

LA PROTECCIÓN DEL MENOR COMO VÍCTIMA FRENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL DE DEFENSA. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

M.^a ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ
Profesora Propia Ordinaria de Derecho Constitucional
Universidad Pontificia Comillas

FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN
Profesor Propio Adjunto de Derecho Constitucional
Universidad Pontificia Comillas

Recepción: 03/09/2013
Aceptación después de revisión: 12/09/2013
Publicación: 20/11/2013

I. LA PROTECCIÓN DEL MENOR COMO LÍMITE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL PRINCIPIO DEL «INTERÉS DEL MENOR»: 1. *Breve referencia a la protección constitucional del menor.* 2. *El desarrollo de la protección del menor.* 3. *El «interés del menor» como principio de actuación en la protección de menores.* II. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO PROCESAL PENAL; EN PARTICULAR, VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA Y DERECHO DE DEFENSA: 1. *Introducción.* 2. *El marco europeo de protección de las víctimas vulnerables.* 3. *El marco nacional de protección de las víctimas menores.* 4. *La incorporación de la victimización secundaria a nuestra doctrina jurisprudencial.* III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El marco de la regulación y las garantías de los menores de edad es amplio y ambicioso en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, hay un reto para nuestros poderes públicos sobre su eficacia, sobre todo cuando hay un conflicto entre el principio del interés del menor y de otros derechos humanos que también merecen protección. Este conflicto se muestra bastante complejo en algunos contextos, como en los delitos sexuales cuando la víctima es menor de edad y donde el poder público debe equilibrar ese principio y el derecho al debido proceso.

PALABRAS CLAVE: Constitución; interés superior del menor; garantías procesales; derecho al debido proceso.

ABSTRACT

The frame of the regulation and guarantees of the minors is wide and ambitious in our legal system. However, there is a challenge for our public powers about its efficiency, above all, when there is a conflict between the

principle of minor's interest and other human rights which deserve also protection. This conflict shows quite complex in some contexts like in sexual offenses where the victim is a minor and where the public power must balance that principle and the right to due process.

KEY WORDS: Constitution; best interest of the child; procedural safeguards; right to due process.

I. LA PROTECCIÓN DEL MENOR COMO LÍMITE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL PRINCIPIO DEL «INTERÉS DEL MENOR»

1. Breve referencia a la protección constitucional del menor

La Constitución española de 1978 establece una extensa tabla de derechos y libertades, y aun cuando las referencias explícitas a los derechos de la infancia, a los derechos del menor, son prácticamente inexistentes, hemos de entender que el niño es titular de todos los derechos del Título I, salvo los que por la naturaleza del derecho en cuestión exijan que sean ejercidos por un titular mayor de edad.

En relación a la protección de la infancia, el único límite explícito que aparece en el texto constitucional es el del artículo 20.4, que señala como límite del derecho de expresión el «derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, a la protección de la juventud y de la infancia». Evidentemente, el reconocimiento de estos límites a la libertad de expresión, y en particular el de la protección a la infancia, no debe ser entendido como una cláusula que permita al legislador ordinario atribuir facultades tutelares a los poderes públicos. El apartado 4 de este artículo debe entenderse, en opinión de Gálvez Montes, como un intento de «llamar la atención sobre aquellos derechos que pueden ser más fácilmente desconocidos» al ejercerse la libertad de expresión¹.

En este mismo sentido destacan las opiniones de Carrillo López² y de Fernández-Miranda³, al establecer que los derechos fundamentales

¹ GÁLVEZ MONTES, J. (1985), «Comentario al artículo 20», en GARRIDO FALLA, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, pág. 399.

² CARRILLO LÓPEZ, M. (1987), *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*, Barcelona, PPU, pág. 19.

³ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A. (1984), «Libertad de expresión y derecho de la información», en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, pág. 524.

no son ilimitados, y que la referencia contenida en el apartado 4 del artículo 20 ha de considerarse exhaustiva y no admite ampliaciones por la vía del desarrollo legislativo. Por tanto, es el mismo artículo constitucional el que queda delimitado, sin que sea necesaria la intervención del legislador, puesto que el límite resulta de la propia Constitución y una laguna legal llevaría a la aplicación directa de ésta⁴. En definitiva, lo que el texto constitucional pretende es dotar a las personas en desarrollo de una defensa frente a los abusos de la libertad de expresión, por considerar que durante esa etapa el ser humano carece de una personalidad consolidada, y al establecimiento de un medio mínimo de control en las informaciones dirigidas a la juventud y a la infancia⁵. Bien es cierto que el Tribunal Constitucional vincula el límite del artículo 20 a la determinación del concepto de moralidad pública, de tal forma que en estos casos la defensa de la infancia tiene una especial relevancia⁶.

