

VÍCTIMA MENOR DE EDAD Y PROCESO PENAL: ESPECIALIDADES EN LA DECLARACIÓN TESTIFICAL DE MENORES-VÍCTIMAS

CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE

Profesora Titular de Derecho Penal Universidad de Lleida

Sumario

1. La victimización secundaria y la tradicional ausencia de estatus procesal específico de la víctima.-2. El redescubrimiento de la víctima en el proceso penal.-
2. Testimonio de la víctima menor de edad y victimización secundaria: reformas procesales introducidas en los últimos años.-3.1. Testimonio de la víctima menor de edad y victimización secundaria.-3.2. Reformas introducidas por la LO 14/1999 en el testimonio de menores de edad.-3.3. Ulteriores modificaciones de la normativa rituarial: su repercusión en las posibilidades ofrecidas por la LO 14/1999.-
4. Conclusión.

1. La victimización secundaria y la tradicional ausencia de estatus procesal específico de la víctima

Constituye ya una constante la afirmación de que el contacto de la víctima con la Administración de justicia produce a ésta un segundo efecto victimizador, que su relación con las instancias policiales y ulteriormente judiciales conlleva consecuencias perversas. La víctima, aquella en cuya defensa se puede considerar instrumentado el procedimiento penal, se ve sometida a una nueva experiencia vicimal que enfatiza los efectos perjudiciales derivados directamente

del padecimiento del ilícito penal y que puede incluso agravarlos, añadiendo a éstos nuevos quebrantos de naturaleza psicológica e incluso patrimonial¹. Tan extendida está la opinión de que la relación de la víctima con el sistema jurídico-penal produce a ésta una segunda experiencia fundamentalmente de signo negativo que para referirla se ha acuñado la expresión «victimización secundaria». Con este apelativo se pretende hacer referencia al impacto de carácter preferentemente psicológico que sufre la víctima al entrar en contacto con las instancias policiales y judiciales, al hecho de que con éste la vivencia criminal se actualiza y revive, con la consiguiente generación de estados de impotencia, temor, abatimiento, que pueden conducir al padecimiento de desórdenes psíquicos, a los que sin duda también puede contribuir la estigmatización social como víctima, en definitiva, a lo pernicioso de la relación de la víctima con el sistema legal².

Sin desconocer la concurrencia de una pluralidad de factores, la principal razón que explica el tradicional olvido a que se ha visto relegada la víctima en el sistema procesal penal debe buscarse en que la fundamental preocupación que ha guiado la legislación rituaría ha sido la protección de aquél contra quien se dirige el proceso penal. Esto es, en tanto a través del procedimiento penal se hace efectiva la facultad de punir del Estado, con la consiguiente interdicción de la venganza privada, la democratización del proceso penal, que ha corrido más o menos pareja a la de otras instituciones a través de las que se articula el ejercicio de potestades del Estado, se ha centrado en la progresiva consecución de un estatuto de aquél contra quien se dirige la acción penal. Desde la imputación hasta la condena, pasando por la formalización de la acusación, los desvelos del legislador, así como de la doctrina científica, se han abocado tradicionalmente en perfilar un conjunto de derechos, derivados directamente del contenido del art. 24 CE, y dotar a la legislación de los instrumentos adecuados para garantizar su respeto preferentemente en relación con una de las partes intervinientes en el proceso penal, la acusada.

¹ En este sentido, LANDROVE DÍAZ: *Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 44.

² Sobre el concepto de victimización secundaria, vid., entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada «victimización terciaria» (el penado como víctima del sistema legal)*, en CDJ, XV, 1993, *La Victimología*, pp. 292-293; BERISTAIN IPIÑA: *¿La sociedad/Judicatura atiende a sus víctimas/testigos?*, en CDJ, XV, 1993, *La Victimología*, pp. 195-199; MONTERDE FERRER: *Victimología-Proyecciones asistenciales prácticas*, en CDJ, XV, 1993, *La Victimología*, pp. 270 y ss.; LANDROVE DÍAZ, o. u.c., p. 44; HASSEMER/MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 184-185.

La búsqueda de la garantía máxima de respeto al estatuto procesal del acusado a conseguir a través del proceso penal, así como la destrucción de cualquier vestigio de primitivismo justiciero en la actual configuración de este tipo de proceso, han conducido a la víctima a una situación de orillamiento que se ha mantenido hasta su redescubrimiento por parte de la víctimología, allá por los años setenta. Tal voluntad explica que en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal no haya existido tradicionalmente un estatuto jurídico especial para la víctima, a diferencia de lo que ha sucedido con el imputado. De tal forma que la intervención de la víctima en el proceso penal, más allá de las posibilidades reconocidas legalmente en punto a iniciar el procedimiento bien mediante la presentación de denuncia, según el art. 308 Lecrim, bien a través de la presentación de querrela, de conformidad con los arts. 270 y ss. Lecrim —sin necesidad de prestar fianza—³, se ha limitado, una vez iniciado éste, a ser parte acusadora o a ser meramente testigo. Aunque cierto es que el ofendido, que se identifica con el titular del bien jurídico protegido por el delito —coincidiendo con un concepto de víctima en sentido estricto— es el único legitimado para ejercer la acusación particular⁴, así como que la víctima es la única que puede ejercer la denominada acusación privada en los delitos privados, además de ser habitualmente la legitimada para formular la denominada denuncia necesaria en los delitos semipúblicos⁵.

No obstante, aun cuando la víctima que no ha ejercido la acción penal como parte acusadora no haya tenido legalmente reconocida una forma de intervención específica en el proceso, ya tradicionalmente se ha previsto el ofrecimiento a ésta de acciones, de conformidad con el art. 109 Lecrim⁶, así como la obligación del Ministerio

³ Acerca de las posibilidades de personación de la víctima en el procedimiento penal vid. ampliamente, FERNÁNDEZ FUSTES: *La intervención de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la acción civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 143 y ss.

⁴ El perjudicado se verá obligado a mostrarse como acusador popular si quiere ser parte en el proceso penal. Vid. FERNÁNDEZ FUSTES, o.u.c., p. 49 y bibliografía allí citada.

⁵ Acerca de las posibles denominaciones que se ha dado a este tipo de denuncia, necesaria para el enjuiciamiento de este tipo de delitos, vid. FERNÁNDEZ FUSTES, o.u.c., p. 143.

⁶ Si bien la información que según este precepto en su vetusta redacción debía darse se circunscribía al derecho que asistía a la víctima a mostrarse parte en el proceso así como a renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. La víctima puede, no obstante, ejercer conjuntamente las acciones civil y penal o solamente una de ellas, según reza el art. 110 Lecrim.

Fiscal de velar por los intereses del ofendido, hasta el punto de ejercer, junto con la acción penal, la civil para la reparación o indemnización del daño producido con el delito⁷.

2. El redescubrimiento de la víctima en el proceso penal

En los últimos años el silencio que la ley ha guardado sobre la víctima, término que desconocía nuestra normativa procesal penal, se ha visto roto, de forma que podría hablarse de un efecto péndulo en la relación entablada entre la víctima y la legislación rituarial penal. Esto es, si hasta hace escasos años, la huida de la privatización en la resolución de conflictos penales unida al afán garantista de la respuesta estatal había conducido a alzaprimar la posición del sujeto agente del conflicto obviando los intereses del sujeto pasivo, en los últimos tiempos se observa a nivel internacional así como en nuestra legislación interna un creciente interés y presencia del sujeto pasivo del ilícito penal. Dicho mayor interés no llega hasta el punto en que pueda afirmarse que el movimiento pendular es completo, es decir, no significa un regreso a la justicia privada, ni supone una entronización de los intereses victimarios, aun cuando conduce al reconocimiento de una serie de prerrogativas bastantes como para admitir el surgir de un incipiente estatuto procesal de la víctima al margen de su constitución como parte acusadora en el proceso penal.

La razón de fondo del referido movimiento pendular quizá deba buscarse en una modificación del centro de atención tanto del legislador como de los diversos operadores jurídicos y judiciales a la que no ha sido ajena la intervención de los medios de comunicación social. En su virtud, una vez conseguida la primera meta, alcanzada la definición y garantía de los derechos del imputado, sin que quede ya vestigio de que el proceso penal depende en modo alguno de la voluntad del ofendido —y eventualmente del perjudicado—, objetivado absolutamente el procedimiento que conduce a la aplicación de la sanción penal, nada obsta a mirar de nuevo a la víctima, para descubrir que en dicho proceso objetivador ha sido abandonada, victimizada institucionalmente, y debe ser nuevamente considerada.

⁷ En virtud del art. 108 Lecrim el Ministerio Fiscal ha de entablar la acción civil junto a la penal, salvo que el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización.

Al margen de las referidas consideraciones generales sobre este cambio de orientación, cuya exposición excedería en mucho las pretensiones de este trabajo, descendiendo algún nivel puede afirmarse que las modificaciones operadas en nuestro derecho interno obedecen, de modo más o menos consciente, tanto a la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal, de 28 de junio de 1985, como mucho más recientemente, a la Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI).

En el primero de estos instrumentos, partiendo de la consideración de que función fundamental de la justicia penal debe ser responder a las necesidades de la víctima y favorecer sus intereses, se recomienda a los estados miembros que revisen su legislación y su práctica tanto en la formación como en la información que deberían facilitar los funcionarios de policía, en la persecución del delito, en la forma de producirse el interrogatorio de la víctima-testigo, en la información que se le debe facilitar acerca del juicio y en el papel que debe tener la reparación del delito en el sistema de justicia penal, así como en aquellas medidas que deben arbitrarse para proteger la vida privada de la misma y su propia persona frente a determinados tipos de criminalidad⁸. En la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, adoptada en desarrollo de los arts. 31 y 34.2.b) del Tratado de la Unión Europea, y dictada con la finalidad de armonizar las legislaciones de los estados miembros en lo atinente al estatuto y a los principales derechos de la víctima, se adoptan disposiciones que pretenden tratar las necesidades de la víctima de forma integrada, evitando soluciones parciales y, por tanto, sin limitarse a atender los intereses de la víctima en el proceso penal en el sentido estricto, aunque los regule pormenorizadamente, pues incide también en la previsión de algunas medidas asistenciales prestadas a las víctimas antes o después del proceso penal cuyo objetivo es paliar los efectos del delito. En tal sentido, junto a previsiones estrechamente ligadas a la intervención de la víctima en el proceso penal, tales como la forma de prestar testimonio, los extremos sobre los que tiene derecho a recibir información, las garantías de comunicación, la asistencia jurídica que eventualmente se le pueda prestar, e incluso la mediación en el seno del proceso penal, se regulan cuestiones como el derecho a percibir indemnización, los derechos de protección de las víctimas o el fomento de la intervención de servicios de

⁸ Vid. más ampliamente sobre el contenido de dicha Recomendación, LANDROVE DÍAZ: *Victimología*, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

apoyo a la víctima así como la formación de personas que intervienen en las actuaciones o que tienen otro tipo de contacto con la víctima.

