesiones vaginales. Esas lesiones vaginales es un informe pericial y eso corrobora con mucha fuerza, con mucha, lo que la madre pueda decir. Y le da mucha fuerza probatoria incluso más de lo que dice la madre, si hay una prueba pericial de un médico, objetivo, imparcial que dice que esa niña tiene lesiones vaginales o lesiones compatibles con una posible penetración, evidentemente, eso le da una fuerza. Corroboración objetiva sería también pues que una persona denuncia que hay un adulto que está abusando de

un niño a través de internet, pruebas objetivas es que cuando se examina el ordenador se ve que hay contactos, correos electrónicos o mensajes por las redes sociales de que ha ido contactando con el menor, eso son datos objetivos, quedan grabados, no son cuestionables, son datos que están. Y el tercero, es persistencia en la incriminación. No puedes cambiar de versión. No puedes decir “hoy me has violado” “¿y como le violó?”, “pues penetración vaginal”, al día siguiente o un mes después dice “no hubo penetración, solo tocamientos”. Es un cambio de versión incoherente y además en aspectos importantes. Pues eso reduce la credibilidad del testigo. Tiene que ser una declaración coherente que no se dé siempre la misma versión, aunque exista una pequeña diferencia porqué a lo mejor lo que dices un día, al otro a lo mejor el matiz de cuántas veces le tocó, “podrían ser 5 pero podrían ser 6”. Son detalles. ¿me entiendes?

Imagínate el caso que te he dicho antes, denuncia de la hija contra el padre. Si solo es la declaración de uno entre el otro, existiendo malas relaciones porque ahora la niña se lleva mal con el padre, quiere que su padre le de dinero, pero él no quiere y tal. No hay corroboración objetiva, no hay pruebas de que aquello pasó en aquellos años, no hay otros testigos que lo avalen y finalmente, que la chica a la hora de explicarlo no da detalles o incurre en incoherencias. Pues evidentemente, es la palabra de uno y contra otro y, por tanto, es absolutoria.

Yo, en caso de dudas, siempre he creído a la víctima. El Tribunal, en caso de duda, absuelve. Si tú denuncias a tu pareja por agresión sexual y es la palabra cuya contra la de tu pareja, no hay más prueba, yo siempre te voy a creer a ti, pero el Tribunal cuando llega el juicio y es la palabra de uno contra la del otro, absuelve.

La declaración de una víctima puede ser prueba suficiente para una condena si cumple con estos tres requisitos, si no hay datos subjetivos que hagan pensar que esta persona está mintiendo o falta la verdad o dice medias verdades ¿Vale? Porque el tribunal entiende que es una persona que no tenía ninguna razón para denunciar, no había conflicto de intereses sino que explica unos hechos porqué en un momento determinado lo denuncia. En segundo lugar, siempre ha sido coherente. En tercer lugar dice no hay corroboración objetiva pero resulta difícil y es lógico que la niña siendo menor de edad y estando bajo el ámbito del padre no se denunciara.. pero en estos casos ya depende, cuando es la palabra de uno contra el otro, en unos casos puede condenar, en algunos casos puede absolver. Esto muchas veces también depende del ojo del quien lo vea. Pero la declaración de la víctima muchas veces puede ser prueba suficiente para condenar, sí, pero con muchas cautelas. Sobre todo porque aquí hablamos de muchos años de prisión, suele ser más reticente.

La legislación criminal prevé que se pueda solicitar un defensor judicial en caso de que se den conflictos de intereses entre la menor víctima y los que ejercen la patria potestad. ¿Quién puede solicitarlo? ¿Cómo se valora la existencia de un conflicto de interés para considerar necesaria la designación de un defensor judicial?

A ver, el conflicto de intereses es el caso anterior que te puse la madre y el padre que están en un proceso de separación están en un conflicto de intereses, es decir, hay intereses contrapuestos. ¿quién representa al menor? Teóricamente si la madre denuncia, la madre asume la representación del menor pero cuando hay conflicto de intereses es el MF el que tiene la representación y defiende al menor. Hay casos como en menores, cuando el menor es una víctima y no tiene padres, si es un menor de edad es la Administración Pública, la tutela la tiene la Administración Pública, si es un menor de edad y tiene padres, la representación la tienen los padres y a falta de padres, lo tiene la Administración pública que son los que tienen la tutela de los menores en caso de desamparo y en casos de conflictos de intereses es la Administración quien tiene la tutela y puede solicitar un defensor judicial que puede ser un miembro de la familia extensa, por ejemplo, un abuelo. En principio siempre es el MF pero puede ocurrir que se solicite que represente al menor, más allá del menor, que exista un defensor judicial, no solo en el ámbito penal sino en los trámites administrativos. Con carácter general es el MF que es el que tiene la representación y defensa por ley y la obligación de defender los intereses de los menores.

¿Qué medidas de protección para las menores víctimas existen en las dependencias policiales y judiciales?

Aquí lo que es la Audiencia y cuando la víctima es un menor... como sabes, aquí en la Audiencia se tratan los delitos cuando la pena máxima en abstracto es superior a 5 años ¿vale? y los delitos de agresión sexual ya se van de 6 a 12 años, ya si son menores suben de 12 a 15, cuando hay penetración, acceso carnal o bucal, introducción de objetos o otros medios, bueno.

Estas salas aquí en la Audiencia están preparadas. En los juzgados es más complicado, pero aquí en la Audiencia están preparadas de tal manera que hay un pasillo donde está el acusado, si no está en prisión preventiva porque si es así estará conducido por salas interiores que lo llevan directo a la sala, si no estará en el pasillo. Puerta de acceso para los que son conducidos des del subterráneo, se entra por un pasillo interior. Cuando hay menores o víctimas, por ejemplo, que es necesario mantenerla aislada y que no haya contacto visual, si el acusado está en libertad, no puede estar la víctima en un pasillo y el acusado también. Entonces hay una sala anexa pequeña donde puede estar la víctima.

Cuando la víctima tiene que declarar en juicio, el acusado está en una sala donde hay un cristal ahumado pequeño en donde él puede ver, pero no puede hablar con el menor. El testigo entra des de fuera y declara y no ve al acusado. El acusado está viendo y escuchando lo que el menor,

la víctima o testigo dice y no hay confrontación visual. La víctima no ve al acusado porque además si lo viera se podría poner nerviosa y se asusta.

¿Qué medidas cautelares se suelen dictar? ¿Quién las solicita?

Las medidas cautelares se tienen que solicitar porque si no se solicitan, el juez no las puede acordar ¿vale? hace falta petición. De la misma manera que yo tengo que acusar y pedir una condena y el tribunal no puede condenar si no hay una petición del Fiscal o de la acusación particular si está personada, no se puede condenar, aunque se esté claro que existe un delito, si yo no acuso el tribunal no puede condenar y no puede aplicar una pena. Además, no puede aplicar una pena mayor de la que yo le pido. La “reformatio in peius”.

Las medidas cautelares se tienen que pedir también. El fiscal a la hora de acusar dice que acusa a fulanito por el delito de abusos o agresión sexual a un menor y además pido también como medidas cautelares la prohibición de aproximarse al mismo a una distancia mínima de 500 metros, la de comunicarse con él por cualquier medio (ordenador, teléfono, por las redes sociales...), prohibición de aproximarse al centro donde el menor estudia y al domicilio... todas estas medidas cautelares las tiene que pedir.

¿Qué pasa si el acusado es el progenitor, si se dicta la medida cautelar de aproximarse a la víctima, el menor donde vivirá, porque si vive con el agresor en casa, qué pasa en estos casos?