Sin embargo, en cuanto a la referencia de los menores en la Constitución, la más relevante la encontramos en el artículo 39, relativo a la protección de la familia, ubicado en el Capítulo III del Título I. En los cuatro párrafos de este artículo encontramos incluidos, por una parte, la encomienda a los poderes públicos de «protección social, económica y jurídica de la familia»; a continuación, idéntico mandato respecto de los hijos: «Los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos», junto con derechos esenciales como el de igualdad de los

⁴ «La intervención del legislador para fijar este tipo de límite resulta de la propia norma constitucional, y una eventual laguna legal en la protección de los demás derechos no impediría afirmar que al lesionarlos se ha traspasado el límite de la libertad de expresión con las consecuencias que fueran constitucionalmente viables». MARTÍN-RETORTILLO, L., y OTTO PARDO, I. de (1988), *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, pág. 152.

⁵ Fernández-Miranda señala que en España, y en virtud de la prohibición del artículo 20.2, sería impensable el establecimiento de una censura previa de las informaciones dirigidas a la juventud y a la infancia, aunque sí sería factible «la fijación administrativa de límites subjetivos a la recepción atendiendo al contenido informativo». FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., *op. cit.*, pág. 530.

⁶ En este sentido destacamos la opinión del Tribunal: «... partiendo del artículo 20.4 de la Constitución, la pornografía no constituye para el Ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto *mínimum* ético acogido por el derecho, sino que la vulneración de ese *mínimum* exige valorar las circunstancias concurrentes y, entre ellas, muy especialmente tratándose de publicaciones, la forma de la publicidad y de la distribución, los destinatarios —menores o no—, e incluso si las fotografías contrarias a la moral son o no de menores, pues no cabe duda de que cuando los destinatarios son menores —aunque no lo sean exclusivamente— y cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública y por supuesto a la debida protección de la juventud y de la infancia, cobra una intensidad superior» (STC 62/1982, de 15 de octubre).

hijos ante la ley. Continúa el artículo estableciendo deberes, como son los de los padres respecto a los hijos, y, por último, una cláusula de cierre por la cual se garantiza a los niños «la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Así, la Constitución sitúa a los padres como primeros responsables y, en su defecto, emerge la acción del Estado, convirtiéndose en el responsable último de la protección integral de los menores. Desde el punto de vista de los derechos, nos encontramos que éstos surgen de la relación familiar, pero también al margen de la familia, siendo inherentes a la condición de persona, por encima incluso de sus progenitores.

Finalmente, el apartado 4 de este artículo 39 de la Constitución hace una remisión expresa a los acuerdos internacionales que velan por los derechos de los menores. En el momento de aprobarse la Constitución, el documento internacional más importante en relación a los menores era la «Declaración de los Derechos del Niño», aprobada por Naciones Unidas en noviembre de 1959. El texto de la Declaración es extremadamente breve, pues consta de diez principios, a pesar de que se tardó casi diez años en elaborarlo. El texto tiene como finalidad llevar a la sociedad la conciencia de los derechos de la persona durante la primera etapa de su vida, y aunque tiene por objeto a los niños se dirige a los adultos⁷. Es uno de los primeros documentos que hace referencia al principio del «interés superior del niño», pues el Principio 3 establece que «al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño».

2. *El desarrollo de la protección del menor*

Durante la vigencia de la Constitución se aprueba, en 1989, por la Asamblea General de Naciones Unidas la «Convención sobre los Derechos del Niño», que supone recoger en un texto jurídico un amplio abanico de derechos y objetivos a cumplir por los Estados que, en definitiva, configuran los derechos fundamentales del menor en el ámbito internacional. Incluso se ha llegado a calificar la Convención como «la toma de la Bastilla para la liberación del último gran grupo de opri-

⁷ Sobre los debates, el contenido y análisis de la Declaración de 1959, vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. (1994), *La protección de los derechos del niño: en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, págs. 35 a 63.

midos de Derecho y de hecho —las niñas y los niños—, paradigmas históricos de la opresión»⁸.

La adopción por España de la Convención supone que pasa a ser parte de nuestro Derecho interno⁹. La Convención prevé que el Derecho interno se adecue a su contenido y que las leyes nacionales reconozcan de manera explícita los derechos y libertades de los niños que la Convención reconoce¹⁰. Es en el artículo 3 donde se recoge: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»¹¹. El texto del artículo 3 de la Convención fue debatido por las delegaciones estatales. Básicamente se discutió si el interés del menor debía ser una consideración primordial en las decisiones que adoptaran los padres, tutores o instituciones sociales, además de serlo en las medidas de carácter oficial. Se discutió también si el interés del niño debía ser considerado como superior a los demás intereses o si en caso de colisión de derechos debería estarse a las circunstancias del caso concreto¹².

En España, el hito normativo fundamental para desarrollar el contenido de la Convención fue la adopción en el año 1996 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), cuya intención fue reflejar en un texto legal único los derechos de los niños. Así, la LOPJM mantiene dos bloques perfectamente diferenciados: por un lado, lo que pudiéramos denominar tabla de los derechos del menor, junto con una serie de medidas encaminadas a su efectividad, y la ordenación de las actuaciones a desarrollar por los poderes públicos en los supuestos de desprotección social del menor; y, por otro, la propia reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de protección de menores y adopción.

Subyace a lo largo de la LOPJM el reconocimiento de las actuaciones encaminadas a la protección del menor, siendo cada vez más destacada la intervención de la Administración. Ello no quiere decir que

⁸ REIS MONTEIRO, A. (2008), *La revolución de los derechos del niño*, Madrid, Editorial Popular, pág. 11.