Fruto de dichas iniciativas, esencialmente de la primera de ellas, en nuestro ordenamiento patrio han surgido empresas legislativas en las que, lejos de pretenderse una protección integral de la víctima, se han atendido aspectos concretos relacionados fundamentalmente con la victimización secundaria, articuladas bien a través de la adopción de una norma *ad hoc*, bien aprovechando la confección de una norma procesal penal e incluso sustantiva de diverso calado que haya servido para introducir alguna disposición tuitiva de las víctimas. En este orden de consideraciones, al margen de las disposiciones existentes en nuestro país enderezadas a regular y dotar de contenido los derechos indemnizatorios de las víctimas⁹, la primera de las normas dirigidas a compensar y minimizar los efectos de la victimización secundaria lo es la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. En ella se trata de armonizar los derechos de éstos y sus familiares con el necesario respeto del derecho a un proceso con todas las garantías. Con tal finalidad, como se advierte en la exposición de motivos, se confiere al Juez o Tribunal la facultad de apreciar racionalmente el grado de riesgo para la persona, libertad o bienes de las personas comprendidas en la Ley y la ponderación de los bienes jurídicos protegidos. Para la protección de los testigos, acerca de cuyas características personales la Ley no hace distinciones, las medidas previstas tienden a preservar su anonimato, así como a evitar su identificación visual y el acceso a datos personales o que permitan su localización por parte de terceros ajenos a la Administración de justicia, así como la facilitación de protección policial¹⁰. Sin embargo, la referida nor-

⁹ Los antecedentes internacionales del movimiento asistencial mediante programas de indemnización pública a las víctimas deben buscarse, a diferencia de las medidas tuitivas de la víctima en el procedimiento penal, en el Convenio 116, del Consejo de Europa, suscrito en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983, sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos, que estableció las exigencias mínimas que debían ser tenidas en cuenta en la formulación de los diversos programas nacionales. En España, además de la normativa específica sobre indemnización a las víctimas de delitos terroristas, la tendencia internacional a establecer programas de indemnización pública a las víctimas de determinados delitos llega de forma algo tardía, con la aprobación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos dolosos y violentos y contra la libertad sexual.

¹⁰ Sobre las medidas de protección previstas vid., por todos, FUENTES SORIANO: *La LO 19/1994 de protección de los testigos y peritos en causas criminales*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1996, núm. 1, pp. 139 y ss.; CARTAGENA PASTOR: «Protección de testigos en causas criminales: la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre», en *Boletín de Información*

ma confunde dos tipos de declaraciones claramente diferenciadas, cuales son el testimonio oculto y el anónimo¹¹, puesto que en ella se prevén, de un lado, en su art. 2 b) medidas tendentes únicamente a ocultar al testigo cuya identidad es conocida por el imputado, cuando junto a estas previsiones contiene otras en las que se trata de preservar la identidad del testigo, que devendrá, por tanto, testigo anónimo, con la consiguiente posibilidad de afrenta a los derechos constitucionalmente reconocidos al imputado¹².

Con posterioridad, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos dolosos y violentos y contra la libertad sexual, si bien fundamentalmente se dedica a instaurar un sistema de ayudas públicas de contenido económico a las víctimas de delitos violentos, dedica su capítulo II al establecimiento de medidas de carácter asistencial a las víctimas de todo tipo de delito, como el mandato al ejecutivo en punto a la implementación de las oficinas de asistencia a las víctimas. Sin embargo, en lo que aquí concierne, se regulan en el art. 15 de la referida norma los deberes de información de los operadores jurídicos para con la víctima, con la consiguiente reducción de la victimización secundaria. En este sentido, se establece la obligación por parte tanto de miembros de la carrera judicial, como de la Fiscal y demás autoridades y funcionarios intervinientes que intervengan por razón de su cargo en la investigación de los delitos que dan lugar a las indemnizaciones previstas en esta ley, de informar a las presuntas víctimas sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas que incluye. Asimismo se recoge la obligación de informar a las víctimas de toda clase de delitos acerca del curso de las investigaciones, salvo que con ello se ponga en peligro su resultado, y del deber de informar a la víctima, en el mismo momento de efectuar la denuncia o en su primera comparecencia

del Ministerio de Justicia e Interior, 1995, núm. 1758, pp. 79 y ss.; FIDALGO GALLARDO: *Los testigos en el proceso penal: derechos y obligaciones*, op. cit., pp. 12 y ss.; ARAGONESSES MARTÍNEZ: *Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1995, núm. 2, pp. 433 y ss.; GIMÉNEZ GARCÍA: *El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral*, en *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones*, CGPJ, 1996, pp. 183 y ss.

¹¹ Acerca de la distinción entre ambos tipos de testimonio, vid., entre otros, FUENTES SORIANO, o.u.c., pp. 140-141; CARTAGENA PASTOR, o.u.c., p. 9; ARAGONESSES MARTÍNEZ, o.u.c., pp. 436-437.

¹² El TEDH, entre otros, en los casos Kotouski (STEDH 20 de noviembre de 1989) y Windisch (STEDH de 27 de septiembre de 1990) ha estimado contrario a las exigencias del art. 6.3. d) CEDH la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, al impedir la contradicción el desconocimiento de la identidad del declarante. En semejante sentido, la STC 64/1994 (RTC 1994, 64) afirma que la declaración del testimonio anónimo es contraria al referido precepto del CEDH, al privar al acusado de la posibilidad de contradecir, lo que no sucede con el testimonio oculto.

ante el órgano competente, acerca de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de obtener el beneficio de justicia gratuita, así como de la fecha y el lugar de celebración del juicio correspondiente, debiendo serle igualmente notificada personalmente la resolución que recaiga, aun cuando no sea parte en el correspondiente proceso. A los deberes de información consignados en el art. 15, el número tercero del precepto añade la obligación de que el interrogatorio de la víctima se haga en cualquier fase del procedimiento con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

Uno de los ámbitos sectoriales de la criminalidad que más ha inspirado al legislador en los últimos años con la consiguiente producción de normativa penal procesal y sustantiva ha sido el de la violencia familiar. Sobre la base de la protección integral de las víctimas de este tipo de criminalidad, las sucesivas normas de reforma han introducido una serie de disposiciones en la ley rituarial jurídico-penal que en ocasiones contribuyen a minimizar la victimización secundaria de víctimas que incluso pueden serlo de cualquier tipo de delitos. En este sentido, a través de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, además de introducirse una nueva medida cautelar que permite el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, que puede adoptarse ya desde las primeras diligencias¹³, se positiviza un deber de comunicación para con las víctimas de estos delitos¹⁴. Sin embargo, desde el punto de vista de la disminución de la victimización secundaria, quizá la modificación de mayor calado es la introducida en los arts. 448, 455, 707 y 713 Lecrim, permitiendo que la

¹³ Tal finalidad, manifestada en la Exposición de motivos de la referida ley, explica la introducción del art. 544 bis Lecrim, en que se prevé el contenido de la medida cautelar, que puede adoptarse en caso de investigación de un delito de los contenidos en el art. 57 CP, aclarando, en el art. 13 Lecrim según redactado introducido por la misma reforma, que la mencionada medida cautelar puede adoptarse desde las primeras diligencias. El último párrafo del art. 544 bis Lecrim ha sido, sin embargo, modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código penal, en el sentido de que el incumplimiento de la medida cautelar de lugar a la convocatoria, por parte del Juez o Tribunal, de la comparencia regulada en el art. 505 Lecrim, a efectos de adoptar la prisión provisional, la orden de protección del art. 544 ter Lecrim u otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal.

¹⁴ En concreto, se introduce un último párrafo al art. 109 Lecrim en virtud del cual en los procesos seguidos por los delitos comprendidos en el art. 57 CP el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

práctica de la prueba testifical anticipada o realizada en el acto del juicio oral del testigo menor se efectúe evitando la confrontación visual de éste con el inculpado siempre previo el correspondiente informe pericial cuando se acuerde en resolución motivada, de la misma forma que se establece la prohibición de practicar careos con testigos que sean menores de edad, salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial.

Abundando en este ámbito de la criminalidad violenta, con la clara idea de dotar a la víctima de violencia familiar de un estatuto integral protector se aprueba la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica. Según reza la exposición de motivos de la misma, su aprobación se justifica por ser necesaria una acción integral y coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor cuanto las medidas protectoras de carácter civil y social para con la víctima. Con la finalidad de acordar en una única resolución judicial a adoptar por el Juez de instrucción en funciones de guardia las medidas penales, orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos por parte del agresor, junto a aquellas de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad, al decir de la propia exposición, se introduce un nuevo artículo 544 ter a la Lecrim en que se regula la denominada orden de protección, que puede adoptarse desde las primeras diligencias, tal como establece el art. 13 Lecrim nuevamente modificado por esta Ley¹⁵. En relación con esta modificación, la idea de protección integral de la víctima de la violencia de género constituye la razón que explica la elaboración del proyecto de Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, que ha sido ya aprobado por el Senado¹⁶. Sin

¹⁵ Acerca de las previsiones aplicativas, contenido de la orden y cuestiones de implementación de la referida orden vid. MAGRO SERVET: *La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, en *La Ley* 2003-3, pp. 1853 y ss., quien justifica su previsión como proposición de Ley sobre la base de que la LO 14/1999 no tuvo el efecto esperado, previéndose con la nueva norma un estatuto integral de protección de la víctima; MAGRO SERVET: *Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica*, en *La Ley*, 2003-5, pp. 1988 y ss.; CEREZO GARCÍA-VERDUGO: «La orden de protección a las víctimas de violencia doméstica», en *La Ley*, 2003-5, pp. 1613 y ss., quien pone de manifiesto que, en caso de que la iniciativa en punto a dictar la orden sea impulsada de oficio no podrán adoptarse más que las medidas de carácter penal, no las de otra naturaleza.

¹⁶ Según refiere la Exposición de motivos del mencionado proyecto, el mismo se erige en instrumento jurídico necesario para acometer el tratamiento de la violencia de género en su integridad, habida cuenta de que hasta el momento en Derecho

embargo, a pesar su supuesta complitud, el referido proyecto no contiene previsiones claramente orientadas a la reducción de la victimización secundaria de las víctimas de la violencia de género al margen de las que propias de la orden de protección, que incorpora sin modificación¹⁷, y que, junto a la posibilidad de adoptar medidas de naturaleza penal, civil y asistencial, incorpora el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas, además de sobre la situación penitenciaria del agresor.

Finalmente, es en la reforma introducida en la Lecrim por obra de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, y de la Ley orgánica 8/2002, de 24 de octubre, mediante las que se regula como procedimiento especial el denominado juicio rápido además modificarse la regulación del procedimiento abreviado, en que puede decirse que la condición de víctima alcanza relevancia autónoma en el procedimiento penal, especialmente en el abreviado, positivándose a un nivel general sus derechos, hasta el punto de poder comenzar a hablar de la previsión legal de un estatuto procesal de las víctimas¹⁸. Los preceptos tuitivos de los intereses de las víctimas introducidos por las mencionadas normas en el procedimiento penal, además de encomendar al Ministerio Fiscal el deber de velar por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito¹⁹, fundamentalmente hacen referencia a la obligación predicada respecto de determinados operadores de informar a las víctimas de sus derechos, a la obliga-

español han existido únicamente respuestas parciales, con textos dispersos que inciden en los ámbitos civiles, penales, sociales o educativos a través de sus respectivas normativas, sin un enfoque global, a pesar de las recomendaciones de los organismos internacionales. Vid. BOCG, Congreso, 1 julio 2004, Serie A, núm. 2-1.