Fuera el acusado. Te pongo un ejemplo. Imagínate una madre que llega a casa y sorprende al padre pues haciendo tocamientos a la niña en sus partes íntimas. La niña lo ve como normal, porque es una niña, no tiene madurez, no sabe. La madre inmediatamente se va a la policía y denuncia esto. La policía presenta el atestado y va y detiene al padre. Cuidado, la madre hace esta denuncia y la policía se va a casa, “venga para acá, está detenido”. Se lo llevan detenido y en instrucción hacen la exploración al niño a través de los psicólogos. Es decir, porque el Ministerio Fiscal pueda solicitar medidas cautelares tiene que estar seguro de que lo que dice la madre es creíble. Entonces pues escucha a la madre, escucha a la niña a través de los psicólogos. Los psicólogos dicen que la niña no fantasea, explican que evidentemente la niña dice que cuando el padre la ayuda con los deberes le hace tocamientos y le dice que esto es normal y la niña lo dice así y los psicólogos pues lo recogen y está allí el MF, el juez de instrucción y el abogado defensor escuchando la videoconferencia. Se garantiza la contradicción y claro, el acusado dirá “no, no la niña se lo está inventando” pero la niña ha contado esto a los psicólogos y el juez de instrucción, abogado defensor y MF oye esto en la otra sala. ¿qué hace el Fiscal? Dice “bueno esto se tiene que acabar de instruir, se tiene que hacer el escrito de acusación pero mientras tanto solicitamos que mientras que no haya sentencia se solicita la prohibición del padre”, primero abandono del domicilio familiar del padre, de alguien que vive allí, el abuelo, abandono del domicilio familiar, prohibición de acercarse al domicilio familiar y del centro escolar a una

distancia de 300 o 500 metros, de comunicarse con él por cualquier medio por teléfono, redes sociales... suspensión del régimen de visitas, atribución de la custodia del menor a la madre, uso del domicilio familiar a la madre, uso del coche y tal a la madre, que el padre mientras tanto, porque el padre tendrá trabajo o recursos, pague una pensión porque claro ese niño sigue estudiando y necesita recursos y es el padre y tiene la obligación de 300 euros y el padre que se busque la vida, alquile un piso, se pague una habitación de un hotel... y luego cuando haya sentencia, si la sentencia condena, corroborará y ratificará esas medidas cautelares y pondrá como condena, además de las medidas cautelares, una condena y si esa condena es absoluta, se dejará sin efecto las medidas cautelares y el padre podrá volver a casa, aunque probablemente luego habrá una situación de crisis o de separación. Pero ¿me entiendes, el proceso, como funcionan las medidas cautelares?

¿Considera que se vulneran los derechos del acusado cuando la declaración del menor se toma en un lugar distinto al espacio donde se desenvuelve el juicio?

El derecho de defensa consiste en que el acusado debe tener alguien que lo defienda. El MF defiende la legalidad y los intereses en conflicto hasta del acusado, el acusado defensor solo busca la mejor solución jurídica para su cliente, la absolución o la menor condena posible. Bien, entonces es necesario que, primero el acusado esté representado en todo momento por el abogado defensor, que ese abogado pueda interrogar al testigo o víctima y participar en las pruebas que se practiquen contra su cliente ¿vale?, y que además el abogado pueda comunicarse con su cliente para que el acusado pueda informarle al abogado “oye ese testigo está mintiendo porque tal día estaba...” entonces el abogado dirá “usted ese día no estaba”. Es decir, comunicación abogado-cliente que le permita hacer esa pregunta que más interés tenga. El juez tiene la facultad de dirección del juicio, eso quiere decir que, si hay preguntas capciosas, sugestivas, malintencionadas, improcedentes o irrespetuosas, el juez puede rechazar esas preguntas. El abogado puede protestar. Entonces si el acusado, aunque esté en la sala de al lado, está representado por abogado defensor, que él ya conocía de los hechos porque se le dio traslado del escrito de acusación, que ese testigo iba a estar presente porque venía establecido en el escrito de acusación quienes eran los testigos, los peritos y todo lo que habían dicho y hecho. Entonces el abogado lo sabe y el abogado pudo hablar con el cliente de todo lo que iba a decir ese testigo o perito. Que, además, el acusado está escuchando todo lo que dice el testigo, menor o quien sea y que además el acusado tiene el derecho a la última palabra para que cuando acabe el juicio, porque el testigo se irá, él cuando este allí delante del tribunal podrá decir “bueno es que aquel testigo o el denunciante aquí miente porque tal cual...” entonces eso es la última palabra.

Si se cumplen todas estas premisas, garantizar el derecho de defensa, que la defensa pueda participar en todas las pruebas, sobre todo a las pruebas más importantes, la comunicación del abogado defensor con el cliente que ya tiene conocimiento del escrito de acusación y además el acusado tiene el derecho a la última palabra, no hay vulneración alguna y, por tanto, si hay condena, es válida. No puede alegar es que “yo estaba en la sala de al lado que, aunque oía y escuchaba lo que decían los testigos no hay confrontación visual”, bueno es que el principio de publicidad tiene sus límites, es decir... claro poner a un menor o una víctima en una situación extrema de trauma ¿vale? es terrible.

¿El menor puede hacer uso del derecho de dispensa?

La dispensa para declarar es un derecho que se otorga en el 416 LECrim porque la CE trata de proteger a la familia. Entonces cuando hay una denuncia de un miembro de la familia con una relación estrecha, ascendiente, descendiente o hermano, o conviviente o pareja, en estos casos, para mantener la unidad familiar hay un derecho de dispensa, de que el investigado tiene derecho a que se informe al denunciante de que no está obligado a declarar contra su mujer, contra su marido o su hijo. Imagínate un niño que roba a la madre porque es drogadicto y un vecino llama a la policía y luego le pregunta “¿oiga su hijo le ha robado?” y ella dice “es mi hijo, no quiero declarar contra mi hijo”, hace el uso de la dispensa. Entonces se busca el interés familiar, pero estamos hablando de personas que son conscientes de qué es ese derecho y porqué es. Claro un niño pequeño de 5 años, “que no tienes obligación de declarar contra tu padre”, el niño eso no lo entenderá. Entonces a un niño se le hace la exploración y explica esos hechos. Este derecho de dispensa se tiene que hacer a personas que tengan la capacidad para entenderlo. Tiene que ser una persona con madurez y capacidad para entender ese derecho. Al niño si es menor, se le hace la exploración y con eso el MF tira para adelante.

¿De qué otras pruebas se vale el tribunal? He visto que se recurre a otras pruebas, a testimonios de referencia, informes de psicólogos...

Cuando se denuncia un caso de abusos sexuales a menores se pueden presentar muchas pruebas, pero hay algunas importantes. Una es la exploración del menor realizada con contradicción, lo hemos dicho antes, exploración del menor por personal cualificado. Segundo, informe médico-forense del menor, hace la exploración sobre las secuelas físicas y psicológicas del menor. Los psicólogos además de esa exploración hacen un informe de credibilidad donde te dicen si el chico fabula, si miente, si hay dudas de credibilidad o, todo lo contrario. Está esa prueba pericial psicológica de credibilidad. Muchas veces cuando hay lesiones o comportamientos extraños se acude al pediatra. Por ejemplo, el pediatra o médico de cabecera puede aportar información. Hay que rebuscar. Si los abusos sexuales se han producido, por ejemplo, en el colegio, hay que buscar las amistades del niño, a los profesores, educadores, se les toma declaración testifical y

se les pregunta si han visto reacciones extrañas, si el niño ha estado los días y horas con el investigado cuando se produjeron los niños. También un informe del ginecólogo si hay algún tipo de lesión. Por ejemplo, si no solo se producían los abusos, sino que lo pegaba, por ejemplo. Claro es el médico forense el que te lo dice, pero también puede haber informes antiguos, porqué a lo mejor, se denuncia un año después y a lo mejor, el historial clínico registró que el niño se presentó, por ejemplo, por lesiones, dolores abdominales, lesiones en la zona de espalda, contusiones, trozos sin cabellos, hematomas. Ese informe te dice eso y luego el chico cuando explica dice que me pegaba con una barra o con un cinturón, me arrancaba los pelos... corroboración objetiva lo que te decía. Aunque sea una prueba des de hace un año, es una prueba más.

Testigos de referencia. Que te venga el amigo de la víctima que diga “no es que a mí me ha dicho...” los testigos de referencia siempre es una prueba que... el testigo de referencia no vale. La prueba válida es la testifical directa de la persona que ha visto, oído o percibido a través de los oídos de los sentidos, básicamente, ver y oír, unos hechos que se denuncian. Que otra persona diga “me ha dicho, que me ha dicho aquél”, el testigo de referencia tiene muy poco valor. La madre puede decir “yo denuncié a mi exmarido porqué mi hijo o hija me ha dicho...” pero “¿usted estaba presente o ha visto algún comportamiento de la niña...?”. Ahora bien, si la madre dice que ha visto algún cambio de comportamiento en el niño y lo ha visto directamente, aunque la madre no haya presenciado el abuso del padre a la niña, ha percibido un cambio de comportamiento de la niña. Que la niña ya no se comporta igual, que tiene dolores abdominales, que se siente retraída, contraída, que no quiere salir con las amigas, que está tristonera, eso es un testigo directo... El cambio de comportamiento, que es un indicio más, sí que es testigo directo.