⁹ La Convención entró en vigor el 5 de enero de 1991, Instrumento de ratificación en BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1990.

¹⁰ Sobre el contenido y análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño, vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., *op. cit.*, págs. 77 y ss.

¹¹ Sobre el proceso de elaboración de este artículo, vid. ALSTON, P. (ed.) (1994), *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.

¹² Vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., *op. cit.*, págs. 79 y ss.

la decisión final sobre los derechos del niño no exija la intervención del juez, especialmente en situaciones de desamparo.

3. *El «interés del menor» como principio de actuación en la protección de menores*

Toda la LOPJM se encuentra presidida por el supremo interés del menor, siguiendo la tendencia iniciada en reformas anteriores y reflejo, como hemos señalado, de la evolución experimentada en la concepción internacional de los derechos del niño¹³.

Ciertamente, se trata de un concepto jurídico indeterminado, pero ello no implica que la apreciación de dicho interés sea arbitraria. El concepto es relativamente moderno, aunque siempre se había utilizado en el ámbito del Derecho privado, más en concreto en el ámbito de las relaciones paternofiliales. En la actualidad, en el Derecho de los menores será el concepto utilizado para hallar una solución a un conflicto, solución que será la única adecuada en ese caso concreto¹⁴. Es evidente, en cualquier caso, que el interés del menor se encuentra vinculado al desarrollo de la personalidad y a la protección de los derechos fundamentales¹⁵. No estamos hablando del interés de la infancia en general, de la infancia como colectivo, sino del interés del individuo, del menor concreto en sus circunstancias específicas.

Así, en caso de conflicto, la concreción del principio deberá efectuarla el órgano judicial, quien, además de la opinión de los padres, tendrá en cuenta la del menor, ponderando ésta en función de su grado de discernimiento. El reconocimiento jurídico del «interés superior del niño» actuará como «principio» que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección. La protección del menor implica un activo papel del juez para determinar de qué forma y

¹³ Sobre el concepto de «interés superior del menor», vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.) (2002), *Los menores en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, págs. 97 y ss. También pueden consultarse en este punto PANTOJA GARCÍA, F. (1997), *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Madrid, Colex, pág. 9, y PASCUAL MEDRANO, A. (1996), «Los derechos fundamentales y la ley de protección del menor», *Revista Jurídica de Navarra*, 22, págs. 253-254.

¹⁴ Sobre las dificultades para precisar qué es el interés del menor, vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *El interés del menor*, Madrid, J. M. Bosch Editor, págs. 51-84.

¹⁵ Vid., por todos los autores, LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.), *op. cit.*, pág. 109.

con qué medidas se defiende mejor ese interés, papel frecuentemente complicado, por lo impreciso del criterio. El «interés superior del niño» se utilizará en los conflictos que surjan en los que se vea afectado un menor y en aquellos casos en que no se limiten los derechos fundamentales de otros, salvo lo relativo al derecho de expresión, tal como ya hemos señalado.

El principio ha sido criticado en dos sentidos. En primer lugar, en el sentido de que es un principio que otorga al menor la posibilidad de actuar libre de reglas, que no existan obligaciones, sino sólo derechos¹⁶. En un segundo sentido, también se ha criticado el principio por su alto grado de ambigüedad, pues su significado queda condicionado por «la concepción de su papel en la familia y la sociedad, y de cómo entender y abordar la cuestión de su educación, en el sentido más lato: convertir al niño en adulto»¹⁷.

Y, efectivamente, creemos que lo importante es poner el acento en la educación, buscando medios adecuados para que ésta aporte al menor los instrumentos necesarios para que se convierta en adulto responsable. Educación en el respeto a los derechos fundamentales, en la dignidad de la persona y en la importancia de que los menores asuman la existencia en su vida de deberes.

En cuanto a la crítica sobre su indeterminación, y para evitar un uso abusivo en la aplicación y la interpretación del principio, sería conveniente establecer en las normas determinados requisitos tendentes a resolver conflictos entre derechos, como la reserva judicial y la exigencia de que para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta¹⁸. Así lo establece el Derecho civil británico en la *Children Act 1989*, al fijar unos criterios que deberán tener en cuenta los tribunales; entre otros:

- a) Los deseos y sentimientos del niño.
- b) Sus necesidades físicas, educativas y emocionales.
- c) El efecto probable de cualquier cambio de situación.

¹⁶ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1996): «Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1, págs. 1690-1693.

¹⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pág. 96.

¹⁸ CILLERO BRUÑOL, M. (1998), «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño», en GARCÍA MÉNDEZ, E., y BELOFF, M. (dirs.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, Temis Depalma, pág. 27.

- d) Su edad, sexo, ambiente y cualquier otra característica que el Tribunal considere relevante.
- e) Algún daño o riesgo de sufrirlo.