¹⁷ De conformidad con el art. 50 Proyecto, la orden de protección continúa teniendo el contenido que actualmente prevé el art. 544 Lecrim, que no se ve modificado, si bien su adopción puede ser resuelta por el Juez de Violencia sobre la Mujer, que hará las veces de Juez Instructor en los procesos por los delitos y faltas contra determinadas personas relacionados en el art. 37.1 del Proyecto, o por el Juez de Guardia según los casos.

¹⁸ En este sentido, MAGRO SERVET: *La víctima del delito en la nueva ley de juicios rápidos*, en *La Ley*, 2002-6, p. 1620, concluye su análisis al respecto con las siguientes palabras «Hasta ahora podemos decir que la víctima era la gran olvidada de nuestro proceso penal, pero ahora debemos hacer notar que se da un verdadero salto cualitativo a la hora de poner el acento en un mejor tratamiento por la Administración de la posición de la víctima del delito, evitando una victimización secundaria que podría sufrir si no se le diera ese tratamiento especial que requiere quien ha sufrido un ataque a su integridad personal o en sus bienes».

¹⁹ Dicho cometido se impone al Fiscal en el art. 773.1 Lecrim, en recordatorio de lo que se deduce de la misión constitucional encomendada a éste por el art. 124.1 CE y en coherencia con lo ya establecido en el art. 3 del propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

ción de notificar a las víctimas determinadas resoluciones, así como a las posibilidades de personación de la víctima en el proceso²⁰. Por cuanto se refiere a la primera de estas cuestiones, esto es, al establecimiento de la obligación de informar a las víctimas acerca de sus derechos, ésta se contempla en dos diversos momentos por parte de dos diversos obligados. En primer lugar, según establece el art. 771.1.^a Lecrim, la policía judicial viene obligada a practicar lo que se ha denominado ofrecimiento policial de acciones, esto es, a cumplir con los deberes de información a las víctimas previstos en la legislación vigente en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención, si la hubiere. Dicha información, que debe efectuarse por escrito, versará sobre los contenidos en los arts. 109 y 110 Lecrim tanto para ofendido como para perjudicado, instruyendo al ofendido de su derecho a mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela, así como el derecho de ofendido y perjudicado de instar el nombramiento de abogado de oficio en caso de poder optar a la asistencia jurídica gratuita, así como su derecho a tomar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga una vez personados en la causa, completado con la información de que si no se personan en ella y no hacen renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercerá si corresponde²¹. En segundo lugar, el art. 776.1 Lecrim, que ha sido nuevamente modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, prevé, ya en instrucción, en la primera comparecencia ante el Juez de Instrucción, la obligación de información por parte del Secretario Judicial, en los términos previstos en los arts. 109 y 110 Lecrim, de todos los derechos antes mencionados²². Dicho precepto preveía antes de la última modificación referenciada que debía procederse a la instrucción de derechos en todo caso, aun cuando previamente lo hubiera hecho la policía judicial; sin embargo, había sido interpretado por la Circular 1/2003 de la FGE en el sentido de no efectuar citación a la víctima a los solos efectos

²⁰ De esta forma agrupa la Circular 1/2003, de 10 de abril, de la Fiscalía General del Estado, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, las reformas introducidas a la Lecrim por las referidas normas.

²¹ Acerca del ofrecimiento policial de acciones, vid. MIRANDA ESTAMPRES: en GARCÍA ALBERO (Coord.) *et al.*: *La reforma del proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 199 y ss.; PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Coord.): *Las reformas del procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas (análisis de las modificaciones introducidas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal por L.O. 8/2002, L.O. 9/2002 y L. 38/2002)*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 63; CONDE-PUMPIDO TOURON/GARBERÍ LLOBREGAT: *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 417 y ss.; FERNÁNDEZ FUSTES: *La intervención de la víctima en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 190 y ss.

²² Acerca del contenido del precepto vid., por todos, GRINDA GONZÁLEZ, en GARCÍA ALBERO (Coord.) *et al.*, o.u.c., pp. 278 y ss.; CONDE-PUMPIDO TOURON/GARBERÍ LLOBREGAT, o.u.c., pp. 473 y ss.; FERNÁNDEZ FUSTES, *ibidem*.

de informarle de sus derechos si ya lo había sido por la policía judicial, limitando la citación y eventual información a los supuestos en que su testimonio pueda aportar datos relevantes para la instrucción de la causa que no consten en el atestado. La voluntad de aclarar que esta segunda instrucción judicial de derecho lo es en defecto de la policial, al objeto de evitar innecesarias citaciones a las víctimas, es lo que ha generado la pronta modificación de este precepto. De la misma forma, para los juicios rápidos, aun cuando el art. 796.4.º Lecrim guarde silencio sobre la obligación de la policía judicial de informar a los ofendidos y perjudicados de sus derechos en el momento de citarlos para que comparezcan en el Juzgado de Guardia, la obligación de información puede considerarse subsistente, pues la regulación del procedimiento abreviado es de aplicación supletoria²³.

En cuanto a la obligación de notificar a las víctimas la adopción de determinadas resoluciones, se impone la obligación al Juez de Instrucción en el art. 779.1.1.ª de notificar el sobreseimiento de las diligencias previas a quienes éste pudiera causar perjuicio, se entiende que a los que hayan aparecido en éstas como ofendidos o perjudicados y no se hayan personado en la causa, abundando en el deber de información a las víctimas de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad introducido por la LO 14/99 en el art. 109 Lecrim para las víctimas de los delitos contemplados en el art. 57 CP, también relacionado con el deber de información sobre la situación procesal del imputado que contempla el art. 544 ter Lecrim al regular la denominada orden de protección²⁴. También con la finalidad de permitir la personación, en un plazo máximo de quince días, y la prosecución de la causa, se prevé en el art. 782.2.a) Lecrim para el procedimiento abreviado, el necesario emplazamiento a los ofendidos o perjudicados conocidos y no personados tras la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal siempre que no se haya personado acusador particular dispuesto a sostener la acusación²⁵. Además de tales obligaciones de notificación, la actual redacción de los arts. 785.3, 789.4, 791.2 y 792.4 Lecrim menciona el deber que tienen los órganos judiciales de informar a las víctimas, aunque no se hayan mostrado parte en el proceso, de la fecha y hora del juicio así como de notificarles

²³ De esta opinión, MIRANDA ESTAMPRES, en GARCÍA ALBERO (coord.) *et al.*, o.u.c., p. 495.

²⁴ Ampliamente sobre dicha disposición vid. HERNÁNDEZ GARCÍA, en GARCÍA ALBERO (Coord.) *et al.*, o.u.c., pp. 312 y ss.

²⁵ La homóloga a este precepto en el Juicio rápido es la disposición contenida en el art. 800.5 Lecrim para el supuesto en que el Ministerio Fiscal no presente su escrito de acusación en plazo. Al respecto vid. MAGRO SERVET: *La víctima del delito en la nueva ley de juicios rápidos*, *op. cit.*, pp. 1816 y 1817.

la resolución que en este recaiga, en primera y segunda instancia, reproduciendo la obligación que ya antes había juridificado en nuestro derecho interno el art. 15.4 de la Ley de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos dolosos y violentos y contra la libertad sexual.

Para concluir, junto a la posibilidad anticipar la práctica de la prueba testifical en algunos supuestos, a los que más adelante se hará referencia, el tercero de los campos minimizadores de la victimización secundaria en que incide la referida reforma de la Lecrim tiene que ver con las posibilidades de personación de la víctima en el procedimiento penal. En este sentido, el nuevo art. 761 Lecrim reproduce el contenido del anterior art. 783 Lecrim, en el sentido de permitir en el procedimiento abreviado la personación de ofendido y perjudicado en la causa como parte sin necesidad de formular querrela. Al respecto, más allá de que la inclusión de dicha previsión en un precepto distinto al que antes la contenía se debe únicamente a razones de sistematización al incluir un nuevo tipo de proceso en la Ley ritualaria, la posibilidad de dicha personación continúa alcanzando también al perjudicado, a pesar de que la dicción de los arts. 771.1 y 776 Lecrim pudiera hacer pensar que tras la reforma dicha posibilidad queda circunscrita al ofendido²⁶.

3. Testimonio de la víctima menor de edad y victimización secundaria: reformas procesales introducidas en los últimos años

3.1. Testimonio de la víctima menor de edad y victimización secundaria

Si el contacto de la víctima con el sistema legal genera a ésta una serie de efectos negativos que reciben la denominación conjunta de victimización secundaria, los efectos nocivos del contacto de la víctima con las instancias judiciales pueden alcanzar su máxima expresión cuando ésta es llamada a declarar como testigo. Puesto que

²⁶ De esta opinión GARCÍA ALBERO, en GARCÍA ALBERO (Coord.) *et al.*: *La reforma en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 54 y ss., pues aun cuando el art. 771.1 Lecrim, al enumerar los deberes de información de la policía judicial se refiere a esta posibilidad de personación únicamente en relación con el ofendido, el autor razona que una cosa es el reconocimiento de un derecho —también al perjudicado— y otra distinta el contenido del deber de información sobre algunos derechos por parte de la policía. Llegan a semejante conclusión, CONDE PUMPIDO/GARBERÍ LLOBREGAT: *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas*, t. I, *op. cit.*, p. 418.

jurisprudencialmente se reconoce al testimonio de la víctima el valor de prueba de cargo bastante al objeto de enervar el principio constitucional de presunción de inocencia dado el cumplimiento de determinados requisitos, no es extraño que la evacuación de la declaración por parte de ésta constituya un momento propicio tanto para que la propia víctima se sienta intimidada por el hecho de tener que depone frente al Juez o Tribunal en determinadas circunstancias situacionales, como para que la asistencia letrada del imputado o acusado, en legítimo ejercicio de su derecho de defensa, intente hacer dudar a quien debe decidir sobre la verosimilitud del testimonio justo en aquel momento.