¿Cuánto tiempo puede tardar en resolverse un caso de delito de abuso sexual a menores?

Buena pregunta, vamos a ver, depende del juzgado, de los funcionarios, de la agenda del juzgado, de la agenda de la audiencia... Un mismo asunto, una denuncia de abusos sexuales, por ejemplo un niño que en el colegio denuncia abusos sexuales de un profesor o un niño que en un club de fútbol o de hockey denuncia a un monitor por abusos, pues ese mismo hecho en un juzgado de instrucción puede durar año y medio, dos años la instrucción y luego el juicio otros dos años, en total 4 años y en otros casos puede durar 3, y en otros casos puede durar dependiendo de jueces, tribunales, de la agenda... 1 año, es decir, depende de la cantidad de pruebas que se hagan.. Es decir, si son rápidos un juicio por abusos sexuales puede, tardar año y medio dos años, esos que se han llevado con rapidez y puede llegar hasta a siete u ocho años. También depende de que el acusado, y eso es muy importante, o el denunciado este en prisión preventiva o no. Si está en prisión preventiva los plazos son mucho más largos, porque la prisión preventiva es de dos años prorrogables a otros dos, más la pena que aquí se va a diez doce años. Son como mucho 4 años

de prisión preventiva, es decir en 4 años queda en libertad. Si lo metes en prisión y lo metes porque hay riesgo de reiteración o que se va a fugar pues obviamente hay que hacer el juicio antes de los cuatro años y además hay prioridad en la tramitación, señalamiento, declaraciones y todo de una causa con preso, por lo tanto primero el Juzgado de instrucción va muy rápido, quizás en un año puede tenerlo ya, el asunto de abusos sexuales y la Audiencia lo ponen en prioridad a la hora de señalar el juicio puede señalarlo en seis meses lo que en otros casos tardaría año o año y medio, por lo tanto una causa con preso puede estar en dos años, dos años y medio celebrado.

¿Por último, ha recibido usted formación en materia de delitos sexuales?

Tanto la Fiscalía, como el Consejo General del poder judicial organizan cursos para jueces y fiscales, cursos de especialización, dos o tres días, pero ahora con la pandemia todo se hace online, se han reducido los cursos, pero antes estabas tres días en Madrid, hacías un curso de delitos sexuales, venían ponentes, gente que había hecho estudios concretos analizando aspectos particulares. La especialización real es que, conocer estos delitos, estudiar el Código Penal, estudiar la jurisprudencia y estudiar cada caso concreto y prepararte cada caso concreto, con los indicios que hay, las pruebas que hay, los criterios jurisprudenciales, es decir, primero tener claro lo que dice la ley, es decir, cuáles son los delitos, cuáles son los requisitos de estos delitos, que dice la jurisprudencia sobre los requisitos para concurrir para que se entenga que se debe aplicar en este delito, si se han entendido, si se han cumplido, las normas de este procedimiento... y estudiarte cada caso concreto. Y esto es, cada caso, el que te aporta ese conocimiento y esa experiencia.

Entrevista psicóloga EATP

En primer lugar, me gustaría saber ¿a qué te dedicas? ¿Cuál es tu profesión?

Nosotros somos el equipo de asesoramiento técnico penal, ¿vale? La palabra ya dice que asesoramos a jueces y fiscales. Eso no quiere decir que alguna vez, que, a petición de un abogado de parte, pues también actuemos.

Ah, ¿eso puede ser?

Sí puede ser, siempre y cuando lo apruebe el fiscal y el juez. Puede ser que un abogado diga quiero que los psicólogos de los juzgados hagan una valoración de secuelas, ¿vale? Entonces, por ejemplo, si un juez y el fiscal están de acuerdo pues lo hacemos también.

Valoráis todo el aspecto psicológico para luego pedir responsabilidades, ¿no?

Exacto. Entonces todo el tema de secuelas también lo hacemos nosotros. Nuestro equipo somos actualmente cuatro psicólogos y una trabajadora social, ¿vale? En casos de delitos de tipo sexual la trabajadora social prácticamente no actúa, siempre somos psicólogos. Porque son delitos mayores, la mayoría de veces, y entonces nos piden a los psicólogos. Los trabajadores sociales normalmente actúan más en casos de violencia de género o maltrato infantil ¿de acuerdo? ¿entonces a ti te interesa solo delitos de tipo sexual?

Sí exacto, yo hago el trabajo de abuso sexual, en concreto a menores, su participación en el proceso, las medidas de protección en delitos de abusos sexuales de menores...

Nosotros siempre psicólogos, normalmente, siempre somos dos, que estamos allá [en la sala de declaración de la víctima]. Somos dos porque si el delito es mayor de cinco años y va a la Audiencia entonces siempre tenemos que ser dos psicólogos que hagamos la prueba pericial.

Si te parece te pregunto aspectos más generales y luego sobre temas más concretos. ¿Qué tipo de víctimas son?

Hay mucha variedad. Nosotros actuamos a partir de 3 años porque es cuando hay el mínimo lenguaje para que el niño pueda explicar hasta 16, actualmente, más o menos 16, porque cuando tienen más de 16 años normalmente no nos piden que actuemos porque ya con 16 años... que aver yo creo que depende del chico o la chica de 16 años porque hay algunos que están muy afectados y tendríamos que actuar, pero bueno, no es lo normal ¿vale? Y normalmente es esto de 3 a 16 años. Niños, niñas.. A ver.. es verdad que en agresiones sexuales son más chicas que chicos, eso no quiere decir que algún chico no aparezca, pero normalmente son chicas sobretodo adolescentes. Y de más menores, de todo tipo, tanto niños como niñas porque pueden ser niños que la madre diga que ha abusado un hermano, un primo, un abuelo... no sé. A ver, normalmente son intrafamiliares. Normalmente los abusos son intrafamiliares. Eso que la gente tiene tanto

miedo que el abuso se da fuera, no. Se da dentro, la mayoría de las veces. Además, el niño confía en el conocido, en el tío, el abuelo, el primo, el hermano... confía. Por lo tanto, es más susceptible, vulnerable de caer en el abuso.

¿De qué tipo de familias estamos hablando?

Hay de todo, de clase social, españoles, catalanes, africanos, marroquíes, sudamericanos, de todo. Eso no tiene nada que ver, de nivel bajo, nivel alto, nada que ver. Es cierto que a veces se utiliza el abuso sexual, es decir la denuncia, en parejas que se están separando con mucho conflicto. Se dan denuncias falsas, eso también es cierto. No es que sea la mayoría, pero hay un tanto por ciento que se dan con mamás normalmente utilizan el abuso sexual en contra de su expareja para conseguir quedarse con la custodia del menor.

¿Esto lo detectáis en la exploración? ¿O es un indicador?

Es un indicador, se te enciende el semáforo rojo. Cuando tú ves que hay un juicio contencioso con mucha conflictividad y te llega una denuncia de abuso sexual pones todas las alarmas. Dices a ver, “cuidadín”.

Yo tengo cierta duda sobre alguna cosa que he leído, sobre el síndrome de alienación parental.

Ese síndrome psicológicamente hace años que se desechó totalmente, que no se habla de él. Se habla de manipulación, sugestión, de muchos temas que pueden influir para que un niño se ponga de parte de la mamá, pero síndrome de alienación parental actualmente no existe, psicológicamente, vamos no hablamos de ello.

Ahora si quieres, comentamos un poco cuál es vuestro papel des de que el menor empieza a tomar parte en un proceso.

Normalmente la denuncia pues la pone... si es muy menor... los padres o un progenitor ¿vale?... y normalmente, actualmente ya no se le toma declaración al menor ni en Mossos de Esquadra. El primer paso es que se presenta la denuncia por parte de un adulto a Mossos de Esquadra y lo pasan al juzgado de guardia de instrucción que esté en ese momento. El juzgado de instrucción valora el tipo de hecho que es, la edad del menor y normalmente, ya te digo, si es menor de 16 años, no le toman declaración, no actúa, y nos llaman a nosotros. Puede ser de urgencia en la misma guardia si los hechos son muy graves y el menor puede estar en riesgo, por ejemplo, que haya sido pues el mismo padre o un hermano, ósea alguien con quien convive o con quien tiene mucha relación ¿vale? O que haya sido una agresión muy bestia no que se tenga que meter al investigado en prisión, entonces actuamos de guardia que se dice, de urgencia. ¿Vale? Si no se ve esta urgencia, pues normalmente, nos llaman y quedamos dentro de una semana o incluso meses que eso lo que intentamos...