Adoptando estas medidas legislativamente se podrá obtener la protección adecuada y ésta quedará fundamentada en la consecución del interés del menor, principio que debe configurarse como elemento esencial de todo el sistema¹⁹. En este punto es posible afirmar que lo que aquí denominamos «principio» podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño, como una «garantía». Señala Zumaquero que «a pesar de las numerosas sentencias que pueden encontrarse en materia de guarda y custodia, y que hacen referencia al interés del menor, nuestros tribunales no se muestran muy explícitos a la hora de determinar en qué consiste el interés del menor en estos casos»²⁰.

Así, los casos en los que el Tribunal Constitucional ha utilizado el principio del «interés superior del menor» como único parámetro de decisión son inexistentes. La determinación de cuál sea ese «interés superior del menor» en el caso concreto «es un asunto ajeno a esta jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no a este Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés, y si no se ha incurrido en la lesión de algún derecho fundamental en los términos indicados»²¹. Esto es, el Tribunal Constitucional sólo intervendrá cuando en un proceso de amparo, al hilo de su argumentación jurídica, sea necesario precisar el alcance del principio por un órgano judicial en cuestión. En principio, en algunas sentencias de recursos de amparo el Tribunal, al dilucidar si ha existido violación o no de un derecho fundamental del menor, utiliza el principio del «interés del menor» para justificar la legitimación que

¹⁹ Durán Ayago pone de relieve cómo, con carácter general, en las sociedades occidentales el Derecho de Familia «ha devenido en un Derecho *puerocéntrico*, en el que el interés superior del menor se ha convertido en el principio que ha de informar y regir todas las relaciones que surjan en su seno». DURÁN AYAGO, A. (2004), «El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural», en CALVO CARAVACA, A. L., y CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, pág. 303.

²⁰ ZUMAQUERO GIL, L. (2010), «El interés del menor en los tribunales españoles», en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y FORNER DELAYGUA, J. (dirs.); GONZÁLEZ BOU, E., y GONZÁLEZ VIADA, N. (coords.), *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, Marcial Pons, pág. 44.

²¹ ATC 28/2001, de 1 de febrero, FJ 5.º.

tienen sus padres o tutores de dirigirse al Tribunal para pedir el restablecimiento del derecho en cuestión²². Tal como hemos visto, todas las actuaciones en protección de menores deben estar realizadas utilizando el principio del «interés superior del menor». Veremos ahora un caso concreto de cómo se plasma ese interés en relación al derecho de defensa del menor.

II. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO PROCESAL PENAL; EN PARTICULAR, VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA Y DERECHO DE DEFENSA

1. *Introducción*

Si existe un ámbito en el que el principio constitucional de protección de los menores se muestra especialmente complejo es el de los procesos penales en los que el menor es víctima y, sobre todo, en relación al enjuiciamiento de tipos penales vinculados a los abusos sexuales. Y ello por un motivo fundamental: en el enjuiciamiento de estos tipos penales de agresión sexual en relación a los menores, no desconocidos, por desgracia, en nuestra realidad social, la única prueba a los efectos de declarar penalmente probados los hechos no suele ser otra que la propia declaración del menor. Se trata de delitos en los que es harto difícil que pueda contarse con prueba testifical ni ningún otro tipo de prueba que permita acreditar su comisión, salvo, como hemos señalado, la propia declaración del menor. Ello conlleva, por la tardanza habitual de la instrucción de la causa, que menores que fueron objeto de abusos sexuales en edades muy tempranas se vean en la tesitura de tener que rememorar los hechos muchos años después, aflorando a la consciencia del menor acontecimientos que, probablemente, permanezcan en el olvido, con el consiguiente daño para su integridad moral e incluso física. Así, el menor habrá sufrido un doble daño, el ocasionado por la propia comisión del delito y el que surge cuando se ve en la necesidad de tener que rememorar tales hechos en el acto de juicio oral.

²² Así, las SSTC 134/1999, de 15 de julio (*BOE* n.º 197, de 18 de agosto), y 197/1991, de 17 de octubre (*BOE* n.º 274, de 15 de noviembre), abordan el conflicto planteado entre el derecho a divulgar una información veraz y el derecho a la intimidad personal y familiar de unos menores. Igualmente, la STC 141/2000, de 29 de mayo (*BOE* n.º 156, de 30 de junio), relativa a determinar el derecho de un padre a que sus hijos recibieran enseñanzas religiosas frente a la oposición de la madre, que aduce violencia para el derecho a la libertad religiosa de los menores.

Sin embargo, también es cierto que, pese a lo execrables que se muestren tales hechos, no debemos olvidar que la condena de una persona, más aún por hechos de tamaña gravedad, no sólo jurídica, sino más aún social, exige que el derecho de defensa opere con toda su plenitud.

En definitiva, en tales supuestos nos encontramos ante un conflicto difícil que pone en juego, por un lado, no sólo el deber de protección de los menores, sino también el derecho a su integridad física y psíquica, que se consagra en el artículo 15 CE, y, por el otro, el derecho de defensa del encausado.

Como vamos a ver a continuación, este conflicto ha sido abordado ya por nuestro legislador y por el propio Tribunal Supremo en una resolución que, curiosamente, ha pasado algo desapercibida para la doctrina.