Como reiteradamente ha manifestado el Tribunal Supremo, haciéndose en esto eco de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional²⁷, en determinados delitos para cuya ejecución se busca o se aprovecha un marco de clandestinidad, como los delitos contra la libertad sexual, la declaración prestada por la víctima, que se considera prueba testifical cuando es prestada con las debidas garantías, es la única prueba con la que se cuenta. En tales supuestos, se admite la posibilidad de destruir la presunción constitucional de inocencia únicamente sobre la base de dicha prueba cuando concurren tres requisitos, cuales son la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud y la persistencia de la incriminación²⁸. Por mor del primero de los requisitos antedichos, en el supuesto de autos el tribunal debe cerciorarse de que no existan relaciones acusador/acusado que puedan conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Para entender cumplida la exigencia de verosimilitud se considera generalmente que el testimonio debe estar dotado de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que lo doten de aptitud probatoria, de manera que avalen lo que no es propiamente una declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso, sino una declaración de parte; esto es, debe existir 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. Finalmente, el tercero de los requisitos hace referencia a que la in-

²⁷ Vid. , entre otras, Ss TC 201/1989, de 30 de noviembre, (RTC 1989, 201); 173/1990, de 12 de noviembre, (RTC 1990, 173); 64/1994, de 28 de febrero, (RTC 1994, 64).

²⁸ Al respecto vid., por todas, Ss TS 28 septiembre 1988 (RJ 1988, 7070), 26 mayo 1992 (RJ 1992, 4487), 11 octubre 1995 (RJ 1995, 7852), 15 abril 1996 (RJ 1996, 3701). Más recientemente, entre otras, STS 25 mayo 2004 (RJ 2004, 3794).

criminación debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, para con ello garantizar la posibilidad de contradicción del acusado, al considerar que siendo esa la única prueba enervadora de la presunción constitucional, prácticamente la única manera de evitar la indefensión es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve las contradicciones que cuestionen su veracidad.

Tenemos, pues, que la trascendencia de que se ha dotado a la declaración de la víctima, incluso la prestada por menores de edad, su fortaleza como prueba de cargo, constituye al mismo tiempo su punto débil, uno de los aspectos que debe ser objeto de una mayor incidencia legal en cuanto a su práctica si se quiere evitar la tan temida victimización secundaria. De lo que se tratará, pues, en las siguientes líneas es de analizar si, tal como se ha predicado en el apartado precedente, también en este concreto aspecto nos hallamos frente a un redescubrimiento de la víctima, esto es, de si en el diseño de la práctica de la prueba testifical el legislador ha tenido en cuenta las especialidades de la víctima, más específicamente de la víctima menor de edad, y contando con que lo haya hecho, hasta qué punto las ha tenido suficientemente en consideración, y si todavía queda algo que pueda hacerse.

Para comenzar con este cometido puede decirse que en la ley riuaria, hasta el momento, no se ha atendido a la condición de víctima de un declarante para establecer un régimen probatorio específico. Es decir, la víctima, y también la víctima menor de edad, son llamados a declarar y declaran en cualquiera de las fases del procedimiento como un testigo más, a pesar de que se hayan levantado voces en la doctrina proclives a la previsión de un régimen específico en la declaración de la víctima²⁹, a imagen de lo que sucede con el imputado o acusado. Siendo eso así en nuestro derecho patrio, sin embargo, en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio de 1985 ya se recogía que el interrogatorio a la víctima sería realizado en todas las fases del procedimiento con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad, añadiéndose que en la medida de lo posible y en los casos apropiados, los niños y los enfermos o minusválidos mentales debían ser interrogados en presencia de sus padres, o del tutor o de cualquier persona cualificada para asistirles.

Hasta la reforma operada en la Lecrim por obra de la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995, en materia

²⁹ De esta opinión, entre otros, ARAGONESES MARTÍNEZ: *Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección*, op. cit., pp. 425 y 433; FERNÁNDEZ FUSTES: *La intervención de la víctima en el proceso penal*, op. cit., p. 281.

de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los mecanismos previstos en nuestra ley ritaria para salvaguardar el bienestar de la víctima-testigo eran escasos³⁰. Más allá de las exenciones del deber de prestar declaración a los testigos reguladas en los arts. 416, 417 y 707 Lecrim³¹, que ninguna especialidad contemplaban para el supuesto de menores de edad, no se establecía en la referida norma ningún tipo de cautela para aquellos casos en que efectivamente se producía la declaración del menor. Con ello tenemos que en la mayoría de supuestos su declaración debía producirse, cuanto menos desde un punto de vista normativo, en las mismas condiciones que la prestada por un mayor de edad. Al margen de las exenciones del deber de declarar, que al decir del Tribunal Supremo únicamente podían ser aducidas en defensa del reo, no del testigo, los únicos supuestos en que se permitía la ausencia de contacto visual entre el testigo y el imputado eran los contemplados en los arts. 687 Lecrim y 232 LOPJ³². Sin embargo, ninguno de ellos atendía a las particularidades del testigo menor de edad, pues el primero faculta al Tribunal para expulsar al acusado de la Sala cuando su conducta altere el orden, mientras el segundo prevé la posibilidad de limitar la publicidad de las actuaciones por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades.

3.2. *Reformas introducidas por la LO 14/1999 en el testimonio de menores de edad*

Como se ha indicado, hasta las modificaciones introducidas por la LO 14/1999, de 9 de junio, la protección de testigo menor pasaba, al igual que la de cualquier otro testigo, por la aplicación de la de la

³⁰ Al respecto vid. TAMARIT SUMALLA/VILLACAMPA ESTIARTE, en TAMARIT SUMALLA: *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2.^a edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 132 y ss.

³¹ En éstos se exime de declarar, entre otros, a los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendiente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales referenciados en el art. 261.3 Lecrim, esto es, los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre que los haya reconocido, y la madre y el padre en los mismos casos. Asimismo, también se exime de declarar a los incapacitados física y moralmente, sin que la edad del testigo implique necesariamente incapacidad.

³² En tal sentido cfr. STS 20 febrero 1989 (RJ 1989, 1609). Una exposición crítica de la fundamentación contenida en ésta efectúan MÁRQUEZ DE PRADO/MARTÍNEZ ARIETA: «Validez de la prueba testifical en ausencia del procesado», en *Poder Judicial*, 2.^a época, 1991, núm. 21, pp. 117 y ss.

LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, que como se ha indicado confunde los conceptos de testigo anónimo y oculto, y resultaba de escasa aplicabilidad a testigos, eventualmente víctimas, menores que depusieran en procedimientos en que se conociera su identidad y en que el peligro para el adecuado desarrollo del menor tuviera que ver con el impacto psicológico que pudiera producirle la sala de vistas o la confrontación con el imputado o acusado³³. En este contexto normativo, en cumplimiento de lo que establece la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1985 y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección del menor³⁴, aunque también por influjo de la Acción Común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, adoptada por el Consejo de la Unión Europea de 24 de febrero de 1997³⁵, se modifica la práctica de la prueba testifical y de la diligencia de careo en los términos antes apuntados. Esto es, en lo que concierne a la prueba testifical, introduciendo tanto en el art. 448, que regula la prueba testifical anticipada, como en el art. 707 Lecrim, entre los preceptos que regulan su práctica en el juicio oral, la posibilidad de que el Juez, mediante resolución motivada y previa la emisión del correspondiente informe pericial, pueda acordar que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, mediante la utilización de cualquier medio técnico o audiovisual³⁶.

³³ Por dichas razones no se puede compartir la opinión de quienes sostienen la innecesariedad de las reformas introducidas en la práctica de la prueba testifical por testigos —eventualmente víctimas— menores cuando introduce posibilidades ya previstas en la Ley de protección de testigos y peritos en causas criminales. Se sostiene implícitamente esta opinión en MORENO CATENA (Dir.) *et al.*: *El Proceso Penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, vol. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 2179.

³⁴ Según el art. 8 de la referida norma «en los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad».

³⁵ En el art. F. a), del Título II, de la referida Acción Común, adoptada sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, se establece que los estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar la adecuada protección de los testigos que faciliten información sobre infracciones relacionadas con la trata de seres humanos y la explotación sexual y abusos sexuales cometidos con niños. Además, el documento contiene compromisos protectores de la víctima, tales como la garantía de asistencia adecuada a la misma, el derecho a la información sobre el estado de las investigaciones a las familias de los niños víctimas de este tipo de conductas, y otras de carácter más claramente asistencial.

³⁶ Con la referida reforma, se añade un último párrafo al art. 448 Lecrim en virtud del cual «cuando el testigo sea menor de edad, el juez atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible

Sin embargo, las previsiones contenidas en la referida reforma en relación con el testigo —eventualmente víctima— menor, ni situaban en el momento de ser introducidas a nuestro país entre los pioneros en la evitación de la victimización procesal a menores víctimas, habida cuenta de las disposiciones procesales propias de otros países occidentales³⁷, ni se hallaba exenta de problemas interpretativos. En relación con esta segunda cuestión, ya en el momento de la introducción de tales preceptos, el laconismo de que adolecía la nueva regulación abría tantos interrogantes como posibilidades³⁸, puesto que se limitaba a admitir que la práctica del testimonio se hiciera evitando la confrontación visual del menor con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de la prueba. De tal modo, la evitación de la confrontación visual podía conseguirse hallándose ambos en la Sala de vistas, aunque introduciendo algún elemento que evitase que la víctima-testigo entrase en el campo de visión del acusado³⁹. También podría conseguirse porque o bien el testigo o bien el acusado se hallasen fuera de la Sala de vistas

la práctica de esta prueba. Asimismo, se añade un segundo párrafo al art. 707 Lecrim por mor del cual «cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba».

³⁷ Así, la StPO alemana, junto a la posibilidad de que al testigo menor de 16 años se le formularan únicamente aquellas cuestiones que no fueran perjudiciales para su bienestar, admitía ya la posibilidad de que el Tribunal acordase la salida del acusado de la Sala de vistas durante el interrogatorio del testigo, o que éste depusiera fuera de la Sala de vistas, así como la posibilidad de validar como prueba la lectura de declaraciones prestadas en la fase de instrucción que, en el caso de los testigos menores de 16 años en procesos por delitos contra la libertad sexual, se concreta en la posibilidad de sustituir la declaración en el plenario por la emitida en fase de instrucción y registrada en soporte audiovisual —vid. pfos. 241 a), 247, 251 y 255 a) StPO. En semejantes términos, en Italia, tanto la Ley de 15 de febrero de 1996, de «Norme contro la violenza sessuale», como la Ley de 3 de agosto de 1998 introdujeron modificaciones a los arts. 398 y 498 CPrP que permitían la práctica de testifical de menores fuera de la sede del Tribunal o con un sistema de espejo unido a la instalación de un interfono. Así también, a nivel federal, el US Code, en el cap. 223 de su título 18 («*Witness and Evidence*») permitía que el testimonio del menor fuera prestado el día de la vista en una sala contigua a aquella en que se celebraban las sesiones del juicio o que, según los casos fuera prestada con anterioridad, a presencia del acusado, y grabada en vídeo para ser reproducida en el acto de la vista. Más pormenorizadamente sobre tales cuestiones, vid. TAMARIT SUMALLA/VILLACAMPA ESTIARTE, en TAMARIT SUMALLA: *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, op. cit., pp.138-141.

³⁸ Ampliamente sobre dichas cuestiones, TAMARIT SUMALLA/VILLACAMPA ESTIARTE, o.u.c., pp. 142 y ss.