¿Suele pasar mucho tiempo?

Intentamos que no sea.

¿Por qué suele pasar eso?

Porqué los juzgados van muy saturados y nosotros también. Y más con esta historia del confinamiento ya ha sido lo más. Ahora ya, estamos dando citas, horas para el mes de marzo. Está la cosa bueno... hay mucho tapón. Todo lo que hemos ido haciendo durante el confinamiento se ha tenido que retrasar, pero la vida sigue... y si antes ya estábamos mal ahora estamos el triple de mal.

A veces nos llaman por unos hechos que han pasado en el mes de diciembre del año pasado.. Claro cuando abren la carpeta y nos llaman, “no es que es para unos hechos que pasaron pues, el marzo del año pasado. Falta todavía mucha sensibilidad, empatía por parte de los operadores judiciales.

¿Por qué se da y de qué depende?

Yo creo que hay una falta de formación mínima de, por ejemplo, de la psicología de la víctima ¿no? Como una víctima puede reaccionar frente a unos hechos delictivos ¿no?

Esto es cierto, de hecho, en la literatura leída no hay ni un caso en que no se critique la falta de formación.

Tú puedes tener un carácter más o menos empático, con esto se nace. Se hace, a lo mejor con los años, ¿no? Pero la formación se aprende. Es lo que te comentaba antes, de la víctima que se ríe de una situación o un niño que no se sabe expresar o se muestra retraído, es que claro tiene tal edad o delante de una situación así es totalmente normal que se muestre así ¿no?

Pero luego el informe que realizáis es lo que realmente importa, ¿no? Por mucho que se ría, ¿vosotros establecéis si lo que dice es cierto?

Nosotros informamos de porqué esa manera de declarar de la víctima, de las secuelas que ha tenido, de cómo le puede afectar...

¿Tenéis un protocolo en que se determinen aspectos a tener en cuenta?

Está todo protocolizado. La entrevista que hacemos aquí es semiestructurada, de entrada, siempre son las mismas pautas ¿vale? Que es lo que se llama la entrevista cognitiva, si quieres buscar información hay muchísima bibliografía. Usamos la entrevista cognitiva que consta de una primera introducción, bueno, un primer “acolliment” que decimos nosotros que es hacer este contexto más empático, más bueno... contactar, hacer “feeling” con el menor, que te conozca mínimamente ¿no? Siempre citamos antes de la declaración de la comitiva judicial. Antes de que

se haga toda la conexión [grabación de la entrevista con el menor] citamos media hora o tres cuartos de hora antes para que nosotros podamos estar con el menor y la familia ¿vale? Conocernos y hablar con ellos, que el niño nos conozca, hablamos con ellos de manera descendida, les explicamos todo lo que vamos a hacer, porqué están aquí ¿vale? Y ya cuando empieza la grabación que ya nos están viendo y escuchando, pues tenemos un protocolo que es el de la entrevista cognitiva, ¿vale? Que explicamos al niño pues una serie de normas que hay ¿vale? Nos tiene que explicar lo que ha pasado, pero con una serie de normas, muy básicas, que es pues, que nos tiene que explicar solo aquello que es verdad, porqué en los niños es muy importante esto. Eso es muy importante, es decir, sólo aquello que es verdad, no se puede mentir. Con niños muy pequeños tiene que quedar constancia que sabe la diferencia entre verdad y mentira. Incluso que quede grabado ¿vale? Para que el día del juicio no te digan “no, no es que este niño no sabe ni lo que es la verdad y la mentira”. Entonces hacemos con el niño como un tipo de juego ¿no? Para que quede claro que sabe diferenciar entre la verdad y la mentira ¿vale? Y le repetimos, aquí solo cosas que han pasado de verdad. ¿Vale? También cosas que recuerden. “No me expliques cosas que has visto por la tele, que has soñado, que has visto en la película, que te ha explicado alguien ¿vale? Solo lo que tú sabes que te ha pasado de verdad y que recuerdas. Si no lo recuerdas pues no pasa nada, me lo dices, de esto no me acuerdo y no pasa nada”. Y bueno, les vamos explicando este protocolo y después les decimos que nos expliquen lo que les ha pasado de manera libre. Como un relato libre ¿vale? Y pues normalmente te suelen explicar pues, un relato más o menos largo, dependiendo de la edad del niño o niña y después sí que vamos haciendo preguntas pues que no sean sugestivas, que sean preguntas abiertas, que no sean preguntas para provocarle y luego obtener la pregunta deseada, ¿Vale? Con niños muy pequeños utilizamos también un dibujo, ¿vale? De la figura humana, desnuda, ¿vale? Para que quede demostrado que conocen las partes del cuerpo, cómo les llaman. Porqué claro, por ejemplo, con la vulva les llaman de mil maneras ¿no? los niños... y que sepan o como les llaman ¿no? y dónde les han hecho el daño ¿no? la agresión sexual ¿no? que no se lo decimos así, pero ya utilizamos palabras y con el dibujo ¿no? por ejemplo le decimos, pues dime las diferentes partes del cuerpo y ahora dime dónde te han hecho daño o si te han hecho algo que no te gustaba en alguna parte del cuerpo y señálamelo.

¿Y qué pasa si viene un niño y se bloquea ese día?

A ver, no suele pasar por eso eh. La gente se piensa que se quedan bloqueados y no te hablan, pero es un tanto por ciento muy bajo. Porqué normalmente como hacemos lo previo, ¿vale? Que les dejamos tranquilos e incluso tenemos una especie de batería que nos sirve para saber el nivel intelectual ¿Vale? Que son cosas que para ellos son juegos ¿Vale? Son con colores, con formas geométricas, estamos un rato con ellos jugando a eso entonces ya el niño se hace más a ti, ya te conoce entre comillas, ¿no? los niños la verdad es que a veces te haces cruces de que están allí

en la sala de espera pegados a mamá y que no quieren, no quieren y después te entran y te sueltan y te explican la vida entera. Ósea que no es verdad que no te hablen.

Una vez habéis hecho la grabación, ¿qué hacéis?

Normalmente rompemos el hielo hablando de otra cosa ¿vale? “¿qué harás ahora? Explícame yo que se... irás a la playa o si vas al cole pues, qué tienes esta tarde o tienes un examen o que asignatura te toca”. Para romper el hielo. Y no hacemos nada más. Si nos piden secuelas, ¿vale? Que eso pasa sobre todo en agresiones sexuales, bueno en abusos también, ya de más mayores, nos piden secuelas. Entonces, a veces, los citamos en otro día para que puedan hablar más sobre cómo se sienten, como les ha afectado esa situación. Les pasamos pruebas, test.

¿Os piden mucho el informe de secuelas? ¿crees que se tiene en cuenta el impacto psicológico que tiene para un niño?

No todo lo que se debería. Sí pero no todo lo que se debería. Lo que normalmente hacemos nosotros es que aunque no se nos pida, ¿vale? Si no se nos pide, no lo volvemos a citar. Pero aunque no se nos pida, si los padres nos dicen que está en tratamiento psicológico, nos coordinamos con el psicólogo. ¿Vale? Lo llamamos porque es el que tiene más información y a parte de lo que te pueda explicar, la madre o el padre o la persona, si es que es más mayor, hablamos, nos coordinamos con el psicólogo que es el que está haciendo la terapia. ¿vale?

Y el informe pericial, ¿cómo lo hacéis? ¿Reproducís lo que ha pasado aquí?