2. *El marco europeo de protección de las víctimas vulnerables*

El fenómeno de la victimización secundaria, entendida como el impulso de las medidas legales oportunas a fin de evitar que el enjuiciamiento de determinados delitos de violencia se convierta para las víctimas en un nuevo daño posterior y diferente del derivado de aquél (véanse careos entre víctimas y encausados, comparecencia y declaración de la víctima en el acto de juicio oral, etc.), encuentra su precedente inmediato en una disposición del Consejo de la Unión Europea, la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo, sobre estatuto y protección de las víctimas en el marco europeo²³. Dicha Decisión Marco responde a la pretensión de la propia Unión de promover una política común de protección de las víctimas al amparo del Tratado de la Unión y del Tratado de Ámsterdam, relativo a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia²⁴. A través de la Decisión Marco se pretende que los Estados miembros aproximen sus disposiciones legales en la medida necesaria para realizar el objetivo de ofrecer a las víctimas un elevado nivel de protección, con independencia del Estado miembro en que se encuentren. El marco queda fundamentalmente circunscrito al procedimiento penal.

La protección que quiere impulsarse responde al doble principio de coherencia en las diferentes regulaciones nacionales y de evitación de

²³ Vid. *DOCE* de 21.3.2001, L 82/1.

²⁴ Vid., en especial, punto 19 y letra c) del punto 51 del mismo.

la victimización secundaria²⁵. Este segundo principio se traduce en la exigencia de que el proceso no constituya para la víctima un nuevo sufrimiento innecesario, un nuevo *plus de aflicción*, lo que ha de traducirse, entre otras medidas, en procurar que se dé a las víctimas acogida correcta en un primer momento y que se creen en las dependencias policiales y judiciales lugares con condiciones adecuadas a la situación de la víctima y, especialmente, para la práctica de las pruebas.

También es interesante destacar que la Decisión Marco señala que, en todo caso, la protección que los Estados miembros han de otorgar a las víctimas no tiene que equipararse necesariamente a la que se otorga a las demás partes en el proceso (no se exige un *trato equivalente*, en términos literales)²⁶, lo que ha de ser interpretado en el sentido de que la propia Decisión es plenamente consciente de la dificultad que presenta el equilibrio entre la protección jurídica de la víctima y del acusado, en especial del derecho de defensa de éste.

La Decisión Marco presta singular atención a las víctimas consideradas especialmente vulnerables. Entre éstas destacan los menores. Así, se promueve evitar los contactos entre la víctima menor y procesados en cualquier fase del procedimiento, debiéndose evitar, cuando sea posible, que las víctimas deban prestar declaración en el plenario, lo que constituye un impulso evidente de las pruebas preconstituidas²⁷.

Ciertamente, esta Decisión no se muestra excesivamente precisa a la hora de abordar el conflicto al que viene referido este trabajo, pero, al menos, establece las bases jurídicas para que por los Estados miembros se promuevan las correspondientes reformas legales que permitan evitar el fenómeno de la victimización secundaria.

²⁵ Su Considerando 5 dispone, literalmente, que «*es importante concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, evitando soluciones parciales o incoherentes que puedan acarrear una victimación secundaria*». Por su lado, el artículo 3, párrafo segundo, dispone que «*los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal*».

²⁶ Vid. Considerando 9 de la Decisión Marco.

²⁷ A este respecto, el artículo 8.4 dispone, literalmente, que «*los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho*».

3. El marco nacional de protección de las víctimas menores

La Decisión Marco ha recibido la correspondiente respuesta en nuestro ordenamiento jurídico a través de la reforma impulsada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cual afecta a los artículos 433, 448, 707 y 731 bis. Sin embargo, de la reforma interesa especialmente destacar el nuevo tenor del artículo 433.3 LECrim, el cual viene ahora a disponer que *«toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración»*. Este régimen lo completa también el citado artículo 448, que dispone que *«la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba»*.

Tales normas tampoco resuelven plenamente el conflicto que abordamos, ya que si bien exigen adaptar la declaración del menor a un contexto menos hostil, tampoco impiden el problema de la victimización secundaria. El menor se verá protegido durante la práctica de la prueba, pero no claramente desligado de su obligación de declarar en juicio.

Por ello, en 2009 se aprueba por la Fiscalía General del Estado su Circular número 3, de 10 de noviembre, sobre protección de menores víctimas y testigos, la cual tiene como propósito principal impulsar a través de las Fiscalías la implementación de la Decisión Marco y de la Ley Orgánica 8/2006 en el ámbito de los menores víctimas y testigos²⁸. La Circular, que tiene un importante número de páginas, proclama que se hace necesario tomar en consideración los derechos y necesidades de los menores que son víctimas de delitos o actúan como testigos en los procesos penales, ya que la psicología muestra que la intervención de un niño en un juicio es vivida generalmente como una experiencia estresante potencialmente provocadora de efectos a largo plazo. Los menores pueden padecer una gran ansiedad antes, durante e incluso después de la celebración del acto procesal. Además, la con-

²⁸ Puede accederse a dicha Circular a través de la página web de la Fiscalía General del Estado, en www.fiscal.es. Último acceso el 30 de enero de 2013.

frontación ante adultos inculpados y las preguntas agresivas de las partes son las situaciones que más secuelas traumáticas pueden dejar en los niños.