³⁹ En este sentido se interpreta el precepto —art. 707 Lecrim— en el Auto TS 12 septiembre 2002 (RJ 2002, 216580), que se refiere a la legalidad en relación con la colocación de un biombo entre acusado y víctima en la declaración de un menor en un proceso por delito contra la libertad sexual.

durante el momento de la declaración, o bien finalmente porque el testigo hubiese declarado con anterioridad, se hubiese grabado su declaración, prestada con todas las garantías, y ésta se hubiera visionado en el acto del juicio, en aplicación de lo que previene el art. 730 Lecrim.

Ya en el momento de introducirse la referida modificación a la Ley rituarial, en el supuesto en que el testigo-víctima se hallase fuera de la Sala de vistas, por ejemplo, en una habitación contigua, y prestase declaración con un sistema de interfono, o, hallándose fuera de la propia sede del Tribunal, prestase declaración a través de un circuito cerrado de televisión o de televisión por cable, podríamos hallarnos, en caso de que el mismo no entrase en el campo visual del acusado, frente a un supuesto de testigo oculto. Sin embargo, existen pronunciamientos de nuestra jurisprudencia constitucional en virtud de los cuales se clarifica que el art. 6.3.d) CEDH únicamente se infringe en los casos de total anonimato del testigo o de imposibilidad de efectuar interrogatorio contradictorio, lo que no sucede si meramente se instalan en la sala de vistas sistemas de ocultación del testigo a fin de que éste no pueda ser visto ni increpado por el acusado, pero sí interrogado por su abogado defensor, de la misma forma que los supuestos en que la víctima declara fuera de la Sala de vistas, sea su imagen vista o no por el acusado, en tanto se garantice que el Tribunal pueda ver la declaración y se asegure a la defensa la posibilidad de interrogar al testigo, puesto que los principios de oralidad, intermediación, contradicción e igualdad de armas no tienen porqué verse comprometidos si se adoptan las cautelas oportunas.

En cuanto a la posibilidad de evitar la confrontación visual hallándose el testigo en la Sala de vistas y el acusado fuera de la misma, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones afirmando la necesidad de que los testimonios inculpatorios de los testigos de cargo sean efectuados en audiencia pública ante la presencia del imputado y su abogado, aun cuando admite la posibilidad de oír a los testigos en ausencia del acusado excepcionalmente en los supuestos previstos en los arts. 687 Lecrim y 232.2.º LOPJ. Ciertamente, el derecho reconocido al acusado en el art. 6.3.d) CEDH a interrogar o hacer interrogar a los testigos se hace efectivo en nuestro procedimiento penal a través de una defensa técnica, que es la que interroga, y su derecho a la presencia en el acto del juicio podría verse limitado cuando lo aconsejen excepcionales razones en garantía de derechos y libertades de terceros⁴⁰, entre las que pueden

⁴⁰ ASÍ MÁRQUEZ DE PRADO/MARTÍNEZ ARRIETA: *Validez de la prueba testifical en ausencia del procesado*, op. cit., pp. 122 y ss., para quienes con esta medida no se restringe el derecho de defensa, ni el principio de contradicción efectiva, sino una faceta

estar los intereses de los menores. De ahí que podría afirmarse la admisibilidad de dicha medida, bien garantizando la contradicción al permitir al acusado que siga en directo la declaración desde el lugar anejo en que se encuentre, mediante el uso, por ejemplo, de un circuito cerrado de televisión o cualquier artificio técnico que permita la escucha y asegurando su contacto directo con la defensa, bien si eso no es posible, una vez reintegrado a Sala tras la declaración del menor, leyéndole el contenido de la declaración y exponiéndole lo ocurrido en su ausencia.

Finalmente, la posibilidad de práctica anticipada de la testifical del menor víctima, bien durante la instrucción, bien en fase intermedia e incluso de juicio oral en un momento anterior al acto de la vista, planteaba ya en el momento de la modificación operada por LO 14/1999 el problema de su compatibilidad con la doctrina de la prueba anticipada, con la interpretación que de sus requisitos ha efectuado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como su posible contradicción con el tenor del art. 730 Lecrim. Dichos escollos hacían ya en aquel momento difícilmente imaginable la posibilidad de sustituir la declaración del menor en el acto de la vista por la prestada con carácter anterior, practicada con todas las garantías, y convenientemente grabada en un soporte que permitiera la reproducción de imagen y sonido en el acto de la vista, aun cuando dicha posibilidad fuera deseable para preservar el bienestar del menor, si no se operaba la correspondiente reforma en el régimen de la prueba anticipada⁴¹.

3.3. Ulteriores modificaciones de la normativa rituarial: su repercusión en las posibilidades ofrecidas por la LO 14/1999

Tras la modificación operada por la LO 14/1999 en la prueba testifical de menores, eventualmente víctimas, entre otras novedades se ha generalizado en la praxis judicial cotidiana en nuestro país, también frente a los tribunales de orden penal, el uso de la videoconferencia. En relación con las posibilidades de evitación de la confronta-

del principio de publicidad, consistente en oír a los testimonios vertidos contra el acusado. De semejante opinión, ARAGONESES MARTINEZ: *Introducción al régimen procesal de la víctima del delito*, op. cit., pp. 435 y ss.; GIMÉNEZ GARCÍA: *El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral*, op. cit., pp. 197 y 198.

⁴¹ En tal sentido TAMARIT SUMALLA/VILLACAMPA ESTIARTE, en TAMARIT SUMALLA: *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, op. cit., pp. 143-44.

ción visual entre víctima-testigo y acusado referidas en el epígrafe precedente, la emisión de testimonios a través de videoconferencia puede facilitar enormemente la práctica de las dos primeras opciones; esto es, que o bien el menor declare fuera de la Sala de vistas, en una habitación aneja, que sea capaz de infundirle confianza y serenidad, e incluso en un emplazamiento más adecuado a sus necesidades, que puede hallarse fuera de la sede del Tribunal, o bien, lo que resultará menos habitual, que el acusado se halle fuera de la Sala de vistas y siga lo que en ella sucede a través de este mecanismo.

Fue a partir del año 2001, en cumplimiento del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito entre el Gobierno y los partidos Popular y Socialista el 28 de mayo de ese año, cuando se implementó en numerosas sedes jurisdiccionales el sistema de videoconferencia en la Administración de Justicia⁴². La introducción de dicho sistema, que permite la transmisión de imagen y sonido en tiempo real entre dos puntos físicamente distantes y que, por tanto, posibilita la percepción por parte del Tribunal y las partes del testimonio emitido por el declarante que no se ve obligado a desplazarse hasta la sede del Tribunal⁴³, no ha gozado de una introducción pacífica jurídicamente hablando. Las oposiciones a su introducción en el orden jurisdiccional penal deben buscarse en la ausencia de previsión legal acerca de su uso en normativa rituarial propia del proceso penal, más allá de la genérica alusión al uso de este tipo de sistemas a que podría considerarse que apelaban indirectamente los preceptos de la *Lección* que aludían a evitar la confrontación visual tras la reforma operada por la LO 14/1999. Ante dicha ausencia de regulación legal, se había apelado tanto a la aplicación supletoria de la LEC como a las previsiones del art. 230 LOPJ en punto al uso de nuevas tecnologías. Por una parte, la nueva ley rituarial civil permite en su articula-

⁴² Más detalladamente acerca de los pormenores de su introducción, GIMÉNEZ ONTAÑÓN: «Estado actual de la utilización de la videoconferencia en la Administración de Justicia», en *La Ley*, 2003-4, pp. 1596 y ss., en que destaca que, en ejecución del plan de implantación del sistema de videoconferencia, el Ministerio de Justicia, en concreto la Subdirección General de las Nuevas Tecnologías de la Justicia, la introducción se ha articulado en dos fases, una primera fase que finalizó en enero de 2002 y en la que se instalaron 53 equipos de videoconferencia en centros judiciales estratégicos, y una segunda fase que culminó a finales del año 2002.

⁴³ Pensando exclusivamente en la práctica de testificales a distancia es como Choclán Montalvo define este sistema. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO: «Videoconferencia y proceso penal. Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 4 abril 2002, p. 1, en que lo caracteriza como «(...)un sistema técnico que permite la percepción por el Tribunal y las partes, a través de la vista y el oído, del testimonio o declaración emitida a distancia, sin desplazamiento físico del declarante hasta la sede del Tribunal».

do la introducción de nuevas tecnologías, así la presentación de escritos y documentos por medios electrónicos, telemáticos y otros semejantes, o la documentación de las actuaciones no solamente mediante actos, notas y diligencias, sino también con los medios técnicos que reúnan las garantías de integridad y autenticidad, de la misma forma que prevé que las vistas y comparencias deban registrarse o grabarse en soportes aptos para la reproducción de la imagen y sonido preferentemente⁴⁴. Por otra, el aludido art. 230 LOPJ, en la redacción que a éste dio la LO 16/1994, de 8 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, contempla en su párrafo primero una suerte de principio general de admisión de las nuevas tecnologías para el cumplimiento de las funciones propias de los órganos jurisdiccionales⁴⁵.

Sin embargo, ni siquiera la existencia de preceptos en los que indirectamente pudiera sustentarse la utilización de este nuevo sistema logró convencer inicialmente a la Fiscalía General del Estado. Ésta, en una primera Instrucción, la 1/2002, negó la juridicidad del uso de la videoconferencia. Con tal finalidad, utilizó como argumento las previsiones contenidas en el art. 229.2 LOPJ, que dispone que «las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley», así como en el art. 268.1 LOPJ, que ordena que las actuaciones judiciales deberán practicarse en la sede del órgano jurisdiccional. La alusión a tales preceptos sirvió a la Fiscalía para advertir que el derecho a un proceso con todas las garantías se veía afectado por la utilización de nuevas tecnologías para la celebración del juicio oral, a pesar de la existencia del art. 230.1 LOPJ, y que este precepto no po-

⁴⁴ En este sentido vid., entre otros, VELASCO NÚÑEZ: «Videoconferencia y Administración de Justicia», en *La Ley*, 2002-5, pp. 1778-1779, quien apela a los arts 162 —uso de nuevas tecnologías para realizar actos de comunicación—, 172 y 175 —remisión y devolución de exhortos por cualquier medio—, 187 —sobre el modo de procederse a la documentación de las vistas—, 299 —elenco abierto de medios de prueba—, así como al art. 382, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) en defensa de su pretensión de juridicidad del uso de la videoconferencia, a los que podría añadirse el art. 135.5. LEC, que prevé la posibilidad de enviar documentación por medios telemáticos. En semejantes términos, DE LA MATA AMAYA: «La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales», en *Actualidad Penal*, 2002-3, pp. 1271 y 1272.