Bueno es informe que ya tenemos protocolizado, ¿vale? Consta de antecedentes familiares, para situar un poco el contexto familiar, personales, si el niño o la niña o la adolescente pues ha tenido un desarrollo normal, si es todo normal, si va al colegio, qué carácter tiene, es todo factores personales más enfocados a psicológicos, ¿vale? Y después, como ha ido toda la entrevista. Como se ha presentado el niño, cual ha sido su actitud, como era su lenguaje, si conocía verdad o mentira, ya entramos más allí, después el relato, hacemos el análisis de credibilidad del relato y valoramos si es creíble, indeterminado o increíble. Hay estas tres categorías. Si creemos que tiene todas las características de un relato creíble pues lo valoramos como creíble. Si no lo tenemos claro, porque el niño ha dado poca información, porque hay cosas incongruentes que no te acaban de ligar, decimos que es indeterminado. No podemos valorar ni que aquello no ha pasado, ósea siempre estamos abiertos, que sea indeterminado no quiere decir que lo que dice no sea verdad ¿Vale? Y pasamos un poco la pelota la juez y al fiscal, no hemos sacado información suficientemente válida como para poderlo valorar. Y cuando tenemos muy muy claro que el niño nos está engañando, que aquello está inventado, lo que te comentaba de las mamás que utilizan el tema para la separación, pues decimos que es increíble.

¿Y tenéis que ir al juicio oral?

Sí, si aquello ha prosperado, si no se ha archivado y ha seguido adelante, se hace el juicio y la mayoría de las veces tenemos que ir a juicio.

Y bueno y estamos hablando todo el rato de niños y niñas y también que quede claro que actuamos con personas con discapacidades de todas las edades, con adultos con discapacidad. Son los grandes olvidados del sistema.

Exactamente, las consecuencias para ellos incluso pueden ser mucho más traumáticas, ¿no? Has dicho que es muy difícil trabajar con ellos, ¿no?

Sí, es mucho más difícil y sobre todo con el factor tiempo con las personas con discapacidad por qué no retienen. Es decir, cuando les ha pasado se acuerdan, pero igual dentro de dos años es que ni saben de qué estás hablando ¿no? depende también del grado de disminución no? pero es que no saben que les estás hablando.

O, por ejemplo, mira yo tengo un caso grabado en la memoria que no lo olvidaré en la vida que fue de una dicha discapacitada, que además era de una chica que hablaba muy bien, se expresaba muy bien, hizo un relato ideal, perfecto, con muchos detalles, vamos. Aquí hizo un relato perfecto. Llegó a la Audiencia, pero habían pasado, no sé si cuatro años ¿Vale? Y el investigado era una persona que en estos cuatro años físicamente había cambiado muchísimo, había adelgazado un montón de kilos, si el día de la agresión llevaba el pelo corto pues aquel día llevaba el pelo largo con barba. Bueno había cambiado físicamente muchísimo que la madre dijo que ni ella lo había reconocido ¿Vale? ¿qué pregunta le hizo el abogado de la defensa? Le dijo ¿reconoces al investigado? Y se lo mira y dice, “yo a este no le conozco de nada”. Aquí se acabó el juicio. ¿Vale? Porque además en su día, en instrucción, no se hizo rueda de reconocimiento. Fallo también. Pues claro, el abogado de la defensa esto lo utilizó. El como abogado de la defensa fue de 10. La primera pregunta que le hizo fue ¿reconoces al investigado? Y dijo “yo a este no le conozco de nada” y ya está, juicio acabado.

Lo que hemos dicho antes de la prueba preconstituida, que has dicho que se utiliza muy poco. Claro yo sí veo que una cosa es lo que pone el papel y otro lo que se hace en la práctica.

Claro, además, tenemos el Estatuto de la víctima que no se hace ni la mitad.

Quería preguntarte que aquí [en sala] existen unas medidas de protección, ¿pero qué medidas de protección externas hay? Es decir, cuando entra el menor en la Audiencia...

Si, si esto sí que hay. Nosotros somos el EATP pero trabajamos conjuntamente con la Oficina de atención a la víctima entonces una parte la hace la Oficina de atención a la víctima. Tanto el seguimiento, si vemos que es una familia que todo este tema lo llevan mal o están muy

desubicados o no saben qué hacer, donde solicitar ayuda... entonces solicitamos el mismo día que un técnico de la oficina de atención a la víctima baje, ¿Vale? Los atiendan y les explique todos los recursos que tienen a su alcance. Des de atención psicológica, recursos económicos... esto es para cualquier tipo de víctima. Si se impone, por ejemplo, una orden de alejamiento les explica bien qué es una orden de alejamiento, lo que tienen que hacer si el investigado se la salta, ¿vale? Otra cosa que también hace la oficina de atención a la víctima es que también nosotros lo ofrecemos, es que, a ver, el tema de la información en justicia es patético también, esa víctima nunca sabe cómo está su procedimiento judicial, a no ser que se paguen un abogado, ¿Vale? Como víctimas no están obligadas a tener abogado. Supuestamente es el fiscal. Pero el fiscal no informa de nada. Todo el tema de información es que están perdidos, no tienen ni idea.

¿Cuánto puede tardar un proceso?

Mira habitualmente, era un año, des de que se interponía la denuncia y se hacía todo esto que hemos explicado, normalmente nosotros veíamos que se nos citaba a juicio al cabo de un año, aunque esto podría ser un 50% eh un año. El otro 50% pueden ser dos, tres, cuatro años, eh. Vamos a juicios de unos hechos que han pasado hace cuatro años. La semana pasada fuimos a un juicio aquí en la Audiencia, de unos abusos sexuales que la niña tenía 7 años por parte de un monitor de CAU, que la niña tenía 7 años y habían pasado 4 años y la niña declaró.

¿Declaró en juicio?

Sí. O sea, que el 50% digamos es un año, pero eso no quiere decir que te pasen 2 años, 3, hasta 4 o hasta 5 años.

Claro, son casos que han pasado hace muchos años, que lo explican años después y que además tienen que esperar años hasta la sentencia.

Claro, imagínate lo que revictimiza eso ¿no? muchas víctimas nos lo dicen, es que esto no te lo quitas nunca en la vida. Yo quiero olvidar, porque además la mayoría te dicen “yo quiero olvidar esto, hago todo el esfuerzo por olvidar y vosotros me estáis diciendo que ahora tengo que recordar y que encima lo tengo que explicar con el máximo de detalle” porque además en el día del juicio pobre de ti que no lo expliques con detalle. Dicen “¡es que este detalle no me lo has dicho!” pero claro “yo quiero olvidar este detalle”.

Yo he visto casos, en los que a menores que tienen más de 14 años les hacen declarar en juicio... yo no sé si esto tiene cierta relación con que sean ya responsables penalmente...

Tiene relación, tiene, sí, sí. Pero yo bajaría la edad, a 12 años. Aunque no sean responsables penalmente, se considera que con 12 años ya pueden pues... emitir una declaración y que no se afectarán tanto psicológicamente. Claro es muy relativo.

También es relativo que se considere que en la prueba anticipada no se respeten las garantías... si la entrevista está grabada... entonces la justificación no puede ser siempre, es que es mejor verlo en juicio oral. Entonces no se tiene en cuenta que esa persona tiene que vivir todo eso innumerables veces.

Sí, sí, es que además saben que está ahí eso ¿no? tú sabes que un día te van a llamar y te van a decir, “vuélvelo a repetir, a explicarlo... y no te equivoques de día o de espacio...” porque vamos allí ¡eh! “No es que un día, hace tres años, dijiste que había pasado en marzo y ahora me estás diciendo en mayo”.

¿De verdad?

Si, claro. O “¡que pasó en la cocina y ahora me estás diciendo que pasó en el comedor!”.

Quería preguntarte una última cosa, no sé si vosotros estáis especializados en temas de delitos sexuales o ya como psicólogos que tratáis estos temas ya digamos que es suficiente para tratar con todo tipo de víctimas.

A ver, nosotros somos especializados en psicología forense ¿Vale? Entonces es una de las subespecialidades de psicología forense ¿vale? Normalmente nosotros tenemos tres grandes áreas ¿Vale? Una es la violencia de género, otros son los delitos de abusos sexuales y la otra es la de maltrato infantil. Estas son las tres grandes áreas, cada una con su subespecialidad, pero bueno, que tenemos la formación para todo.

Lo que has dicho que intentáis contactar con otros psicólogos, ¿también contactáis a la hora de hacer el informe o se hace por separado?