Es en el proceso penal —sobre todo cuando se trata de crímenes sexuales— donde se exige una ponderación cuidadosa a la hora de determinar el alcance de dicha participación, a fin de garantizar, junto con los inalienables derechos del acusado, las necesidades de los menores afectados. Sin embargo, la Circular es también consciente de la dificultad que, en ocasiones, dicha ponderación presenta. Por ello, cualquier merma o restricción de los derechos de defensa y contradicción sólo podrá acordarse con arreglo a un protocolo de precauciones, caracterizado por la excepcionalidad, la judicialidad, la proporcionalidad y, generalmente, la fundamentación de la decisión. La decisión que, procurando la protección de la víctima, pueda mermar el derecho de defensa del procesado debe acordarse sobre la base no sólo de la edad del menor, sino de la concreta concurrencia de un riesgo real para el mismo. Lo determinante no sólo es el dato objetivo de la edad, lo que reviste especial relevancia cuando se trate de menores de muy corta edad, sino también la presencia de un grave riesgo real para la víctima.

La propia Circular, y ahí su razón de ser, es consciente de que la redacción final de la Ley Orgánica 8/2006 no asumió expresamente este ambicioso planteamiento, si bien *de lege data* pueden alcanzarse resultados similares (declaración a través de un experto, exploración con utilización de espejos unidireccionales o de circuito cerrado de vídeo, posibilidad de sugerir nuevas preguntas tanto a acusación como a defensa, grabación...) para los casos en los que sea necesario o conveniente utilizar estas posibilidades y/o preconstituir la prueba.

Entre las medidas concretas que promueve la Circular, y por lo que a nuestro trabajo interesa, destacan la conveniencia de no repetir las declaraciones de los menores en la fase de instrucción y promover la prueba preconstituida y los testimonios de referencia. Se señala, así, que puede resultar conveniente dar pautas a la policía judicial para que en casos en que sea especialmente perturbador tomar declaración al menor se prescinda de la misma y se le traslade al Juzgado de Guardia para, en su caso, preconstituir la prueba. Siempre que las circunstancias lo permitan, debiera prescindirse de la declaración policial del menor, especialmente cuando el mismo sea víctima del delito, y fundamentalmente cuando éste sea de naturaleza sexual. Así, se garantizan la judicialidad de la medida y el efectivo control judicial sobre las garantías del derecho de defensa del presunto culpable.

Además, la Circular otorga especial importancia a la labor que han de desempeñar los expertos, y en especial los psicólogos. Así, establece que los fiscales no solicitarán la declaración del menor cuando los expertos consideren que existe un riesgo psicológico.

En definitiva, parece existir ya en el ámbito interno un marco legal suficiente para la necesaria implementación en los procesos penales de las propuestas que consagra la Decisión Marco, y en especial en el ámbito de los menores víctimas y testigos. Ahora hay que esperar a que los juzgados y tribunales, ya dotados de medios formales, sean dotados también de medios personales y materiales para que lo que se consagra en el papel tenga eficacia real.

4. *La incorporación de la victimización secundaria a nuestra doctrina jurisprudencial*

Como acabamos de exponer, nuestro legislador ha llevado a cabo una incorporación muy incompleta de la Decisión Marco. La posibilidad de evitar la victimización secundaria de un menor en el contexto de un juicio penal, otorgando, por ejemplo, eficacia probatoria a pruebas practicadas no en el sumario, sino anticipadamente en la instrucción, cuando el menor víctima puede no ser aún consciente de los hechos acaecidos, no encuentra claro respaldo en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Además, no hay que olvidar a este respecto que la Decisión Marco, por su propia naturaleza, no es de aplicación directa y sin que pueda ser invocada por los particulares ante los tribunales nacionales.

Sin embargo, también es cierto que sí puede ser tenida en cuenta por dichos tribunales a la hora de interpretar nuestro ordenamiento interno, como se deduce de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 16 de junio de 2005 (caso Esmeralda)²⁹.

²⁹ Esta sentencia se dicta como consecuencia de una cuestión prejudicial que interpone el juez de instrucción del Tribunal de Florencia (Italia) en el caso de Esmeralda, una maestra acusada de maltrato escolar a varios alumnos. El problema que se plantea al Tribunal de Justicia es la validez de unas declaraciones anticipadas prestadas por los menores para eximirles de la obligación de declarar en el acto de la vista, a pesar de que la legislación italiana sólo prevé esta posibilidad en relación con las víctimas vulnerables en delitos contra la libertad sexual. El Tribunal de Justicia concluye que el principio de interpretación conforme es extensible a las Decisiones Marco, de forma que los tribunales nacionales están obligados a interpretar su ordenamiento jurídico de acuerdo con las disposiciones contenidas en estas normas, declarando que los artículos 2, 3 y 8, apartado 4,

Acogiéndose a dicha posibilidad de interpretación conforme a la Decisión Marco, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de marzo de 2009, hace una interpretación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación a la victimización secundaria en el ámbito del enjuiciamiento de los delitos de abusos sexuales³⁰. Dicha sentencia recoge, además, un extenso voto particular que nos permite comprobar las dos posturas que suscita el conflicto entre el principio de protección de los menores y el derecho de defensa, aunque, como veremos, la mayoría votó a favor de la primacía del interés del menor.