⁴⁵ Por mor de la vigente redacción del art. 230.1 «los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación».

día habilitar la celebración de lo que en la instrucción se denominaban «juicios virtuales», en los que podían entenderse comprometidos tanto el principio de inmediación como el de publicidad⁴⁶, si ello no se evitaba mediante la introducción una norma jurídica expresamente habilitante. Ciertamente, la referida Instrucción daba respuesta a las dudas suscitadas en punto a la celebración de juicios en que el Tribunal se hallaba espacialmente separado de las partes y de la práctica de las pruebas, esto es, aludía a una vista celebrada de manera simultánea en dos emplazamientos distintos, separando a Tribunal y partes, no a la práctica de una concreta prueba, lo que hizo que posteriormente la misma Fiscalía General del Estado modificara su opinión, aunque con ello la polémica estaba ya servida. Así, con carácter posterior, la Instrucción 3/2002, explicando las razones por las que con carácter anterior había negado el uso de semejante artificio, admite su utilización sobre la base del precepto habilitante, el art. 230.1 LOPJ, que sólo cederá en casos de afectación de derechos fundamentales, de inidoneidad del medio para los fines que se persiguen, o de falta de proporcionalidad.

Ciertamente el uso de un instrumento, que no un específico medio de prueba, con tantas ventajas como la videoconferencia no podía hacerse esperar. En lo que aquí interesa, no se duda de que este sistema tiene una esencial virtualidad en punto a la evitación de la victimización secundaria, tanto de víctimas mayores como menores de edad, permitiendo un tratamiento adecuado a las víctimas menores, a las que puede hacerse declarar desde un emplazamiento que les resulte idóneo a sus especialidades como testigo, siendo, además, acompañados por adultos —familiares o profesionales— con la consiguiente menor incidencia psicológica aneja a la exploración. Pero además se le reconocen otras virtudes, como la agilización de la comunicación y de la actividad jurisdiccional, la mejora de las condiciones de acceso a la justicia en áreas geográficamente alejadas de los grandes centros de población o a personas con escasos recursos económicos, la mejora de las condiciones de seguridad al evitar, por ejemplo, el traslado de reclusos, o la disminución de desplazamientos con la consiguiente disminución de costes, entre otras⁴⁷. Además,

⁴⁶ Según la Instrucción 1/2002, la inmediación sólo podría entenderse cumplida si se acepta la presencia «virtual» como equivalente a presencia «física»; la publicidad podría entenderse incumplida en tanto su observancia depende de las posibilidades que se ofrezcan para que los particulares puedan «asistir» al acto de la vista, de la misma forma que la contradicción tendrá más contenido cuanto más perfeccionado se encuentre el sistema de transmisión de imágenes.

⁴⁷ Una enumeración de las ventajas de este sistema puede encontrarse en VELASCO NÚÑEZ: «La videoconferencia llega a los Juzgados», en *La Ley*, 2002-2, pp. 1786 y ss.;

una adecuada interpretación de las normas marco contenidas en nuestro ordenamiento jurídico en el momento en que se planteó la polémica, así como un entendimiento de los principios reguladores de la práctica de la prueba en el proceso penal acordes con la actualidad del momento, debían posibilitar por sí solos la admisión de este mecanismo técnico aun sin necesidad de una norma habilitante⁴⁸.

Al respecto, debe recordarse que nos hallamos ante un instrumento de apoyo, no un medio de prueba, por lo que como tal instrumento no puede considerarse globalmente bueno o malo, prohibido o permitido, como indebidamente hizo la Instrucción 1/2002 de la Fiscalía General del Estado⁴⁹, sino que deberá analizarse si su aplicación a cada medio probatorio es adecuada⁵⁰. En este sentido, su uso para la práctica de la prueba testifical no tenía porqué comprometer los principios que la rigen, sino todo lo contrario⁵¹. Así, la contradicción se asegura en tanto que las posibilidades de interrogatorio y contrainterrogatorio son idénticas para las partes con presencia física o virtual del testigo, la publicidad se observa al permitir que la práctica de la prueba sea seguida incluso por mayor número de personas —en doble emplazamiento—, la concentración y la unidad de acto tampoco deben verse contradichas, en tanto la prueba se practica en tiempo real y en unidad virtual, y finalmente la intermediación puede verse suficientemente garantizada con

El mismo, *Videoconferencia y administración de justicia*, op. cit., pp. 1777 y ss; MAGRO SERVET: «La viabilidad legal del uso de la videoconferencia para la celebración de juicios penales», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 7 de febrero de 2002, p. 2; El mismo, «La nueva regulación legal del uso de la videoconferencia en los juicios penales», en *La Ley*, 2003-3, p. 1699.

⁴⁸ En este orden de consideraciones, debe tenerse en cuenta que algunos manuales admiten la práctica de la prueba testifical a través de videoconferencia. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS/ARAGONESES MARTÍNEZ/HINOJOSA SEGOVIA/MUERZA ESPARZA/TOMÉ GARCÍA: *Derecho procesal penal*, 5.^a edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 348, aunque con cautela; MORENO CATENA, en GIMENO SENDRA/MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2.^a edición, Ed. Colex, Madrid, 2003, p. 390; ARMENTA DEU: *Lecciones de Derecho Procesal penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 262-263.

⁴⁹ De esta opinión CHOCLÁN MONTALVO: *Videoconferencia y proceso penal. Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal*, op. cit., p. 9.

⁵⁰ Vid. DE LA MATA AMAYA: *La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales*, op. cit., p. 1273.

⁵¹ CHOCLÁN MONTALVO: *Videoconferencia y proceso penal. Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal*, op. cit., p. 10, llega incluso a decir que el uso de la videoconferencia en la práctica de pruebas testificales no sólo no colisiona con las garantías procesales del acusado, sino que su no uso puede llegar a vulnerar el derecho de las partes a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, o el derecho a un proceso sin dilación, y que su no uso puede vulnerar derechos fundamentales de terceros que deben intervenir en el proceso en colaboración con la justicia a los que deba brindárseles protección.

un sistema que permita transmitir adecuadamente imagen y sonido a quien debe decidir, y en cualquier caso, el uso de la videoconferencia garantiza su observancia en mayor medida que los tradicionales supuestos de auxilio judicial nacional o internacional⁵².

Aun cuando, como se ha dicho, su utilización ha venido siendo posible y lo hubiera continuado siendo incluso sin previsión normativa, ha sido probablemente la aprobación de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, en vigor desde el día 22 de marzo de 2001, la que ha propiciado que se hayan introducido preceptos reguladores relacionados con el uso de este sistema en nuestro Derecho interno. El art. 11 de la referida Decisión, al objeto de evitar las dificultades inherentes al hecho de que la víctima resida en un Estado miembro distinto de aquél en que se haya cometido la infracción, establece que los estados deben velar para que sus autoridades puedan tomar medidas tendentes a decidir si la víctima puede prestar declaración inmediatamente después de cometer la infracción, así como a recurrir, para la audición de las víctimas residentes en el extranjero, a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica contenidas en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000⁵³. Esto es, la referida Decisión impone a los Estados de la Unión la obligación de que se arbitren medidas para permitir que la víctima de otro Estado preste declaración a través, entre otros, del sistema de videoconferencia⁵⁴, lo que debe hacerse, en este concreto aspecto, a más tardar el día 22 de marzo de 2002.

⁵² Acerca del cumplimiento de los referidos principios vid., por todos, MAGRO SERVET: *La viabilidad legal del uso de la videoconferencia para la celebración de juicios penales*, op. cit., pp. 4 y 5; VELASCO NÚÑEZ: *Videoconferencia y Administración de justicia*, op. cit., p. 1779; DE LA MATA AMAYA: *La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales*, op. cit., pp. 1279 y ss.

⁵³ El convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000, adoptado sobre la base de lo establecido en el art. 34 del Tratado de la Unión Europea, que vincula a España, establece, en su art. 10, la posibilidad de que la prueba testifical o pericial que deba evacuar una persona que resida en un Estado miembro ante un órgano jurisdiccional de otro Estado de la Unión, en caso de no ser posible que la persona que deba ser oída comparezca personalmente en su territorio, se practique a través de videoconferencia, cumplimentando los trámites y requisitos previstos en el mismo precepto, en términos semejantes a aquellos en que el art. 11 del referido convenio prevé que en el mismo supuesto de hecho la audición se realice a través de conferencia telefónica.

⁵⁴ En concreto, el art. 11.1, rubricado «víctimas residentes en otro Estado miembro» establece «1. Los Estados miembros velarán por que sus autoridades competentes estén en condiciones de tomar medidas necesarias para paliar las dificultades derivadas del hecho de que la víctima resida en un Estado miembro distinto de

En cumplimiento del art. 17 de la referida Decisión Marco, mediante la Ley 38/2002, se introdujeron en la Ley de Enjuiciamiento Criminal dos preceptos, el art. 777.2, para el procedimiento abreviado, y el art. 797.2, para los juicios rápidos, en que se prevé la posibilidad de práctica inmediata y, por tanto, anticipada, de la prueba testifical cuando por el lugar de residencia del testigo o víctima o por otro motivo fuera de prever que la prueba no podrá practicarse en el acto del juicio o pueda motivar su suspensión, debiendo garantizarse la posibilidad de contradicción de las partes, así como documentándose en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen o por acta autorizada por el Secretario judicial, que habrá de ser reproducida en el acto del juicio en los términos contemplados en el art. 730 Lecrim⁵⁵. Esto es, se permite en estos dos procesos la práctica anticipada de una prueba testifical cumpliendo con determinadas garantías y admitiendo su registro en un soporte audiovisual.

No obstante, aun cuando aprovechando la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la modificación del procedimiento abreviado y la introducción del juicio rápido se ha hecho referencia a la posibilidad de anticipar la práctica de pruebas testificales registradas en un soporte que garantice la reproducción del sonido y la imagen, disipando cualquier duda en punto a la posibilidad de aplicar la previsión contenida en el art. 730 Lecrim a este tipo de soportes, no ha sido hasta la aprobación de la LO 13/2003, de 24 de octubre, en que la práctica de pruebas testificales a través de videoconferencia ha ganado finalmente carta de naturaleza legal. Curio-

aquél en que se haya cometido la infracción, en especial en lo que se refiere al desarrollo de las actuaciones. A tal fin, dichas autoridades deberán sobre todo estar en condiciones de:

- decidir si la víctima puede prestar declaración inmediatamente después de cometerse la infracción,
- recurrir en la mayor medida posible, para la audición de las víctimas residentes en el extranjero, a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica previstas en los artículos 10 y 11 del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000.