La mayoría de las veces el juzgado no pide la opinión el psicólogo privado. También pueden ser del centro de salud mental del público. Pero pocas veces los llaman a juicio eh, muy pocas veces. Como eso lo sabemos que no los tienen demasiado en cuenta, pues ya lo hacemos nosotros ¿vale? A parte, de que por mucho que tu hagas una entrevista, le pases unos test, lo ves una mañana ¿vale? La información que obtienes es mucho menor que el terapeuta que ve a ese menor cada semana o una vez al mes. Claro vas a poder ver más la evolución de esa persona, las secuelas. Además, es eso ¿no? que nosotros vemos a la persona cuando ha pasado ya tiempo ¿Vale? No cuando han pasado los abusos. En cambio, a lo mejor la familia ha llevado al niño o al adolescente en cuanto han pasado los hechos y han visto como estaba en aquel momento. Entonces claro te puede aportar más información.

No sé si también podéis señalar que hay otras pruebas, por ejemplo, el informe de un médico...

Si hay, por ejemplo, el servicio de la UFAM de Sant Juan de Dios y ahora también Can Ruti que creo que también hay la unidad de servicios sexuales. Nivel público y clínico están estas dos

unidades. Y si han actuado ellos, porqué claro, aquí llegan normalmente cuando la denuncia ha sido tramitada a través del pediatra. Cuando el pediatra ha detectado un posible abuso sexual, normalmente el pediatra actúa de oficio ¿Vale? Pone la denuncia al juzgado y deriva a la familia aquí, a Can Ruti o a la UFAM. Puede ser que también por esa vía lleguen y se les hagan un estudio de la afectación e incluso, en Sant Juan de Dios también hacen análisis del relato, sí, sí. A veces actuamos los dos eh. No es habitual, pero a veces actuamos los dos, tanto UFAM como nosotros. UFAM si ha actuado normalmente están en el juicio.

Entrevista abogada

En primer lugar, me gustaría preguntarle, ¿Cuál es su profesión? ¿A qué se dedica?

Abogada en ejercicio y adscrita al Turno de Oficio y Asistencia al Detenido del Ilustre Colegio de la Abogacía de Girona.

¿En su trayectoria profesional, ha actuado como abogado en un caso de abuso sexual a menores? ¿De qué parte?

Sí, en una sola causa y en calidad de acusación particular.

¿Cuáles son las dificultades principales con las que se encuentra un abogado al tratar con un delito de abuso sexual infantil?

- 1) Falta de formación, especialmente sobre los aspectos psicológicos de la víctima del delito (como explicarle el proceso al que se enfrentará, como prepararla para las declaraciones judiciales y exploración por parte del equipo técnico).*
- 2) Dificultad de probar los hechos cuando la única prueba es la declaración del menor y la exploración del equipo técnico. Sobre todo, cuando los resultados de esta exploración llegan a un resultado no concluyente. Entonces, cuando se practica la prueba pericial en la fase de juicio, tienes que conseguir que los peritos psicológicos expliquen qué significa que los resultados sean "no concluyentes". Y aquí tienes la batalla dialéctica perdida porque el abogado no tiene conocimientos en psicología que le permitan "dar la vuelta" al informe pericial.*

Des de su propia experiencia, ¿los padres del menor o su entorno se muestran preocupados por la situación del menor o más bien el menor se encuentra desprotegido?

En el aquel caso, el entorno del menor era muy inestable y conflictivo. Y hay que destacar que la persona a quien se denunció por abuso pertenecía al entorno familiar del menor. A pesar de ello, el menor tenía el apoyo de un familiar. El resto de familiares consideraban que el menor mentía.

¿Qué sucede cuando el agresor es un progenitor del menor?

En este caso el presunto agresor no era un progenitor, pero sí un familiar directo.

¿Cree que el hecho de que la víctima sea menor supone una ventaja o una desventaja para la defensa del acusado?

Considero que es una ventaja. Creo que la inmadurez de la víctima (por su edad) hace que éstas no cuenten estos hechos (o tarden más en hacerlo). Entonces, el paso del tiempo los va en contra porque es posible que cuando denuncien y declaren en sede judicial no puedan ofrecer suficientes

detalles de los hechos que haga creíble su relato. El paso del tiempo y la demora en el proceso judicial hace que cuando las víctimas y testigos declaran pueden tener dudas al responder las preguntas, reconocer abiertamente que "no recuerdan" y todo esto hace que el relato no sea consistente. Y ante esto, es fácil que se aplique el principio "in dubio pro reo".

Des de su propia experiencia, ¿considera que en España se protegen los derechos de los menores en los procedimientos penales?

Parcialmente. Hay normativa garantista en este aspecto, pero en la práctica no es suficiente. No puedo posicionarme firmemente porque sólo he asumido una sola causa, pero sí pienso que se produce una revictimización secundaria cuando se obliga a la víctima tener que volver a declarar el día del juicio.

De todos los procesos judiciales en España en materia de abuso sexual a menores que ha presenciado, ¿cuántos juzgados estaban adaptados a menores? ¿Disponían de una cámara Gesell?

Lo desconozco.

¿Considera que existe una desigualdad entre los derechos que ostenta el acusado y los derechos que ostenta el menor en el proceso penal?

Ambas partes tienen derechos. Ahora bien, en la práctica y en cuanto el resultado final pretendido (la condena del encausado) los derechos del encausado priman.

¿Cuáles son las principales medidas existentes para la protección de lxs menores víctimas de abusos sexuales en la fase de investigación? ¿Y en el procedimiento penal?

Las medidas que se acordaron (previa petición de la acusación particular) fueron: en la fase de Instrucción, medidas cautelares consistentes en prohibición de aproximación y comunicación con el menor. En la fase de juicio, derecho a declarar y permanecer detrás de una mampara para evitar el contacto visual directo con el encausado

¿Existen espacios reservados a las víctimas en las dependencias policiales y judiciales que permitan evitar el contacto entre víctima y procesado?

Sí. Quizá no bien acondicionados, pero es cierto que se intenta facilitar el no contacto.

En los casos en los que ha participado, se utilizó el instrumento de la prueba anticipada/preconstituida en la fase de instrucción?

No. El menor tuvo que acudir el día de juicio a volver a declarar sobre los hechos.

¿Cómo se lleva a cabo la declaración del menor en el acto del juicio oral? ¿Están los tribunales preparados para cumplir con las exigencias del Estatuto de la Víctima del Delito que sugiere que se haga uso de salas separadas adecuadas al menor para tomarle declaración?

No. En ese caso, el juicio se hizo en la Audiencia Provincial de Girona y el menor declaró en la misma sala de vistas a la que estábamos los profesionales, fiscalía y miembros del tribunal.

¿Considera que se vulneran los derechos del acusado cuando la declaración del menor se toma en un lugar distinto al espacio donde se desenvuelve el juicio?

En absoluto. No se prohíbe a la defensa formular preguntas al menor.

¿Considerando que en la mayoría de las ocasiones existe una dificultad probatoria de este tipo de delitos, puede contarnos cómo se intenta averiguar lo sucedido?

En ese caso se investigó con las siguientes pruebas: 1) informe ginecológico llevado a cabo el día de la denuncia, 2) declaración judicial de la víctima y de los testigos (si los hay), y, 3) exploración del menor mediante el equipo técnico, informe es la prueba pericial del juicio

¿Cuáles son las líneas de defensa para que se de credibilidad al testimonio del menor?

Defiendes la versión del menor con base a los mismos criterios que establece el Tribunal Supremo para valorar la declaración de una víctima cuando ésta es la única prueba de cargo (persistencia en la incriminación, verosimilitud y ausencia de ánimo espurio). Si tienes más pruebas de cargo, tu tarea es relacionar los hechos con las pruebas.

¿Se suele acudir a otras fuentes de prueba, por ejemplo, al testimonio de referencia?

En mi caso no. Los testigos de referencia no son buena prueba, y los jueces tienden a no darles credibilidad.

¿Qué sucede en los casos en los que el menor decide retractarse?

Que el procedimiento continúa siempre que fiscalía o alguna otra acusación particular consideren que el investigado ha cometido el delito.

¿Qué aspectos considera que valora el juez ante un delito de abuso sexual a menores?

Los informes periciales de los profesionales que intervienen son clave.

¿En sede judicial, has encontrado situaciones en los que se cuestione el dictamen pericial psicológico? En caso afirmativo, ¿cuáles son los principales argumentos utilizados para rebatir el dictamen pericial?