Los hechos sobre los que versa la misma vienen referidos a un caso de abusos de una menor de cuatro años por un adulto, cuñado del padre de la menor, que, aprovechando las visitas que aquél hacía ocasionalmente al restaurante que regentaba, invitaba a la menor a acompañarle al interior del local para que escogiese un helado y aprovechaba la situación para, tras pedirle que cerrara los ojos, introducir su pene en la boca de aquélla, hecho que se repitió en varias ocasiones.

En el marco de la instrucción de la causa penal, por el Juzgado se acordó la práctica de prueba preconstituida o *prueba anticipada en sentido impropio*³¹, lo que supone una excepción al principio general de que las pruebas han de practicarse en la fase de juicio oral.

El fundamento de tal decisión, como expresa la sentencia, obedece tanto a la edad de la menor como a la gravedad de los hechos y a la reticencia de los padres a someter a su hija a las actuaciones procesales tendentes al esclarecimiento de los hechos. A este respecto, la decisión se basa en el informe pericial del psicólogo que acreditaba que la menor no tenía conciencia del significado y connotación sexual de los abusos.

La sentencia describe de manera detallada cómo acaecieron los hechos relativos a la práctica de la prueba preconstituida: para su práctica, una psicóloga se desplazó al lugar habilitado, separado de la sala

de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, debiera interpretarse en el sentido de que «el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta».

³⁰ Recuérdese que la diferencia entre prueba preconstituida y prueba anticipada radica en que en la primera la práctica de la prueba no tiene lugar ante el tribunal juzgador, sino ante el juez de instrucción, con lo cual la inmediatez desaparece, al menos como inmediatez espacio-temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje.

³¹ Sentencia 96/2009, ponente Sr. Prego.

destinada a la exploración por un cristal de amplias dimensiones que permitía la visión de las personas que estaban en el local adjunto y donde estaban instalados aparatos dispuestos para la grabación del interior de la sala de exploración, conectada mediante señal de audio con la sala adjunta. Desde la sala de exploración el cristal tenía la apariencia de un espejo, de modo que la niña no podía ver que en el local adjunto estaban las personas que intervendrían y presenciarían la exploración. Estas personas intervinientes fueron: el magistrado juez de instrucción, el secretario judicial, el letrado del imputado, la letrada de la acusación particular y el Ministerio Fiscal. La diligencia de exploración consistió en un prolongado diálogo entre la niña y la psicóloga, que fue llevando la conversación hacia la narración de los hechos sucedidos.

Además, la sentencia también expresa, desde la perspectiva del derecho de defensa, que la psicóloga anotó e hizo a la niña cuantas preguntas interesaron las personas presentes en el local adyacente a la exploración, de modo que todas las partes pudieron pedir las precisiones que tuvieron por convenientes en relación con cuanto había manifestado la menor, e incluso después de esto la psicóloga se retiró al local adyacente en que estaban los demás y recogió la pregunta que interesó hacer al letrado del imputado, desplazándose de nuevo a la sala de exploración y haciéndole la pregunta a la niña. Todo esto se filmó sin interrupción, se grabó con claridad y se recogió en el correspondiente soporte audiovisual. La diligencia así practicada fue en el día del juicio oral vista y escuchada por el Tribunal juzgador, con intervención de las partes.

Tras tal descripción de las garantías que rodearon a la práctica de la prueba, la Sala Segunda viene a fundamentar su desestimación de la casación en lo que considera que es una correcta interpretación del término «imposibilidad», que se establece en el artículo 448 de la LECrim como justificación de la excepción a la práctica de la prueba de cargo en el acto de juicio oral. Para el Alto Tribunal, se impone una ampliación de la idea de «imposibilidad» en el sentido de que, junto a la procedente de materiales obstáculos para la realización del testimonio, se han de incluir también los casos en que exista riesgo cierto de producir con el testimonio en el juicio oral graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual. Tal interpretación deriva, entre otras normas, de la precitada Decisión Marco 2001/220/JAI.

Además, la Sala trae a colación, para fundamentar su decisión de validez de la prueba preconstituida, la sentencia de 16 de junio de 2005 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala (C-105/2003),

denominada «caso Pupino», que en relación a los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, indica que debieran interpretarse en el sentido de que *«el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta»*.

Añade también la sentencia que la garantía de contradicción quedó debidamente satisfecha, ya que pese a no estar presente el condenado durante la práctica de la prueba en la instrucción, sí estuvo su letrado. Para el Tribunal, la exigencia de contradicción no exige necesariamente la presencia del acusado cuando, estando presente su letrado, tiene éste la oportunidad de intervenir en la práctica de la diligencia³².