⁵⁵ Los arts. 777.2 y 797.2 Lecrim, ambos del mismo tenor, con la salvedad de que en el juicio rápido se hace referencia al Juez de Guardia en lugar de al Juez de Instrucción, establecen: «(1) 2. Cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. (2) Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial, con expresión de los intervinientes. (3) A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del art. 730».

samente hemos tenido que esperar a la aprobación de una Ley, cual la LO 12/2003, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, para que la ley rituaría reconociera explícitamente la posibilidad de efectuar determinadas declaraciones y comparecencias ante el Tribunal por medio de videoconferencia, sin que en la Exposición de motivos se haga alusión alguna a la introducción específica de dicha posibilidad, limitándose a justificar las modificaciones introducidas en el régimen de la prisión preventiva. Con semejante mutismo justificativo se introduce un nuevo párrafo tercero al art. 229 LOPJ que permite la práctica de declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de periciales y vistas utilizando el sistema de videoconferencia u otro similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal entre personas alejadas en el espacio siempre que se garantice la posibilidad de contradicción, la salvaguarda del derecho de defensa, y cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal⁵⁶. Esto es, que contiene una regulación general permisiva de la práctica de actuaciones judiciales a través de este sistema. Junto a este precepto, los correspondientes introducidos en la Lecrim, en concreto los arts. 325, en su última redacción, y el nuevo art. 731 bis permite que el Juez o Tribunal acuerde la comparecencia al procedimiento penal de imputados, testigos o peritos o personas que deban intervenir en otra condición a través de videoconferencia u otro mecanismo similar, de conformidad con lo que establece el art. 229.3 LOPJ, por razones de utilidad, seguridad u orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de una de estas personas resulte particularmente gravosa o perjudicial⁵⁷.

⁵⁶ En concreto, el art. 229.3 LOPJ, en referencia a las actuaciones judiciales, establece que «3.(1)Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal. (2) En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo». Para MAGRO SERVET: *La nueva regulación legal de la videoconferencia en los juicios penales*, op. cit., p. 1705, un sistema similar a la videoconferencia podría ser la instalación de una webcam.

⁵⁷ Además de estos preceptos, en el nuevo art. 306 Lecrim, se prevé la posibilidad de que el fiscal intervenga en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del art. 505 Lecrim, mediante videoconferencia u otro sistema similar.

Así, pues, aun cuando más arriba se afirmó que no era precisa la regulación específica de la práctica de la prueba testifical a través de videoconferencia, su previsión explícita, al margen de lo adecuado de la norma a través de la que se ha incluido, sí puede tener utilidad en orden a aclarar algunas cuestiones, como la de quién da fe de la identidad de los intervinientes⁵⁸, además de resultar adecuada su específica previsión en el caso de la comparecencia de los imputados, dado que en ese supuesto su admisibilidad había generado mayores dudas que en la comparecencia de testigos⁵⁹.

Para la práctica de las pruebas testificales de víctimas menores de edad, que era la cuestión que aquí nos ocupaba, la nueva regulación legal permite concluir que es perfectamente factible la primera de las posibilidades interpretativas apuntadas en relación con la evitación de la confrontación visual a que se refieren los arts. 448 y 707 Lercrim, esto es, que el menor declare desde una habitación contigua o fuera de la sede del Tribunal, en un espacio adecuado y asistido por personas que pueden minorar el impacto de la exploración del menor. Sin embargo, en tanto se permite la testifical a través de videoconferencia de mayores de edad sin necesidad de informe pericial, una vez constatado que la comparecencia resulta gravosa o perjudicial, podría suceder que el legislador, sin pretenderlo, haya mantenido una regulación para esta práctica con testigos menores más exigente que con los mayores de edad. Ello a salvo de interpretar que evitar la confrontación visual se refiere no solamente a la práctica de la prueba a través de videoconferencia, sino, además, sin que el acusado vea al menor, con lo que tendría sentido la exigencia de mayores requisitos en este supuesto, manteniendo la aplicabilidad del régimen general para los casos en que no se evite la visión del testigo por la parte acusada, aunque aquél sea menor de edad.

Más difícil parece, tras las modificaciones introducidas en la Lercrim y la LOPJ, que la segunda de las posibilidades interpretativas re-

⁵⁸ En este sentido se había discutido si debían dar fe dos secretarios judiciales, cada uno de ellos situado en uno de los puntos geográficamente distante, vid., MAGRO SERVET: *La nueva regulación legal del uso de la videoconferencia en los juicios penales*, op. cit., p. 1705, o el secretario del órgano judicial en el que se hallaba el compareciente a través de videoconferencia, de modo semejante a como sucede con el auxilio judicial; en este segundo sentido, CHOCLÁN MONTALVO: *Videoconferencia y proceso penal. Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal*, op. cit., p. 10. Por contra, el nuevo art. 229.3 LOPJ establece que dará fe de la identidad el secretario del órgano judicial que acuerde la medida.

⁵⁹ Acerca de las cuestiones de legalidad planteadas por dicha posibilidad vid., por todos, MAGRO SERVET, o.u.c., 1701; MEDRANO I MOLINA: *La práctica de la prueba por soportes informáticos y audiovisuales en el proceso penal*, en www.alfa-redi.org, pp. 22-23.

lacionada con la evitación de la confrontación visual antes apuntadas se generalice. Es decir, que ésta se evite declarando el menor en Sala, hallándose el imputado fuera, puesto que al margen de aquellos supuestos en que razones de seguridad así lo aconsejen, parece preferible, desde el punto de vista de la salvaguarda de menor, que éste declare fuera de la Sala, siendo además menos comprometido para la observancia de los derechos procesales del imputado que así se haga.

En lo tocante a la tercera de las posibilidades referidas en el epígrafe precedente para evitar la confrontación visual, la consistente en preconstituir la testifical del menor víctima con carácter anterior a la celebración del plenario, reproduciéndola en ese acto en los términos establecidos en el art. 730 Lecrim, poco se ha avanzado tras la aprobación de la LO 14/1999. Si en lo atinente a la posibilidad de realización simultánea de la testifical del menor, pero separado del acusado, la generalización de la videoconferencia, junto a su previsión normativa, ha supuesto un paso adelante desde la aprobación de la referida reforma, no puede decirse que existan novedades normativas remarcables desde aquel momento en relación con la prueba anticipada.

En relación con esta tercera posibilidad de evitar la confrontación visual, consistente en anticipar la práctica de la prueba testifical, únicamente algunas resoluciones jurisprudenciales parecen haber iniciado en los últimos tiempos una nueva línea interpretativa proclive a admitir declaraciones diferidas de menores de edad aun cuando materialmente sea posible su asistencia al acto del plenario. Al margen de que la jurisprudencia trata unitariamente dos instituciones diversas, la prueba preconstituida y la prueba anticipada⁶⁰, constituye doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, asumida también por el Tribunal Supremo, en relación con los requisitos

⁶⁰ Según MARTÍN BRAÑAS: *La prueba anticipada en el proceso penal*, en *Revista de Derecho Procesal*, 2001, núm. 1-3, pp. 471 y ss., en que el autor estudia con profusión el concepto y la regulación normativa de la prueba anticipada, en pp. 478-479 aclara que con este concepto se alude a «(...) verdaderas diligencias probatorias que se solicitan, admiten y practican en calidad de tales, es decir, con el objetivo de que sirvan para que el juzgador forme su decisión» y que a juicio de este autor no deben confundirse con otras figuras que, si bien a través de diversos mecanismos terminan adquiriendo efecto probatorio, en su génesis y su desarrollo son radicalmente distintas; se trata, en este segundo caso, de diligencias de investigación que, concurriendo determinadas circunstancias, consiguen equipararse a la verdadera prueba. Acerca de la distinción entre la prueba preconstituida y anticipada vid., entre otros, MORENO CATENA (Dir.): *El proceso penal*, vol. III, *op. cit.*, pp. 2128 y ss.; RIFÁ SOLER/VALLS GOMBAU/RICHARD GONZÁLEZ: *El proceso penal práctico. Comentarios, jurisprudencia, formularios*, 4.ª edición, Ed. La Ley, Madrid, 2003, pp. 1498 y ss.; ARMENTA DEU: *Lecciones de Derecho Procesal penal, op. cit.*, p. 167.

constitucionales de validez de las pruebas que las dotan de capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas vinculantes para los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral. Es decir, aquéllas en cuya práctica se hayan respetado los principios de contradicción, inmediación, oralidad e igualdad de armas, sobre la base de que el procedimiento probatorio debe tener lugar precisamente en el debate contradictorio que se desarrolla de forma oral ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de manera que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados para dicho fin por las partes⁶¹. No obstante, esta regla general admite excepciones, a través de las cuales es posible, aunque en limitadas ocasiones al decir de la jurisprudencia constitucional, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación, siempre y cuando las mismas se sometan a determinadas exigencias de contradicción. En concreto, la validez como prueba de cargo de las declaraciones prestadas en instrucción, incluidas las de la víctima, se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos, clasificados en materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto de juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del juez de instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo que debe citarse, como mínimo, al abogado del imputado para que pueda interrogar al testigo) y formales (en virtud de los cuales debe procederse a la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que ésta se documenta, de conformidad con lo establecido en el art. 730 Lecrim, o a través de los interrogatorios, posibilitando con ello que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral)⁶². En concreto, por cuanto se refiere a las declaraciones prestadas en instrucción, el Tribunal Constitucional ha interpretado con carácter restrictivo la posibilidad de practicar anticipadamente la prueba testifical, al considerar que de sus propias características no deriva ni su

⁶¹ Vid., por todas, SsTC 217/1989, de 21 de diciembre (RTC 1989, 217), 161/1990, de 19 de octubre (RTC 1990, 161), 40/1997, de 27 de febrero (RTC 1997, 40). Más recientemente 2/2002, de 14 de enero (RTC 2002, 2), 195/2002, de 28 de octubre (RTC 2002, 195).

⁶² Cfr., entre otras, SsTC 80/1986, de 17 de junio (RTC 1986, 80); 303/1993, de 25 de octubre (RTC 1993, 303); 36/1995, de 6 de febrero (RTC 1995, 36); 200/1996, de 3 de diciembre (RTC 1996, 200); 40/1997, de 27 de febrero (RTC 1997, 40); 49/1998, de 2 de marzo (RTC 1998, 49); 97/1999, de 31 de mayo (RTC 1999, 97); 209/2001, de 22 de octubre (RTC 2001, 209); 12/2002, de 28 de enero (RTC 2002, 12). En el mismo sentido, vid. SsTS 3 marzo 2004 (RJ 2004, 1974), 28 noviembre 2004 (RJ 2004, 404).

carácter irreplicable ni su imposibilidad genérica de práctica, por lo que su incorporación al proceso como prueba anticipada únicamente se ha admitido en los supuestos en que se produce imposibilidad real de práctica en el juicio oral, circunscrito a los casos de fallecimiento del testigo, de imposibilidad de localización, y limitadamente de residencia en el extranjero⁶³. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido algo más permisiva en la interpretación de la imposibilidad, aunque considerando que ésta únicamente concurre en caso de fallecimiento del testigo, testigo extranjero que se halle fuera de la jurisdicción del Tribunal sin que sea factible lograr su comparecencia, o en supuestos de testigos en paradero desconocido, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación en legal forma, así como fallidas las gestiones policiales ordenadas para su localización⁶⁴.