En mi caso, el informe pericial me iba en contra en el sentido que indicaba un resultado no concluyente. Sabía que no podía ir a discutir ni la forma ni el contenido del informe porque es batalla dialéctica perdida (no tengo conocimientos en psicología). Por lo tanto, decidí limitarme a preguntarle s que significada que un resultado fuera "no concluyente": significa que los hechos no han ocurrido o bien que no se puede determinar que hayan ocurrido o no?

¿En el caso de que a lo largo de su carrera profesional asumió la defensa de una menor víctima de abuso sexual puede explicarnos como finalizó el procedimiento? Es decir, ¿cuál fue el fallo de la sentencia?

Absolutoria. Y era consciente desde la fase de instrucción cuando nos notificaron el resultado del informe pericial y la fiscalía no acusó al investigado. En ese caso, el Ministerio Fiscal hacía tareas defensa y pidió la absolución.

¿Porqué considera que en muchos de los casos de abusos sexuales a menores de dicta el sobreseimiento?

Por la dificultad probatoria y la falta de consistencia en el relato de la víctima producida por el temor que siente y por el paso del tiempo en el recuerdo, entre otros.

¿Cuánto tiempo puede tardar en resolverse un caso de abuso sexual a menores?

En mi caso más de 3 años.

Por último, ¿Ha recibido usted formación en materia de abusos sexuales?

No.

Entrevista a psicóloga de la Fundación Vicky Bernadet

¿En primer lugar, a qué se dedica? ¿Cuál es su profesión?

Yo soy psicóloga y en estos momentos trabajo en las relaciones institucionales de la Fundación.

¿Cuáles son las principales tareas que lleváis a cabo en la Fundación?

La fundación tiene como tres o cuatro partes, podemos decir incluso cuatro, una es la parte de atención a las personas que han sufrido abusos que es una atención social, psicológica y jurídica. ¿Qué quiere decir una atención social? Pues bueno hacer una valoración, cuál es el recurso que les puede ayudar más o puede ser otro, psicológico porque hacemos terapias grupales y jurídico porque tenemos una abogada que asesora en los casos. La fundación como fundación no lleva casos. Es decir, nosotros lo que tenemos experiencia es de participar como peritos en casos porque atendemos a menores que van a juicio. Pero no somos una entidad, porque no tenemos dinero suficiente para poder llevar casos porque además la media entre que se pone denuncia hasta que se llega al juicio oral, en Barcelona está a los tres años con lo cual significa mucho dinero y mucho tiempo y muchas cosas que no tenemos. Yo por ejemplo he estado, he participado como perito en un caso en el que des del día de la denuncia al día del juicio oral pasaron 8 años. Con lo cual yo conocí a una chica de 14 años y acompañé en el juicio a una mujer de 22.

Eso sería una parte luego hay otra parte que sería toda la información en la que hacemos, lo que hago ahora contigo, pues atender a estudiantes, hacer cursos, hacer conferencias, ir a las escuelas, hacer talleres, trabajando con familias, niños, niñas y jóvenes. Y teniendo esta idea como muy global de lo que significa la pedagogía del abuso, ver que la gente lo entiende, haciendo prevención y estas cosas.

Luego hay una parte de consultoría que básicamente es hacer protocolos de reducción de riesgos y de recursos internos aunque hemos ayudado con algún protocolo que es de la Generalitat o del Ayuntamiento de Barcelona y tal, y otra parte de consultoría que sería asesorar a escuelas y entidades en las que hay un caso de abuso producido o bien entre menores o bien por algunos de los profesionales del centro. Entonces este es todo el trabajo de asesoramiento. Luego hay otra parte que es la comunicación, divulgación que tiene que ver con el premio a la cultura que hacemos pues con algunos ámbitos que hacemos benéficos pues con tener la página web al día, con premios sociales y con todas estas cosas. Vale, serían como las cuatro partes.

Siempre hablamos de abusos sexuales en contexto de confianza, no trabajamos ni trata, ni prostitución ni pornografía infantil. Y tenemos muchísimo trabajo. El 2020 porque es un año raro pero el año pasado tuvimos 1200 casos nuevos. O demandas. Pues algunos nos los quedamos, algunos hacemos una pequeña intervención, pero bueno tuvimos 350 personas viniendo a terapia. Son un montón.

¿Estas personas a las que intervenís suelen ser muy pequeñas?

No, también tenemos personas adultas. Los abusos se detectan muy pocas veces y se identifican en edad adulta y muchas de ellas adultas sin haber puesto nunca denuncia. Con los casos de menores, tenemos muchos menos porque para poder atenderlos pedimos que haya denuncia puesta. ¿Vale? Es decir, para nosotros el abuso se acaba cuando se hace público. Y para hacerse público, debe haber una denuncia pública. ¿Vale? Con lo cual no somos una entidad que dice “no hay una sospecha, haber si lo intentas tu y el niño lo explica” no, nosotros somos la entidad que viene después. Somos una entidad que cuando pasas por la puerta solo habla de abusos con lo cual la gente que viene tiene que saber a dónde viene y venir a la fundación es muy duro.

Otra pregunta es, de acuerdo con vuestra experiencia y con la normativa que se ha dado en estos temas, quisiera saber si consideráis que hoy en día realmente se protegen de los menores víctimas de abusos sexuales en España?

¿En dónde? ¿En el mundo legal? No..

Es decir, todo lo que es el EVD que establece un sinfín de medidas de protección (que se evite la confrontación, que existan cámaras Gesell para proteger al niño y llevar a cabo la declaración), ¿todo queda en papel?

No a ver, vamos a ser honestos y acercarnos a la verdad. Y yo sé que en Barcelona en la ciudad de la Justicia tienen cámaras Gesell. ¿Vale? No sé. Pero también se, también se, que cuando los menores cumplen 14 años les hacen ir a juicio oral.

Vale, ¿Es decir, más de 14 ya directamente a juicio?

Claro como pueden ser imputables penalmente si mienten no, porque son testimonios y los testimonios son imputables a los 14 años pues les obligan a ir a juicio oral. Cuando la culpa de que un niño de 10 años tenga que ir a juicio oral no es de él, es de que el juicio se ha retrasado 4 años. ¿Vale? Con lo cual sí que es verdad, que yo he hablado con los técnicos de la EAT penal que creo que hacen un buen trabajo y entonces dices es bueno que esto sirva para todos y dicen bueno pero ten en cuenta que cuando cumplan 14 años tendrán que ir a juicio oral. Pues bueno pues, ¿qué pasa? Pues, lo de la confrontación ya es... ¿no se habla de los 14 años en el EVD? No lo se porque no me lo he leído.

No es que tampoco se menciona, se dice que para reducir la victimización secundaria, para proteger a los menores.... No se habla en ningún caso de una edad determinada en que se aplique o no una medida de protección

Claro pero luego si la que prevalece es la medida que cualquier menor de 14 años puede ser imputable penalmente si miente, y tiene que participar activamente en el juicio oral, pues lo del EVD nos lo hemos saltado.

Claro, eso de hecho no lo había tenido en cuenta y es un aspecto a considerar, que bueno...

Yo lo digo porque yo soy muy optimista y muy refiada entonces cuando vimos que el tema de la prueba preconstituida tomaba una cierta importancia dices otras que bien, cuando ves que los EAT están a favor dices otras que bien, pero luego de dicen claro pero ten en cuenta que a los 14 puede ser que tengan que ir a juicio oral porque ya puede ser imputado penalmente.

Ya, porque aquí ya se desmorona todo ¿no? Toda la protección que se intenta dar...

Claro la mayoría de casos que los niños son capaces de verbalizar no lo hacen con 5 lo hacen con más edad. Entonces esto en instrucción, pues depende. Otra cosa, esto pasa en la ciudad de la justicia de Barcelona yo no sé si en Girona o en una demarcación de Lleida o Tarragona tienen cámara Gesell o todos tienen que pasar por Barcelona, entonces hay saturación.

Si te parece, como ejerces de psicóloga vamos un poco por los aspectos más psicológicos, ¿no? No sé si se da que en muchos de los casos el acusado o agresor es el propio progenitor del menor...

En muchos, en nuestra estadística el 35% de los casos. En nuestra estadística de la fundación eh no de la estadística general.

Ya sí, sí, entiendo que todo lo que dices es en relación a vuestra Fundación. ¿Y el resto?

El resto pues depende, familia extensa, profesorado.