Interesa destacar también de dicha resolución, como hemos adelantado antes, el voto particular emitido por el magistrado Maza, que pone en cuestión la ampliación del concepto de «imposibilidad» de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral para admitir como plena una prueba preconstituida, pues se aparta de los supuestos que admite la LECrim, referidos exclusivamente a la imposibilidad física. No obstante, si bien reconoce que ese perjuicio psíquico sí que ha sido contemplado en otras ocasiones por la jurisprudencia de la Sala, sin embargo, considera que en este supuesto no estaba suficientemente probado ya que, además, entra en juego otro elemento a tener en cuenta, cual es la reticencia de los padres a someter a su hija a más actuaciones procesales necesarias para el esclarecimiento de los hechos. En cualquier caso, entiende el magistrado que la declaración de la menor ante la Sala de enjuiciamiento hubiera sido posible si se hubiesen observado las mismas cautelas que se tuvieron en la exploración-entrevista ante el juez de instrucción con el fin de evitar lo alegado por el Tribunal como victimización secundaria de la menor.

III. CONCLUSIONES

Aunque el panorama de leyes, de derechos reconocidos, de medidas de protección dirigidas a los menores es amplio y ambicioso, lo

³² Idéntica doctrina se recoge un año después en el ATS (Sala 2.ª) de 18 de febrero de 2010 (232/2010).

importante es el reto que supone para los poderes públicos la efectividad de esas declaraciones. Es esencial tener presente que ningún derecho es absoluto y la protección del menor debe actuar como parámetro de actuación cuando haya uno involucrado.

En el texto constitucional encontramos referencias a múltiples valores constitucionales que son instituciones jurídicas dotadas de una estructura concreta y a las cuales se asignan funciones constitucionales. Junto a esos valores aparecen principios explícitamente reconocidos o en su caso implícitos, como en el caso del principio del «interés superior del niño». Los explícitos, al estar enunciados en la Constitución, son reglas vinculantes y obligatorias; de ahí que, para Aragón, «los valores superiores son normas para la identificación e interpretación de las disposiciones de un sistema que ayudan a distinguir el mejor significado de la norma entre los diversos posibles»³³. Pero lo mismo podíamos señalar para los implícitos; en el caso que nos ocupa, el principio del «interés superior del niño» servirá para actuar de la mejor manera y, a pesar de que existan diferentes alternativas, decidir cuál es la que conlleva ese «interés superior del niño».

La aprobación de garantías encaminadas a la protección de la integridad física y psíquica de los menores, evitando el fenómeno que ha venido a denominarse victimización secundaria, constituye un avance significativo en la protección del «principio del interés del menor», que constituye uno de los principios vehiculares de nuestro ordenamiento constitucional. Entre tales garantías cobra especial significación la prueba preconstituida en los procesos penales en los que son objeto de enjuiciamiento delitos de índole sexual en los que la víctima es un menor de corta edad, sobre todo si no olvidamos la distancia temporal entre la comisión efectiva del delito y la celebración del juicio oral. Dicha garantía, sin embargo, no figura incorporada de manera plena a nuestro ordenamiento procesal. Pese a ello, tanto la doctrina del Tribunal Supremo como la propia iniciativa de la Fiscalía General del Estado han permitido, acudiendo al principio de interpretación conforme de nuestro ordenamiento con las Decisiones Marco de la Unión Europea, en nuestro caso concreto la relevante Decisión Marco 2001/220/JAI, que dicha garantía cobre plena eficacia en los procesos penales, de manera que se evite que los menores tengan que rememorar tales execrables acontecimientos unos años después en sede judicial.

En todo caso, la admisión y plena virtualidad de dichas pruebas preconstituidas deben rodearse de un máximo de garantías, en este

³³ ARAGÓN REYES, M. (1990), *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, pág. 84.

caso para el acusado, de manera que puedan cohonestarse aquéllas con su derecho de defensa y de contradicción.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSTON, P. (ed.) (1994): *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. (1994): *La protección de los derechos del niño: en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.
- ARAGÓN REYES, M. (1990): *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos.
- CARRILLO LÓPEZ, M. (1987): *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*, Barcelona, PPU.
- CILLERO BRUÑOL, M. (1998): «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño», en GARCÍA MÉNDEZ, E., y BELOFF, M. (dirs.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá, Temis Depalma.
- DURÁN AYAGO, A. (2004): «El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural», en CALVO CARAVACA, A. L., y CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A. (1984): «Libertad de expresión y derecho de la información», en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa.
- GÁLVEZ MONTES, J. (1985): «Comentario al artículo 20», en GARRIDO FALLA, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (1996): «Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1, págs. 1690-1693.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.) (2002): *Los menores en el Derecho español*, Madrid, Tecnos.
- MARTÍN-RETORTILLO, L., y OTTO PARDO, I. de (1988): *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas.
- PANTOJA GARCÍA, F. (1997): *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Madrid, Colex.
- PASCUAL MEDRANO, A. (1996): «Los derechos fundamentales y la ley de protección del menor», *Revista Jurídica de Navarra*, 22, págs. 249-264.
- REIS MONTEIRO, A. (2008): *La revolución de los derechos del niño*, Madrid, Editorial Popular.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000): *El interés del menor*, Madrid, J. M. Bosch Editor.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2010): «El interés del menor en los tribunales españoles», en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y FORNER DELAYGUA, J. (dirs.); GONZÁLEZ BOU, E., y GONZÁLEZ VIADA, N. (coords.), *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, Marcial Pons.