Aun cuando la regla general que determina la validez como prueba de cargo únicamente de las declaraciones testificales practicadas en el plenario admite excepciones, ya se ha visto cómo éstas han sido interpretadas por parte de nuestra jurisprudencia con un carácter restrictivo, que generalmente identifica la imposibilidad de reproducción en el plenario con imposibilidad material de concurrencia al acto. Con ello difícilmente podrían entenderse incluidos en este supuesto los casos en que la deposición en plenario pudiera suponer un peligro para el correcto desarrollo o la estabilidad del menor, con lo que pocas posibilidades existían de interpretar el tenor del art. 707 Lecrim en el sentido de evitar la confrontación visual sobre la base de validar la primera declaración prestada con observancia de todas las garantías, esto es, fundamentalmente posibilitando la contradicción, a pesar de que la evitación de la confrontación visual con los testigos menores había sido introducida por la LO 14/1999 también en el 448 Lecrim, que es justamente el que regula la prueba testifical anticipada, aunque sin excepcionar su régimen general⁶⁵. No

⁶³ Vid., SsTC 10/1992, de 10 de enero (RTC 1992, 10); 35/1995, de 6 de febrero (RTC 1995, 35); 209/2001, de 22 de octubre (RTC 2001, 209); 94/2002, de 22 de abril (RTC 2002, 94).

⁶⁴ Vid., SsTS 13 marzo 2000 (RJ 2000, 1712); 28 abril 2000 (RJ 2000, 3740); 19 noviembre 2001 (RJ 2001, 1517); 27 enero 2003 (RJ 2003, 2355); 1 octubre 2003 (RJ 2003, 7023); 2 diciembre 2003 (RJ 2003, 8857); 31 diciembre 2003 (RJ 2003, 8797); 7 abril 2004 (RJ 2004, 3444). En semejantes términos, SAP Barcelona 14 octubre 2003 (RJ 2003, 846).

⁶⁵ El párrafo primero del referido precepto, no modificado por la LO 14/1999, incluye como supuestos de imposibilidad de comparecer al acto del juicio el haber de ausentarse de la Península o el caso en que hubiere motivo bastante para temer la muerte o incapacidad física o intelectual del testigo antes de la apertura del juicio oral.

obstante, como se ha indicado, en los últimos tiempos se está sosteniendo una interpretación más laxa de la imposibilidad, que hace equivaler a los supuestos de la material, también los de imposibilidad legal, incluyendo dentro de éstos aquellos en los que la comparecencia al acto del juicio pueda suponer un perjuicio para el desarrollo personal del menor, validándose como prueba de cargo bien la declaración prestada en instrucción por el propio menor, bien, en caso de no existir, las declaraciones de testigos de referencia⁶⁶.

Ciertamente, la existencia de una doctrina jurisprudencial que muestre conciencia acerca de los perjuicios que puede suponer para la víctima menor su declaración en el acto del juicio supone un avance. No obstante, debe advertirse que dicha orientación jurisprudencial no es ni mucho menos mayoritaria, cuanto menos por el momento, y que, en todo caso, la ausencia de modificación del tenor del art. 730 Lecrim o del art. 448 Lecrim deja la puerta abierta a la vuelta a una interpretación de la imposibilidad en términos predominantemente materiales.

A falta de previsión alguna que permita validar la prueba testifical anticipada de menor de edad más allá de lo que sostiene la referida interpretación jurisprudencial, llama la atención que se haya aprovechado la reforma que introduce en la Lecrim el juicio rápido para introducir tanto en el procedimiento abreviado como en este segundo tipo de procedimiento sendos preceptos que permiten recibir anticipadamente declaración a los testigos que razonablemente pueda temerse que no comparecerán al acto del juicio por razón de su residencia. Ya se manifestó más arriba cómo la introducción de las provisiones contenidas en los arts. 777.2 y 797.2 Lecrim venía auspiciada por el mandato contenido en el art. 11 de la Decisión Marco del Consejo relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Sin embargo, dicho precepto exige únicamente hacer posible la declaración de la víctima que resida en un Estado distinto a aquél en que se instrumenta el proceso penal, lo que posibilita actualmente la videoconferencia, como mecanismo de uso legalmente admitido, haciendo referencia sólo a la declaración anticipada como una de las opciones que lo factibilizan. Siendo ello así, resulta sorprendente que el legislador haya sido tan generoso en punto a admitir la práctica de una prueba testifical anticipada por el lugar de residencia de quien debe

⁶⁶ En este sentido, vid. SsTS 8 marzo 2002 (RJ 2002, 3972), 1 julio 2002 (RJ 2003, 70). En la jurisprudencia menor, vid. SAP Barcelona 18 marzo 2004 (RJ 2004, 155600), SAP Barcelona 16 abril 2004, así como la muy interesante SAP Sevilla de 22 diciembre 2000 (RJ 2004, 245), en que se razona profusamente la equiparación de imposibilidades.

deponer⁶⁷, pensando fundamentalmente en los testigos-víctimas que sean turistas⁶⁸, y al mismo tiempo tan cicatero en adoptar un nivel de reconocimiento semejante cuando se trata de validar declaraciones anticipadas de menores.

Una actitud respetuosa con las especialidades del testigo-víctima menor debería, conducir ya *de lege lata* a entender incluido entre los otros motivos que permiten la práctica anticipada de la testifical en los arts. 777.2 y 797.2 Lecrim, junto al lugar de residencia específicamente mencionado, el posible perjuicio al desarrollo del menor anejo a su declaración en el acto de la vista. Dicha interpretación resulta mucho más adecuada en relación con las involuciones que puedan producirse en el desarrollo de los menores por declarar a presencia del Tribunal y del imputado que en relación con los testigos que residen en el extranjero, existiendo para éstos la posibilidad de declarar con el sistema de videoconferencia. Por ello, *de lege ferenda*, la adecuada consideración a las especialidades del menor-víctima como testigo debería conducir a la previsión específica de la validez de la práctica de prueba testifical anticipada para éste en cualquier tipo de procedimiento penal, también en el ordinario. Con este objeto, resultaría preferible la previsión normativa de las cautelas que deberían adoptarse para acordar la práctica anticipada de la prueba —requerimiento de un previo dictamen pericial y acuerdo en resolución judicial motivada, por ejemplo, incluso planteando la posibilidad de que se aplicara únicamente a menores de determinada edad—, previéndose también legislativamente cómo debería llevarse a cabo para garantizar la observancia de los principios que rigen la práctica de pruebas en el plenario —especialmente la contradicción—, y sin descartar que la declaración pudiera efectuarse fuera de la Sala, en un lugar adecuado para garantizar el bienestar del menor, y a través del sistema de

⁶⁷ Aun cuando haya autores que se esfuerzan por argumentar que la previsión contenida en tales preceptos en nada modificará las posibilidades de práctica de prueba testifical anticipada que venían admitiéndose hasta ahora, cuesta admitir dicha posibilidad, a la vista del tenor literal de ambos preceptos. En este sentido, GRINDA GONZÁLEZ, en GARCÍA ALBERO (Coord) *et al.*: *La reforma del proceso penal*, *op. cit.*, pp. 289 y ss. Por contra, MEDRANO MOLINA: *La práctica de la prueba por soportes informáticos y audiovisuales en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 18 y 19, lamenta que se haya introducido ambos preceptos pensando en testigos extranjeros, en lugar de prever la posibilidad de deponer a través de videoconferencia, lo que sería más respetuoso con los derechos del imputado.

⁶⁸ Que es esencialmente para dichos sujetos pasivos para los que está pensada la previsión puede verse en MAGRO SERVET: «La validez en juicio de las declaraciones de los testigos y víctimas en la instrucción de los juicios rápidos», en *La Ley*, 2002-6, pp. 1734 y ss., en especial en p. 1736, en que reproduce las razones de esa concreta reforma, al exponer la justificación de la enmienda que condujo a ambas previsiones.

videoconferencia⁶⁹. No a otra conclusión debería llevar la previsión también contenida en el art. 3 de la Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, en el sentido de que ésta sea interrogada sólo en la medida necesaria para el proceso penal⁷⁰, cuando se la pone en relación con el testimonio del menor, siempre más exacto cuando se le pregunta en un espacio de tiempo no alejado del suceso y con menos errores si se evita la repetición de entrevistas⁷¹.

4. Conclusión

De lo expuesto en páginas precedentes puede deducirse que en los últimos años se está produciendo un fenómeno en virtud del cual, en el marco de la tendencia general hacia el redescubrimiento de la víctima en el sistema penal, se están reduciendo los efectos victimizadores inherentes al proceso penal. Si bien se debe celebrar la adopción de medidas legislativas que vayan en esa dirección, por cuanto se refiere a la evitación de la victimización secundaria de las víctimas-testigos menores de edad, nuestro derecho procesal puede aun evolucionar más.

En este concreto aspecto, las modificaciones introducidas en la prueba testifical y de careo en que intervienen menores por obra de la LO 14/1999, aun a pesar de su laconismo, supusieron un avance que abría la posibilidad de arbitrar diversos mecanismos protectores, esencialmente en la emisión de declaraciones testificales. De entre éstas, la consistente en permitir al testigo menor deponer fuera de la Sala de vistas, en un ambiente confortable y en situación que haga peligrar lo menos posible su adecuado desarrollo, se ha visto claramente afianzada tras la admisión del uso del sistema de videoconferencia, aun cuando las reformas se hayan introducido de manera que deba acudir a criterios sistemáticos de interpretación que eviten hacer de peor condición al testigo menor que al adulto en punto a be-

⁶⁹ En semejantes términos, ya antes de la introducción de modificación alguna por parte de la Ley 28/2002, TAMARIT SUMALLA/VILLACAMPA ESTIARTE, en TAMARIT SUMALLA: *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, op. cit., pp. 143 y ss.; GIMENO JUBERO: «El testimonio de niños», en *Manuales de Formación Continuada*, 12, *La prueba en el proceso penal*, CGPJ, 2000, pp. 156 y ss.

⁷⁰ En concreto, el art. 3, párrafo segundo, de la referida Decisión Marco establece «Los estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal».

⁷¹ Al respecto, vid. los estudios sobre la testifical de menores de edad a que hace referencia GIMENO JUBERO: *El testimonio de niños*, op. cit., p. 154.

neficiarse del empleo de este mecanismo. Sin embargo, la consistente en anticipar la prueba testifical del menor en instrucción, en fase intermedia, e incluso en fase de juicio oral antes de la vista en aquellos procedimientos que lo permitan, con las debidas garantías, ha gozado de poco predicamento, más allá de su admisión por un limitado número de resoluciones judiciales, de manera que las modificaciones legales introducidas tras la aprobación de la LO 14/1999 se han limitado a posibilitar la preconstitución fundamentalmente para testigos residentes en el extranjero y únicamente en el procedimiento abreviado y el juicio rápido. Dicha posibilidad debería, al margen de poder entenderse amparada por los arts. 777.2 y 797.2 Lecrim, regularse específicamente para testigos menores —especialmente víctimas— que depongan en cualquier tipo de procedimiento penal en una futura reforma, impidiendo de esta forma que su admisibilidad dependiera de eventuales interpretaciones jurisprudenciales, al tiempo que podría garantizarse un adecuado equilibrio entre el respeto a los derechos de aquél contra quien se dirige el proceso penal y el de los menores, especialmente los niños, intervinientes en éste.