En estos casos como psicóloga, como consideras que afecta esto al menor. Es decir, el propio delito en sí, ¿qué consecuencias le trae?

Mira las consecuencias, en la variable mediadora entre el abuso y las consecuencias es el apoyo social recibido cuando lo explicas. Con lo cual si cuando tu lo explicas incluido el proceso penal es fácil las consecuencias serán mucho menores que si todo lo que viene, incluido el proceso penal es complicado. Es más, piensa que para muchos niños el trauma del proceso penal o de las exploraciones es más doloroso que el propio abuso.

¿Claro, es la victimización secundaria que hablábamos? De los casos que conocéis, como queda afectado el niño, ¿es decir sí que hay una victimización secundaria y que el niño efectivamente acabo muy afectado por su participación en el proceso?

Existe básicamente porque hay momentos en los que los niños dejan de hablar, y de explicar las cosas porque están hartos de que les pregunten, por ejemplo. O yo recuerdo casos de niñas que

han participado en el juicio y que el día del aniversario del juicio se ponen malísimas, porque recordarlo en el juicio es algo muy duro.

¿Qué suele pasar en estos casos? ¿Cuándo, por ejemplo, ya no se quiere hablar?

Acaba habiendo un sobreseimiento, cuando tu llevas a un niño al EAT penal y no habla pues acaba habiendo un sobreseimiento. Primero porque no hay testimonio válido del niño.

Pero luego no se tienen en cuenta los informes psicológicos u otras pruebas...

Mira es que hay un problema nosotros cuando el niño o la niña viene del EAT penal nosotros no iniciamos terapia hasta que no ha pasado por el EAT penal para una cosa de validez del testimonio. Claro es que intentas hacer las cosas de lo mejor posible para que no te digan que les has inducido con las memorias ni ninguna historia rara pero claro si el niño ha tenido que pasar antes lo que va a pasar es que a lo mejor no hable porque si se lo ha explicado a la mamá, se lo ha explicado a la doctora, se lo ha explicado a la abogada, se lo ha explicado a no sé quien y “ahora vienen estos y me quieren preguntar, pues mira irros y dejadme tranquila, no?”

Entonces sí que sucede que el niño tenga que ir declarando...

Sí esa es una de las situaciones más complicadas, al final. ¿Vale? Eso hace que sea difícil.

Y el apoyo, lo que has dicho antes, las víctimas tienen realmente un apoyo por parte de la familia, ¿es decir ellos quieren participar en el esclarecimiento?

¿Cuántos niños crees que hay en protección? ¿Cuántos niños están tutelados por la Generalitat? Vale pues ninguno de estos niños que pase por un proceso judicial tendrá apoyo familiar. Ninguno porque los padres son unos maltratadores o negligentes.

Pero en los casos en los que, por ejemplo, el padre es el maltratador, ¿la madre no apoya al menor?

Hay casos en los que no.

Es decir, ¿entiendo que lo que dices es que en los casos en los que se dan abusos sexuales es básicamente en familias desestructuradas?

No, no, no para nada. No he dicho nada de eso. Lo que te estoy diciendo es que no te imagines que los menores no reciben apoyo porque son niños. Los niños reciben apoyo, algunos. Hay otros muchos que no reciben. Es decir “¿porqué llegan tan pocos casos a juicio?” Porque no se ponen denuncias. “¿y porqué no se ponen denuncias?” Primero porque no se sabe qué ha pasado, segundo” porque no te hemos creído o porque te creemos pero no hacemos nada porque si hacemos algo como voy a cargarme a un hombre de la familia? ¿Qué vergüenza no?” Por tanto, llegan a juicio que tenemos aquí casos de familias muy valientes, muy sanas que ven que lo más

importante es el bienestar de sus hijos o algunos casos en los que la Administración pone algún tipo de denuncia ¿vale? Pero ojalá tengamos muchos padres que protejan a los niños, ojalá.

No me lo esperaba porqué he leído sentencias en los que, por ejemplo, la madre se presentaba como acusación particular...

Son sentencias, pero claro si te miras que 1 de cada 5 son abusos y luego te miras las sentencias... pues verás que la diferencia es abismal.

Y luego, has dicho que actuabas como perito, ¿qué hacéis?

Yo por ejemplo he trabajado con una niña en terapia y lo que haces es decir bueno hemos estado trabajando de tal día a tal día, con un motivo de demanda tal, se han trabajado estos temas. En algunos casos se ha dicho se ratifica en el informe y dices pues sí, y en otros pues, te hacen más preguntas y entonces te preguntan si es posible que las pesadillas que tuviera la niña fueran causadas por no sé qué o que los trastornos de conducta o alimentación fueran causados, entonces explicas un poco de teoría y a partir de allí que decidan si lo que tu les explicas es suficiente o no.

¿Y crees que se han tenido en cuenta los informes?

De los casos en los que he participado diría que en la mitad sí y en la mitad no.

Vale. ¿Cuáles son los principales motivos por los que no se cree al menor?

Porqué es un menor o porqué la otra parte tiene unos abogados maravillosos y que es capaz de llevar como peritos a unos catedráticos estupendos que cobran de eso. No lo sé es que el sistema penal es muy perverso, es que no tiene mucho sentido si a mi me preguntas qué sentido tienen muchas cosas yo no lo entiendo porqué, porqué al final depende de una persona que decida que aquello le convence y yo estoy segura, y yo te digo si lo quieres tener en cuenta, pero las juezas y los jueces son personas muy poderosas, muy poderosas, y el abuso se basa en el poder, con lo cual yo muchas veces acabo pensando que la misma dinámica de abusos se produce en los juicios. Hay veces que ves sentencias y dices no puede ser, y dices una persona como ha podido decidir que ha mentado cuando te explica lo que te explica. ¿porqué te crees que todas las madres son unas histéricas, que todos los hombres son unos indefensos y las mujeres unas locas?

El síndrome de alienación parental en temas de familia, ¿se utiliza mucho no digamos?

Es una falsedad.

Es una falsedad, pero sin embargo se considera que se dan casos así no, que la madre manipula...

Seguro que se dan casos y creo que es muy importante diferenciar, por ejemplo, que el niño ha ido a la escuela y se lo ha explicado a los profes a cuando te viene la mamá, el papa o un abuelo y te dice mi niño me ha dicho tal cosa. Creo que eso es distinto.

¿Eso también se tiene en cuenta?

Claro a la hora de la credibilidad creo que es importante. Si me viene una profesora y me dice el niño me ha explicado una cosa le tengo que dar toda la credibilidad del mundo, es decir el niño viene y me explica una cosa ¿por qué tengo que creer que miente? Otra cosa es cuando se trata de un juicio en el que uno dice y el otro dice, aquí no lo ha dicho el niño aquí lo han dicho los adultos. Creo que son cosas distintas y a la hora de leerse las sentencias es importante ver a quien le ha dicho primero el relato y este tipo de cosas.

Vale, lo tendré en cuenta. Por último, ¿qué sucede con los niños una vez se ha obtenido sentencia?, ¿qué pasa con ellos?, ¿le hacéis un seguimiento psicológico?

Llegan a nosotros los niños que los padres quieren que lleguen. Habrá niños que tendrá ayuda psicológica otros que no, no lo sé porque nosotros no somos obligatorios. En el juzgado no hay nada que diga que el niño vaya a terapia. Con lo cual no lo sé, no tengo ni idea, nosotros sí que es verdad que cuando tenemos a una criatura que pasará por el juicio sí que intentamos estar muy presentes antes y después del juicio. Evidentemente luego les das el alta, pero lo único que deben saber es que cuando quieran puedan volver.

Solo una cosa que tengas en cuenta, en los casos en los que no se llega a juicio porque se pacta antes, eso, casi siempre va en contra del menor, no porque el pacto no sea beneficioso sino porque no se le ha dejado hablar.

Vale.

Eso es un tema de abogados que nunca se tiene en cuenta. Porque se tiene en cuenta haberle ahorrado el mal trago de pasar por el juicio oral, no tengo sentimientos de culpabilidad y hemos conseguido un dinerito que bien, que bien, que bien, pero en muchos casos esos niños han estado obligados al silencio en el proceso del abuso, que nadie quiere escucharlos y continúan en silencio, cuando por fin creen que alguien los escuchar y nadie los escucha. Que se les tenga en cuenta, que se les pregunte, preguntar, pero los adultos deciden por ellos.